

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

**EL CONTENIDO
PATRIMONIAL
DEL DERECHO DE OBTENTOR**

Andrés Sánchez Herrero

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA

2007

EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA
Volumen XLIV

Sánchez Herrero, Andrés
El contenido patrimonial del derecho de obtentor. - 1a ed. -
Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2007.
665 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-1123-44-5

1. Derechos de Autor. 2. Derechos Reales. I. Título

CDD 346.048

Fecha de catalogación: 10/12/2007

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
Copyright © 2007, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)
Impreso en la Argentina - Printed in Argentina

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

*AUTORIDADES
(Período 2007 - 2010)*

Dr. LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Presidente

Dr. JUAN CARLOS PALMERO
Vicepresidente

Dr. JULIO ALTAMIRA GIGENA
Secretario

Dr. JORGE DE LA RÚA
Tesorero

Dr. ARMANDO S. ANDRUET (h)
Director de Publicaciones

Dirección: Gral. Artigas 74 - 5000 - Córdoba

Tel. (0351) 4214929 - FAX 0351-4214929

E-mail: acader@arnet.com.ar

Consulte novedades doctrinarias en la

Página Web: www.acader.unc.edu.ar

REPÚBLICA ARGENTINA

Presidentes Honorarios

Dr. PEDRO J. FRÍAS

Dr. LUIS MOISSET DE ESPANÉS

Dr. OLSEN A. GHIRARDI

Córdoba, 24 de octubre de 2007

Y VISTO:

Que en Sesión Ordinaria del día 23 de Octubre se aprobó por unanimidad el dictamen emitido por el Jurado del Premio Publicación **“Tesis Sobresalientes Dalmacio Vélez Sársfield” Edición 2007.**

Y CONSIDERANDO:

Que los integrantes del Jurado han analizado las cinco tesis presentadas por los postulantes a saber:

1) *“Raíces Romanas del Derecho Anglo Americano”*, de Dr. Néstor Vicente Gripo. (Universidad Nacional de la Plata).

2) *“Contratos Agrarios nos Países do MERCOSUL: Arrendamientos E Parcerias”*, del Dr. Alentar Mello Proenca. (Universidad de Buenos Aires)

3) *“El contenido Patrimonial del Derecho de Obtentor”*, del Dr. Andrés Sanchez Herrero. (Universidad Católica Argentina – Rosario).

4) *“El Contrato de Transporte: Propuesta de Unificación Legislativa”*, del Dr. Emilio Elías Romualdi (Universidad J. F. Kennedy - Buenos Aires)

5) *“Una nueva Generación de Derechos Humanos: Los Derechos Biológicos”* de la Dra. Liliana Angela Matozzo. (Universidad Católica Argentina – Buenos Aires).

Que los integrantes del Jurado destacan la importancia de este premio, con el cual se galardona y se difunde a través de su publicación, aquellas producciones que alcanzaron el máximo reconocimiento por los tribunales que evaluaron los trabajos de los doctorandos.

Que dicho premio brinda una oportunidad a quienes no encuentran otras vías para la publicación de sus tesis, permitiendo que a través de Instituciones que no persiguen fines de lucro, como la Academia Nacional de Derecho, se den a conocer a la comunidad jurídica en particular y en general a toda la población, las investigaciones científicas que con sus aportes contribuyen al progreso del derecho y las ciencias sociales.

Que los integrantes del Jurado, aconsejaron que se adjudique el Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield” a la Tesis **“El contenido Patrimonial del Derecho de Obtentor”** del **Dr. Andrés Sanchez Herrero.**

Por ello,

LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE
CÓRDOBA

RESUELVE:

Art. 1º: Adjudicar el Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmacio Velez Sársfield” a la Tesis “**El contenido Patrimonial del Derecho de Obtentor**” del **Dr. Andrés Sanchez Herrero**.

Art. 2º: Fijar como fecha para el acto académico de entrega de la Tesis publicada al premiado el 11 de diciembre de 2007.

Art. 3º: Protocolícese, hágase saber y remítase copia al adjudicado.

Julio Altamira Gigena
Secretario

Luis Moisset de Espanés
Presidente

ABREVIATURAS

ADPIC-TRIPs	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio.
art.	artículo
ASSINSEL	Asociación Internacional de Seleccionadores para la Protección de las Obtenciones Vegetales.
cit.	citado o citada.
Convenio UPOV 1978	Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978.
CPE	Convenio de Munich de la Patente Europea de 1973.
DOV	derecho de obtentor.
ed.	edición.
ETV	estado de la técnica vegetal.
examen DHE	examen de distinguibilidad, homo-geneidad y estabilidad.
INASE	Instituto Nacional de Semillas.
LP	ley 24.481 de patentes de invención y modelos de utilidad.
LSCF	ley 20.247, de Semillas y Creaciones Fitogenéticas.
Nº	número.
ob.	obra.
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
p.	página.
PYME	Pequeña y mediana empresa.
RNC	Registro Nacional de Cultivares.
RNPC	Registro Nacional de la Propiedad de Cultivares.
SAGPyA	Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos.
ss.	siguientes.
t.	tomo.
trad.	traducción.
UPOV	Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales.
v.	véase.
vol.	volumen.
www	World Wide Web.

INTRODUCCIÓN

En la presente tesis nos proponemos estudiar la adecuación del contenido del derecho de obtentor, tal como se encuentra regulado en la legislación argentina, en orden al logro de los fines del régimen jurídico que lo reconoce. Partimos de la hipótesis de que la configuración actual del contenido del derecho presenta deficiencias formales y sustanciales, que parcialmente conspiran contra la consecución de los fines que el mismo legislador se ha impuesto al reconocerlo.

Argentina es un país tradicionalmente dedicado a la actividad agrícola, como se evidencia en el valor de su mercado de semillas, que ascendió, durante el año agrícola 1999, a 935.100.000 dólares¹. Siendo que el derecho de obtentor es el derecho intelectual aplicable por excelencia a los desarrollos tecnológicos en la actividad fitomejoradora, resulta llamativa la casi nula atención que ha despertado entre los estudiosos del derecho, si se efectúa un contraste con la producción doctrinaria de otras áreas. Salvo contadas y honrosas excepciones, prácticamente no existen trabajos que a nivel local se aboquen a su estudio. La semilla -o, más genéricamente, el material de producción o reproducción de una variedad vegetal- es un insumo básico de la empresa agraria. Asimismo, es el producto final de aquellas empresas que tienen por objeto la actividad fitomejoradora. Tanto los productores como los consumidores de esta tecnología necesitan conocer los derechos y obligaciones que el ordenamiento jurídico les adjudica. A difundir este régimen, reflexionar sobre él y profundizar algunas de sus problemáticas más actuales se destina el presente trabajo.

Hemos preferido abordar el estudio de la dimensión patrimonial de este derecho intelectual, postergando el tratamiento de sus facultades morales, haciendo sólo referencias marginales a ellas cuando ha resultado oportuno. Aun dentro de lo que es el aspecto patrimonial del derecho, el análisis se ha reducido a uno de sus elementos, el contenido, ya que es el área que mayores conflictos, actuales o potenciales, plantea.

La finalidad principal del régimen del derecho de obtentor es incentivar el desarrollo de la actividad fitomejoradora, mediante la concesión de un derecho que le permita al creador de una nueva variedad vegetal la producción y comercialización exclusiva de su material de reproducción o propagación, durante un período limitado de tiempo. La idoneidad del régimen del derecho de obtentor para alcanzar este fin depende de numerosos factores (v.gr., protección civil y penal, requisitos de concesión, criterios de delimitación del objeto protegido, duración, existencia de un régimen de protección provisional, organización y funcionamiento de la oficina nacional competente, agilidad de los obtentores en la adopción de medidas protectoras de su derecho, capacidad de los obtentores de nuclearse en organismos de gestión colectiva, eficiencia del sistema judicial, situación económica, carga tributaria, medidas cautelares disponibles, etc.).

Entre esos factores, ocupa un lugar relevante, la configuración del contenido del derecho intelectual, es decir, la delimitación de las facultades del titular del derecho, y de las restricciones que se le impongan, lo que evidencia la importancia de su estudio.

En Argentina el derecho de obtentor ha sido regulado por la ley 20.247 (reglamentada por el decr. 2183/91) y por el Convenio UPOV 1978. Si bien ambos regímenes presentan coincidencias fundamentales, hemos preferido bifurcar el análisis de aquellos temas en que éstos acusan algún tipo de divergencia, discriminando el estudio de la ley y del tratado. Esta opción se fundamenta en lo dispuesto en el art. 3º del Convenio, que sienta el principio de trato nacional, en virtud del cual las normas del tratado ceden frente a las de la legislación argentina interna, en el caso de que estas últimas establezcan una protección mayor. Esta remisión en bloque a la legislación argentina interna justifica, pues, su estudio separado respecto del Convenio UPOV 1978 -sin que esto implique desconocer la jerarquía superior de esta última norma-, ya que sólo de este modo se estará en condiciones de determinar si el régimen de la LSCF establece, en una materia determinada, una protección mayor que la prevista en el acuerdo internacional, que justifique la aplicación del principio de trato nacional. Por otro lado, advertimos que es justamente el régimen establecido en la LSCF y sus normas reglamentarias el que presenta deficiencias más notorias sobre el punto, lo que explica que lo hayamos analizado con mayor detenimiento, con el propósito fundamental de: a) alcanzar resultados interpretativos que, aunque respetuosos de las pautas hermenéuticas aceptadas por la comunidad jurídica, sean lo más armónicos posibles con los fines del régimen; y b) destacar aquellas deficiencias que sean insalvables, proponiendo su reemplazo por soluciones más acordes con los intereses perseguidos por el legislador. En consecuencia, el presente trabajo tendrá por objeto, predominantemente, el estudio de la legislación argentina interna sobre la materia, sin perjuicio de las referencias que se puedan hacer a la norma internacional cuando resulte oportuno.

La etapa heurística se caracterizó por la búsqueda de documentación nacional y extranjera, tanto en el plano doctrinal como en el legal, viéndose notoriamente influenciada por la calidad y cantidad de fuentes disponibles. Se orientó, en especial, hacia la legislación comparada, teniendo en consideración el estado actual de la cuestión en el derecho argentino, sin que esto haya implicado, por supuesto, la asunción servil de las posiciones sustentadas por países cuyos intereses, en ocasiones, pueden ser antagónicos con los nuestros. La jurisprudencia en la materia es escasa, cuando no inexistente. En lo que se refiere a la doctrina, tratamos de aprovechar la información volcada en artículos dispersos, presentaciones en jornadas, congresos y seminarios multidisciplinarios, tarea que resultó de enorme utilidad. Con todo, y si bien, como se ha destacado, la actividad doctrinal en torno a este derecho intelectual es escasa, su similitud estructural con el derecho de patentes permite que muchas de las reflexiones vertidas en torno a este último se trasladen -con las adaptaciones correspondientes- al primero. Esta metodología ha sido particularmente útil a la hora de analizar aquellos aspectos en que ambos derechos presentan mayor parecido entre sí (v.gr., fundamentos del sistema, facultades del titular, agotamiento del derecho, entre otros). El estudio de la dimensión sociológica fue abordado a través de diversos medios, entre los que se destacan

los siguientes: a) revisión de la información disponible en el RNPC, como así también en sus publicaciones; b) consulta de las publicaciones y los sitios web de los organismos internacionales e instituciones involucrados en la materia (v.gr., la UPOV y la OMPI); c) acceso a estadísticas oficiales y no oficiales.

De conformidad con el objeto de la tesis, el análisis se centró en la dimensión normológica de la cuestión. En consecuencia, acudimos principalmente a las técnicas de interpretación legal, siguiendo el método descripto por Karl Larenz en su *Metodología de la ciencia del derecho*.

Con la intención de que el presente trabajo constituya un aporte en la construcción y difusión de conocimientos sobre esta materia, tan importante para los intereses nacionales como olvidada en la enseñanza jurídica, efectuamos un desarrollo integral de los temas directamente involucrados, en la medida que este temperamento permite alcanzar una respuesta al objetivo de investigación propuesto. En consecuencia, el trabajo se encuentra estructurado de la forma que se refiere a continuación.

En la primera parte se efectúa una breve introducción al régimen del derecho de obtentor, haciéndose referencia a la dimensión sociológica del tema (origen, evolución y situación actual de la actividad fitomejoradora), la normativa aplicable, la historia y evolución del derecho, sus caracteres y sus elementos.

En la segunda parte se analizan los fundamentos del régimen del derecho de obtentor. En este tramo del trabajo se busca perfilar con la mayor precisión el criterio en función del cual se ha de analizar, más adelante, la eficiencia del régimen legal al configurar el contenido del derecho intelectual. Como se ha señalado, el objeto de esta tesis reside en esclarecer si el contenido actual del derecho de obtentor es el adecuado, *en función de los fines que el mismo legislador se ha propuesto*. Esta segunda parte se divide, a su vez, en dos secciones. En la primera sección (integrada por el Capítulo 2) se explora y esclarece cuál es la teleología inmanente al régimen vigente del derecho de obtentor. La segunda sección (abarcativa de los capítulos 3 a 6) analiza la cuestión desde una perspectiva crítica, ya que, tratándose de una materia tan controvertida, pareció oportuno no limitar su estudio a una mera exégesis de la teleología legal, sino también poner en cuestión la política legislativa emanada del derecho vigente.

En la tercera parte se analiza, en concreto, el contenido del derecho de obtentor, y se subdivide en tres secciones. La primera sección (Capítulo 7), de tinte introductorio, explicita la metodología de análisis y determinación del contenido del derecho que se ha de seguir. La segunda (Capítulo 8) analiza la determinación positiva del derecho de obtentor, explorando el alcance de las facultades reconocidas al titular. En la tercera sección (capítulos 9 a 11) se aborda la determinación negativa del derecho intelectual, es decir, el estudio del agotamiento del derecho (Capítulo 9), de la excepción del agricultor (Capítulo 10) y de la excepción del fitomejorador (Capítulo 11).

¹ Instituto Nacional de Semillas (INASE), Anuario 1999, p. 11.

PRIMERA PARTE

**EL DERECHO DE OBTENTOR
(NOCIONES INTRODUCTORIAS)**

1. Nociones introductorias al derecho de obtentor

1.1. La actividad fitomejoradora

A través del derecho de obtentor se protegen los resultados de la actividad fitomejoradora o mejora vegetal: las nuevas variedades vegetales ¹. Conviene, pues, detenerse a considerar brevemente tanto la naturaleza de esta actividad como la del objeto mejorado. En un sentido lato, la actividad fitomejoradora comenzó hace aproximadamente 10.000 años, en el Oriente Medio, cuando los campesinos del Neolítico lograron domesticar las plantas, mejorando los cultivos por medio de la selección ². La domesticación implica una relación simbiótica entre domesticadores (en el caso, los hombres) y domesticados (plantas y animales). Los domesticadores, con la finalidad de asegurarse un máximo rendimiento de los recursos disponibles, orientan su actuación en un triple sentido: a) destruyen o eliminan la fauna y flora indeseables de los hábitat aptos para las especies domesticadas; b) ajustan la provisión de espacio, agua, luz solar y nutrientes; y c) intervienen en la actividad reproductora de las especies domesticadas ³. Dado que, normalmente, la domesticación entraña cambios genéticos en las especies afectadas ⁴, puede afirmarse que la actividad fitomejoradora se originó cuando los hombres del Neolítico comenzaron a seleccionar el material a sembrar, para conseguir en la descendencia un raquis más duro (para evitar el desprendimiento de las espigas), cáscaras que se desprendieran con facilidad de la semilla (evitando así procedimientos engorrosos, como el calentamiento en hornos) y, por supuesto, espigas más grandes, con múltiples hileras de semillas ⁵. Esto es posible porque los individuos de una misma especie presentan variaciones considerables para una serie de caracteres, y muchos de estos rasgos son hereditarios y se transmiten a la descendencia del individuo que los presenta. Con la selección, los mejoradores eligen plantas con caracteres deseables y desechan las que exhiben tales caracteres en un grado inferior, desviando la población vegetal en el sentido deseado ⁶. Esta operación, repetida por miles de años, produjo una notable transformación de las especies silvestres de gramíneas y leguminosas en productos como el trigo, el maíz y la soja actuales ⁷.

Por cierto, la actuación de los agricultores neolíticos a la hora de seleccionar variedades vegetales era netamente empírica, basada en sus propias observaciones ⁸. En los siglos XVIII y XIX, los agricultores intentaron acelerar la mejora de cultivos, mediante la selección, y también por ensayo y error ⁹. Sin embargo, es a partir de los trabajos de Mendel y de Vries que la genética alcanzó un vigoroso impulso, estableciéndose un fundamento científico firme en el cual basar la reproducción vegetal artificial. El desarrollo de la genética y la microbiología de una forma racional establecieron las bases científicas de lo que hasta entonces había sido simple observación empírica ¹⁰; en adelante, esta actividad se profesionalizó, alcanzando los especialistas resultados previsibles y de calidad uniforme ¹¹. Mediante el trabajo de los fitomejoradores, las especies tradicionales son adaptadas a zonas y aplicaciones nuevas,

aumentando su rendimiento, la resistencia a las enfermedades, reforzando su valor nutricional, mejorando el sabor de frutas y hortalizas, desarrollando caracteres útiles desde el punto de vista del almacenamiento, el transporte o la transformación de los productos alimenticios, etc..

La evolución descrita en el párrafo anterior justifica una división de la historia de la mejora de plantas en tres períodos definidos: mejora intuitiva, mejora científica y mejora genética¹². El período de la mejora intuitiva se extendió desde el origen de la agricultura hasta el siglo XVIII, y el sistema utilizado para obtener nuevas variedades vegetales era, aparte de la selección automática para nuevas domesticaciones, la llamada “selección masal”, en la que el agricultor elige los mejores individuos para sembrar o plantar el año siguiente¹³. La segunda fase comenzó en el siglo XVIII, tras la demostración de que las plantas tienen sexo, por lo que se comenzó a utilizar el cruzamiento dirigido para la producción de nuevas formas¹⁴. Se denomina “mejora científica”, pues sigue al pie de la letra el método científico, pero todavía no tiene conocimiento del mensaje hereditario que, sin embargo, está modificando¹⁵. El tercer período, la “mejora genética”, se inició con el redescubrimiento de las leyes de Mendel. Como se ha señalado, *“la aplicación de los conocimientos genéticos significó el punto de partida de un manejo más preciso de la técnica combinada de selección y cruzamiento, por cuanto ahora se empezaba conocer la información hereditaria que se quería modificar y se le podía seguir la pista al proceso”*¹⁶. Con la demostración de que los rasgos se heredan en forma de caracteres discretos unitarios (genes), y que no se combinan a lo largo de las generaciones ni son absorbidos por otros, la selección artificial adquirió un carácter más científico y predecible¹⁷. Las leyes de Mendel demostraron que con el análisis de los resultados de la selección artificial se pueden predecir las clases y las proporciones de la prole en la siguiente generación¹⁸. Aunque estos avances científicos tardaron mucho en influenciar las técnicas de la mejora vegetal, finalmente, la biología moderna afectó por completo la mejora vegetal a mediados del siglo XX¹⁹. En las últimas décadas del siglo XX, con el uso de las técnicas basadas en el ADN recombinante, los conocimientos científicos han permitido utilizar la totalidad del fondo genético que quedaba fuera de las posibilidades ofrecidas por el cruzamiento, es decir, por la utilización del sexo de las plantas²⁰. Incluso, este salto del escollo sexual lleva a algunos autores a postular la existencia de un cuarto período histórico en la mejora vegetal²¹.

Aunque los métodos concretos aplicados a la mejora de una especie dada dependen de su forma de reproducción y propagación²², en la actualidad, los especialistas en mejora vegetal obtienen variedades nuevas a través de un repertorio variado de operaciones: selección, cruzamiento, hibridación, aprovechamiento de mutaciones naturales o inducidas²³, cambios cromosómicos y genómicos, cultivo de tejidos e ingeniería genética²⁴. Los métodos de mejora molecular conviven, pues, con los métodos tradicionales, algunos de ellos ya milenarios. Es que, como se ha señalado, *“... los métodos moleculares de mejora no sustituyen a los mendelianos sino que los complementan. En general se parte de una variedad productiva obtenida por los métodos tradicionales para abordar la mejora molecular. Las técnicas de la mejora clásica siguen siendo óptimas para el manejo de caracteres que dependen de muchos genes, como por ejemplo, el rendimiento potencial,*

mientras que las de ingeniería genética ofrecen indudables ventajas para la mejora de caracteres que dependen de uno o pocos genes, como ocurre con la resistencia genética a plagas y enfermedades”²⁵.

En lo que respecta al objeto de la actividad estudiada, lo que se mejoran son los vegetales, entendiendo por “vegetal” todo miembro del reino vegetal o plantas (*Plantae*), formado por unas 260.000 especies conocidas de musgos, hepáticas, helechos, plantas herbáceas y leñosas, arbustos, trepadoras, árboles y otras formas de vida que cubren la tierra y viven también en el agua²⁶. Se trata de “... organismos verdes pluricelulares; sus células contienen un protoplasma eucariótico (con núcleo) encerrado en el interior de una pared celular más o menos rígida compuesta en su mayoría por celulosa”²⁷. Se caracterizan por su capacidad fotosintética, que utilizan para elaborar el alimento que necesitan transformando la energía de la luz en energía química. Este reino se encuentra conformado por numerosas especies de organismos, que se organizan en varias divisiones.

Al igual que sucede con los demás reinos, el reino vegetal es susceptible de clasificación, es decir, de identificación, denominación y agrupamiento de los organismos que lo componen en un sistema establecido²⁸. En efecto, la ciencia nombra y organiza las numerosas formas de vida que existen, definiendo grupos de organismos sobre la base de características importantes, o rasgos compartidos, responsables de que los miembros de cada grupo sean semejantes entre sí, y diferentes de los de otros grupos. Estas categorías forman un tipo de pirámide o jerarquía, que se extiende en sentido ascendente a lo largo de varios millones de especies, cada una constituida por organismos individuales estrechamente relacionados, hasta unos pocos reinos (entre los que se cuenta el reino vegetal), cada uno de los cuales reúne un gran número de organismos²⁹. Si bien todas las ramas de la biología contribuyen a esta labor, las especialidades directamente involucradas en esta actividad clasificadora son la taxonomía y la sistemática.

Los organismos individuales se clasifican en el nivel básico de especie, y las categorías superiores se reúnen en grupos de especies. Una especie se compone por organismos que comparten muchas características importantes y que, en el caso de los organismos con reproducción sexual, no pueden tener descendientes fértiles con miembros de ninguna otra especie³⁰. Las especies que no se cruzan con otras, pero que están claramente relacionadas por compartir rasgos importantes, se agrupan en un mismo género. A su vez, para construir la clasificación jerárquica, los géneros se agrupan en familias, las familias en órdenes, los órdenes en clases, las clases en filos, y los filos en reinos. En la actualidad, los organismos se agrupan en cinco reinos: plantas, animales, hongos, protistas y mórneras³¹. Las variedades vegetales, objeto del derecho de obtentor, constituyen un taxón de jerarquía inferior a las especies vegetales.

Con el tiempo, la actividad fitomejoradora fue explotada comercialmente, lo que determinó la necesidad jurídica de reconocer un derecho subjetivo al creador de una nueva variedad vegetal: el derecho de obtentor.

1.2. Derecho de obtentor: definición

Puede definirse al derecho de obtentor como el derecho intelectual que se reconoce al obtentor de una variedad vegetal, mediante un acto administrativo, en virtud del cual éste se encuentra facultado, en forma exclusiva y temporaria, para reproducir y comercializar el material de reproducción perteneciente a la variedad vegetal que constituye su objeto. Las notas definitorias del derecho analizado son, pues, las siguientes:

- Pertenece al género de los derechos intelectuales ³². Si bien no cabe reducirlo a ninguna de sus especies, se advierte un notorio parecido con el derecho de patente, razón por la que puede considerarse que está amparado por el art. 17 C.N., en el que se reconoce a todo autor o inventor la propiedad exclusiva de su obra, invento o descubrimiento ³³.

- Originariamente, el derecho es concedido al obtentor de la variedad vegetal, quien, como se admite explícitamente en el Convenio UPOV 1978 y en la LSCF, puede haberla inventado o descubierto ³⁴.

- Se adquiere mediante la inscripción de la variedad vegetal en el Registro Nacional de la Propiedad de Cultivares (RNPC) ³⁵. Sólo pueden registrarse las variedades que sean nuevas, distintas, homogéneas y estables. A los efectos de determinar el cumplimiento de estos requisitos, se debe tramitar un procedimiento administrativo, que, de resultar superado, culmina con el dictado de un acto administrativo, por el cual se reconoce al solicitante la titularidad del derecho intelectual.

- Concedido el derecho, su titular cuenta con la facultad de reproducir y comercializar en forma exclusiva el material de reproducción perteneciente a la variedad vegetal ³⁶.

- En su aspecto patrimonial, la duración del derecho está limitada por la ley ³⁷.

1.3. Normativa aplicable

En la normativa aplicable a las semillas deben distinguirse dos regímenes marcadamente diversos: las normas sobre comercialización de semillas y las normas que regulan el derecho de obtentor. Se trata de ordenamientos que presentan grandes diferencias en su finalidad y en su contenido.

Las normas que regulan el derecho de obtentor reconocen un derecho intelectual a los obtentores de nuevas variedades vegetales, con la finalidad de incentivar el desarrollo de la actividad fitomejoradora ³⁸. Las normas sobre comercialización de semillas, en cambio, atienden otro tipo de objetivos: proteger al consumidor, promover la circulación de productos de buena calidad, proteger la agricultura y a los agricultores, combatir el fraude, controlar el abastecimiento y el comercio exterior y promover la industria semillera ³⁹. El legislador argentino ha optado por regular ambos regímenes en la ley 20.247, diferenciándose de la mayoría de las legislaciones que abordan la materia, en las que se los regula separadamente ⁴⁰.

Con independencia de la técnica legislativa por la que se opte, ambos sistemas se encuentran estrechamente relacionados entre sí. De ahí que en el Convenio UPOV 1978,

vigente en el país, se establece que deberá evitarse, en lo posible, que el régimen de comercialización obstaculice la aplicación de las normas sobre el derecho de obtentor ⁴¹. Dado que el presente trabajo tiene por objeto de estudio al derecho de obtentor, sólo se harán referencias marginales, en cuanto resulten pertinentes, al régimen de comercialización de semillas.

Dos son las normas principales que, en forma directa, regulan el derecho de obtentor en el ordenamiento jurídico argentino: la ley 20.247 de Semillas y Creaciones Fitogenéticas (LSCF) y el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978 (Convenio UPOV 1978), aprobado por ley 24.376. Asimismo, la LSCF se encuentra reglamentada por el decr. 2183/91. También merecen incluirse en esta enumeración, la ley 25.845, por la que Instituto Nacional de Semillas (INASE), que había sido disuelto sorpresivamente por decr. 1104/2000, retoma sus funciones, misiones y estructuras originarias, la Resolución INASE 35/96, que reglamenta la excepción del agricultor y la Resolución N° 52/03 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos (SAGPyA), que establece un deber especial de información respecto de determinadas variedades vegetales. Indirectamente, también tiene importancia en la materia el art. 27.3.b) del TRIPs.

Conforme a los arts. 31 y 75 inc. 22 C.N., las normas contenidas en los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, por lo cual, en caso de discrepancia, son de aplicación preferente. Queda claro, pues, la relación de supremacía que existe entre el Convenio UPOV 1978 y la LSCF. Sin embargo, las normas de la LSCF son jerarquizadas por el mismo tratado, al establecer, en el art. 3º, el principio de trato nacional, en estos términos: “Trato nacional; reciprocidad. 1) Las personas naturales y jurídicas con domicilio o residencia en uno de los Estados de la Unión gozarán en los otros Estados de la Unión, en lo que al reconocimiento y a la protección del derecho de obtentor se refiere, del trato que las leyes respectivas de dichos Estados conceden o concedan a sus nacionales, sin perjuicio de los derechos especialmente previstos por el presente Convenio y a condición de cumplir las condiciones y formalidades impuestas a los nacionales.”

Esta remisión en bloque a la legislación argentina interna justifica, pues, su estudio separado respecto del Convenio UPOV 1978, sin que esto implique desconocer la jerarquía superior de esta última norma. En consecuencia, el presente trabajo tendrá por objeto el estudio de la legislación argentina interna sobre la materia, sin perjuicio de las referencias que se puedan hacer a la norma internacional cuando resulte pertinente.

1.4. Historia

El antecedente histórico más remoto que se conoce del derecho de obtentor es un edicto de los Estados Pontificios de 1833, por el que se concedía un derecho de explotación exclusiva al obtentor de una nueva especie agrícola, cuya duración era de quince años ⁴². Sin embargo, el edicto no fue reglamentado, por lo que no logró tener efectiva aplicación

en lo que se refiere al derecho de exclusiva que reconocía. Desechando el caso referido, las primeras regulaciones sobre el derecho de obtentor aparecen recién en el siglo XX. Como natural consecuencia del incremento de la inversión de recursos en la actividad fitomejoradora, se intensifican las demandas en el sentido de proteger las variedades vegetales a través del régimen de la propiedad intelectual ⁴³. A partir del Congreso Pomológico de París de 1911 se produjeron las primeras presiones en el sentido de legislar la materia ⁴⁴, y ya en las primeras décadas del siglo pasado se elaboraron los primeros proyectos legislativos ⁴⁵, de los cuales algunos llegaron a ser sancionados, entrando así en vigor las leyes pioneras en la materia ⁴⁶.

El gran impulso, en el sentido de lograr una regulación armónica a nivel internacional, se logró con la creación de la Unión para la Protección de las Obtenciones Vegetales ⁴⁷, en 1961. El destino de la Unión comenzó a delinearse en la década de 1950, en la medida que fue ganando aceptación la idea de que las variedades vegetales requerían una protección especial en materia de propiedad intelectual, incluso en aquellos países en los que su patentamiento no estaba excluido (como era el caso, por ejemplo, de Bélgica, Francia, la República Federal de Alemania, Italia y España) ⁴⁸. En el Congreso de 1956 de ASSINSEL ⁴⁹, celebrado en Austria, se propuso que Francia organizara una conferencia internacional en la materia, país que asumió el encargo, y así surgió, en 1961, de resultas de la organización de este congreso, la UPOV ⁵⁰.

La Unión es una organización intergubernamental que tiene su sede en Ginebra, surgida, como se ha referido, del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales firmado en 1961 en París, y posteriormente revisado en 1972, 1978 y 1991. La finalidad de la Unión es asegurar que los Estados que la integran protejan los intereses de los obtentores de nuevas variedades vegetales, concediéndoles un derecho intelectual sobre la base de un conjunto de principios uniformes y claramente definidos ⁵¹, partiendo de la premisa de que, para que el comercio internacional pueda desarrollarse adecuadamente, es necesario que las distintas legislaciones nacionales sean armónicas o, por lo menos, compatibles. Inspirada en tal designio, la Unión ha promovido la celebración de varios tratados internacionales -conocidos como "Convenios UPOV"- en 1961, 1978 y 1991. A través de estos tratados se persigue estandarizar los requisitos para la concesión del derecho, definir la protección y su duración mínima, pautar las normas sobre nulidad y extinción, establecer la cantidad mínima de especies vegetales que deben ser protegidas y sentar los principios de trato nacional y prioridad internacional ⁵².

En la actualidad, cincuenta y dos Estados son miembros de la Unión: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Belarús, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Colombia, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Kenya, Kirguistán, Letonia, México, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República de Corea, República de Moldova, Rumania, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Trinidad y Tobago, Ucrania y Uruguay ⁵³.

Como se ha señalado, mediante la ley 24.376, del 21/9/94, Argentina adhirió al Convenio de UPOV de 1978, sumándose así como miembro de la Unión. Al respecto,

resulta interesante aclarar cuál es el régimen de ingreso a la Unión. Como requisito previo, el país interesado debe adecuar su legislación al acta de UPOV a la que quiere adherir⁵⁴. Realizados los ajustes normativos correspondientes, en su caso, la legislación del país que pretende ingresar es sometida al examen de la UPOV. Si el juicio de la Unión es favorable, el país deposita el instrumento de adhesión, negocia los aspectos financieros relativos a su calidad de asociado y, un mes después, es admitido como miembro. Esta organización intergubernamental ha celebrado un convenio con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), por el cual el director general de la OMPI actúa también como secretario general de la UPOV⁵⁵.

En un proceso ya centenario, la protección de la propiedad intelectual se ha internacionalizado, siendo el tratado más trascendente de las últimas décadas el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC)⁵⁶, producto de la Ronda de Uruguay del GATT⁵⁷. Sin embargo, el régimen de propiedad intelectual sobre las variedades vegetales fue soslayado por el ADPIC⁵⁸. Tan sólo se hace referencia a la cuestión en el art. 27, relativo a la materia patentable, que en su punto 3 permite excluir la patentabilidad de las plantas, aunque exige que se otorgue protección a las obtenciones vegetales a través de patentes, o de un “sistemas eficaz *sui generis*”, o de una combinación de las dos opciones anteriores. Si bien no se hace referencia específica a UPOV ni a sus convenios, la doctrina especializada entiende que el régimen del derecho de obtentor, tal como está perfilado en los tratados de referencia, cumple con las exigencias del ADPIC, pudiendo considerársele como un “sistema eficaz *sui generis*”. Aunque la misma Unión reconoce que podrían ser cuestionables ciertas disposiciones del Convenio de 1978⁵⁹, en general se considera que la legislación argentina cumple el mandato del art. 27.3 del ADPIC⁶⁰.

Históricamente, el derecho de obtentor surgió como una respuesta ante los inconvenientes que presentaba el patentamiento de variedades vegetales. Si bien a la época del surgimiento del derecho de obtentor ya se habían concedido algunas patentes sobre variedades vegetales⁶¹, el régimen tradicional de patentes presentaba una serie de escollos que dificultaban su patentamiento, o que hacían incierta la validez de los títulos ya otorgados⁶². Entre los factores que se consideró, en aquel entonces, que impedían o dificultaban el patentamiento de las variedades vegetales se cuentan los siguientes⁶³: a) oposición política a ampliar la protección de las patentes al campo de la agricultura, por ser una etapa esencial del proceso de producción de alimentos; b) dificultades de carácter técnico que el derecho de patentes presenta en orden a conceder una patente sobre una variedad vegetal (en particular, el cumplimiento de la descripción suficiente/ejecutabilidad, la aplicación industrial y la altura inventiva); c) el contenido de la patente, que no se ajusta exactamente a las necesidades de los obtentores⁶⁴, ni a las de los productores agrícolas usuarios de las semillas⁶⁵. Ante este panorama, era dudoso que el régimen de patentes pudiese desempeñar con eficacia la función de incentivar el desarrollo tecnológico en el área del mejoramiento vegetal⁶⁶, por lo que, en consecuencia, se consideró oportuno definir un nuevo derecho intelectual, específicamente diseñado para proteger las nuevas variedades vegetales.

En cuanto a los antecedentes del derecho de obtentor en Argentina, hay que remontarse a 1935, en el que se dictó la ley 12.253, primera en regular la materia en el país. Esta ley mantuvo su vigencia hasta la sanción de la ley 20.247, e incluía un capítulo (titulado “Fomento de la genética”) que reconocía al criador un derecho de propiedad exclusivo respecto de la venta de la semilla original, y prohibía al semillerista efectuar más de tres multiplicaciones ⁶⁷. En 1936 se presentó un proyecto de Ley de Patentes de Plantas en el Congreso de la Nación, que no llegó a convertirse en ley ⁶⁸. En 1973 se dictó la ley 20.247 ⁶⁹, cuyas fuentes fueron el Convenio UPOV de 1961, la ley alemana de 1968, la legislación francesa y la Plant Variety Protection Act dictada en 1970 en Estados Unidos ⁷⁰. La ley 20.247 es, casi en su totalidad, una ley sobre comercialización de semillas; tan sólo el Capítulo V se refiere a la protección de los derechos intelectuales de los obtentores ⁷¹. Si bien el dictado de la ley en los comienzos de la década del '70 constituyó un avance, es evidente que la materia regulada ha sufrido enormes cambios. Gráficamente se ha señalado que la ley pertenece a un “período prebiotecnológico” ⁷², ajeno a los avances científicos que en las últimas décadas aparecieron en el campo fitotécnico. En 1991, la ley fue reglamentada por el decr. 2183/91, dictado con la finalidad inmediata de adaptar la legislación argentina al régimen de UPOV. Finalmente, en 1994 se aprobó, por ley 24.376, el Convenio UPOV 1978, con lo cual Argentina pasó a ser un Estado parte de la Unión.

Si bien, el primer derecho de obtentor se otorgó en 1981 ⁷³, es recién en la década del '90 cuando comenzó a aplicarse y a tener cierta eficacia la legislación sobre la materia ⁷⁴. A través del decr. 2817/91 se creó el Instituto Nacional de Semillas (INASE), organismo de aplicación de la ley 20.247, organismo que gravitó favorablemente en orden a alcanzar una mayor vigencia y observancia del derecho de obtentor. Producto de un proceso de reforma del Estado, el INASE fue disuelto mediante el decr. 1104/2000, transfiriéndose sus recursos humanos, materiales y financieros a la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación. Esta reorganización, como se ha señalado, gravitó desfavorablemente en la observancia del derecho intelectual. Con todo, a fines de 2003 se dictó la ley 25.845, por la que se dispuso que el INASE retome sus funciones, misiones y estructuras originarias.

1.5. Caracteres

La caracterización del derecho de obtentor será realizada en dos etapas. En un primer estadio, se analizarán los caracteres que corresponden al derecho de obtentor en general, y que resultan predicables, por consiguiente, tanto respecto de sus facultades patrimoniales como de las morales. Seguidamente, se analizarán los caracteres que presenta el derecho de obtentor en su dimensión patrimonial, que es la que interesa específicamente en este trabajo ⁷⁵.

1.5.1. Caracteres del derecho de obtentor

El derecho de obtentor es una especie de derecho intelectual. Como se ha destacado, esta categoría de derechos presenta cierta resistencia a ser calificada conforme a los esquemas jurídicos más tradicionales ⁷⁶. En efecto, esta tarea enfrenta las siguientes dificultades:

a) Los derechos intelectuales no pueden ser encuadrados en la principal clasificación de los derechos subjetivos con relación a su objeto, conforme a la cual se distingue entre derechos patrimoniales y extrapatrimoniales. Desde una perspectiva dualista, esta dificultad obliga a reconocer la existencia de dos derechos distintos, el moral y el patrimonial; desde una postura monista, se asume que el intelectual es un derecho de naturaleza mixta en cuanto a su objeto, lo que obliga a discernir el análisis de su vertiente patrimonial y moral ⁷⁷. En lo que se refiere a este punto, ambas doctrinas parten de una coincidencia básica: los derechos intelectuales, integralmente considerados, presentan una faceta patrimonial y otra extrapatrimonial.

b) Las facultades morales -o, si se prefiere, el derecho moral- del titular del derecho intelectual son de carácter extrapatrimonial. En este sentido, queda claro en qué *no* consisten estas facultades; más ardua resulta, en cambio, su caracterización positiva. Si bien es de estilo afirmar que se trata de un derecho de la personalidad, esta perspectiva no carece de objetores ⁷⁸.

c) Asimismo, la caracterización de esta clase de derechos en su dimensión patrimonial no está exenta de dificultades. Tradicionalmente, se han reconocido dos clases de derechos patrimoniales: los reales y los personales o creditorios. Los derechos intelectuales, por las peculiaridades que presentan, no pueden ser reducidos a ninguna de las dos categorías referidas. La pretensión de identificar al derecho intelectual como un derecho de crédito debe ser descartada. Al efecto, basta con señalar el carácter absoluto de los derechos intelectuales para poner en evidencia la imposibilidad de esta equiparación ⁷⁹. La identificación con los derechos reales, en cambio, ha sido postulada con mayor firmeza, debiendo admitirse que esta tendencia ha alcanzado mediano éxito, por lo menos a nivel semántico. En particular, se ha pretendido identificar a los derechos intelectuales con el derecho de dominio o propiedad. La cuestión es considerada *infra*, N° 3.1.1. Estrictamente, el planteo equiparador fue más político que jurídico. Lejos de toda finalidad científica o académica, el recurso a la expresión “propiedad intelectual” tuvo una inequívoca función política y estratégica: hacer viable el reconocimiento de los derechos intelectuales ⁸⁰. En la actualidad, la calificación de los derechos intelectuales como derechos de propiedad apunta tan sólo a destacar que se trata de derechos absolutos, con contenido patrimonial, que recaen sobre un ente externo al titular y aptos para ser transmitidos. Así entendida, puede aceptarse el uso de la expresión, aunque es conveniente destacar que: a) esta práctica implica atribuir a la expresión “derecho de propiedad” un significado que difiere del tradicional, lo que afecta innecesariamente la precisión que debe caracterizar al lenguaje jurídico; y b) la calificación como “propiedad” sólo puede ser predicada respecto de las facultades patrimoniales que integran el derecho

intelectual, pero no -por motivos obvios- respecto de las morales; en consecuencia, tampoco es predicable del derecho intelectual integralmente considerado.

Con todo, las dificultades enumeradas en los párrafos precedentes no impiden efectuar una caracterización del derecho de obtentor. Conforme a lo anticipado, primeramente, se analizarán los caracteres que le caben en forma integral (es decir, aquellos que son predicables tanto de las facultades morales como de las patrimoniales), y luego se caracterizará específicamente a las facultades patrimoniales.

El derecho de obtentor, integralmente considerado, es un derecho intelectual y, en consecuencia, absoluto y mixto, por el cual se concede al titular un derecho de actuación exclusiva sobre una variedad vegetal.

1.5.1.1. Derecho intelectual

Se trata, en primer lugar, de un derecho intelectual. Es, por lo tanto, un derecho subjetivo que el ordenamiento jurídico reconoce al autor de una creación (en el caso, una variedad vegetal), por el cual se concede a su titular la facultad de explotarla en forma exclusiva, durante el término que establece la ley.

1.5.1.2. Derecho absoluto

Como todo derecho intelectual, el derecho de obtentor es absoluto. Este rasgo puede ser analizado tanto en su faz interna como externa. Se trata, vale aclararlo, de dos perspectivas distintas de contemplación de un mismo fenómeno, que permiten comprenderlo más acabadamente.

La perspectiva interna analiza el modo de ejercicio del poder, en relación con el objeto del derecho. O, en otros términos, el modo en que se satisface el interés del titular del derecho subjetivo. Desde esta perspectiva, es absoluto aquel derecho por el cual el titular está facultado para ejercer su poder directamente sobre el objeto de su derecho, sin necesidad de intermediación alguna. Típico ejemplo de esta categoría es, sin duda, el derecho de dominio. Por el contrario, son relativos aquellos derechos en los cuales el titular sólo ejerce su poder mediatamente, a través de la conducta de un tercero (quien, por ello, resulta ser el sujeto pasivo determinado de la relación jurídica). Tal es el caso del derecho de crédito, en el que el acreedor sólo accede al objeto de su derecho (la prestación) mediante la colaboración del deudor. Esta perspectiva interna, pues, analiza cómo se comporta el poder jurídico en la satisfacción del interés del titular⁸¹. Conforme con este criterio, *“la estructura del derecho depende de la relación que existe entre lo que habría que hacer para satisfacer el interés del titular y lo que el titular está facultado para hacer”*⁸². Así entendidos, son derechos absolutos aquellos en los que el titular está facultado para desplegar la conducta cuya realización satisface los intereses protegidos por el derecho subjetivo en cuestión. Este rasgo es evidente en el caso del derecho de dominio, en el cual es el titular quien, directamente y sin intermediarios, utiliza y disfruta de la cosa. La situación es muy distinta cuando se analiza a los derechos relativos, ya que, en este caso *“... el titular no puede jurídicamente hacer lo que hay que hacer, sino que ha de*

limitarse a exigir que lo haga otro"⁸³. Tal es lo que sucede, por ejemplo, con el derecho de crédito, en el cual el interés del acreedor se satisface a través de la actuación del deudor.

Claramente, el derecho de obtentor es, desde esta perspectiva, un derecho absoluto, ya que el titular se encuentra facultado para "hacer lo que hay que hacer" para obtener la satisfacción de su interés, esto es, explotar en forma exclusiva la variedad, sin que requiera a ese efecto la colaboración de terceros. Siendo un derecho absoluto, lo único que el titular necesita de los terceros para poder ejercer plenamente su derecho es que se abstengan de entorpecer su derecho de actuación exclusiva.

En su faz externa, los derechos absolutos tienen un sujeto pasivo indeterminado, mientras que en los relativos el sujeto pasivo es determinado⁸⁴. Esta caracterización sólo puede ser aceptada si se la matiza con una mínima aclaración. Es evidente que en el derecho de crédito, típico ejemplo de derecho relativo, el deudor es el sujeto pasivo determinado, cuya existencia se requiere para integrar esta categoría. Pero esto no implica negar la existencia del sujeto pasivo indeterminado, que es la comunidad, sobre quien pesa el deber de respetar el derecho creditorio ajeno. En síntesis: desde el punto de vista del sujeto pasivo, todo derecho subjetivo (incluso el relativo) es absoluto, en el sentido que debe ser respetado por toda la comunidad⁸⁵. Lo que sí puede aceptarse es que, entre los derechos subjetivos, existen algunos, llamados relativos, en los que existe -*además* del sujeto pasivo indeterminado- un sujeto pasivo más específico, determinado. Tal es el caso de los derechos de crédito y de los derechos de familia. En el derecho de obtentor, la naturaleza directa de este poder repercute, lógicamente, en el carácter del sujeto pasivo, que resulta ser exclusivamente indeterminado.

En suma, el derecho de obtentor presenta entre sus características el ser absoluto. El titular adquiere un derecho de explotación exclusiva de la variedad, pudiendo excluir del aprovechamiento de ésta a todo tercero a quien no haya autorizado.

1.5.1.3. Derecho mixto: patrimonial y extrapatrimonial

En esta materia existen dos grandes corrientes jurídicas: el dualismo y el monismo. Las posturas dualistas consideran que el derecho del creador no es uno, sino que se diversifica en dos derechos independientes: un derecho patrimonial y un derecho moral. Fundan su criterio, básicamente, en las profundas diferencias que separan a uno y otro tipo de poderes⁸⁶:

a) El moral es un derecho de la personalidad y, por ende, extrapatrimonial; el otro es un derecho patrimonial⁸⁷.

b) El derecho moral es inalienable, mientras que el derecho patrimonial puede ser enajenado⁸⁸.

c) El derecho moral es perpetuo, mientras que el derecho patrimonial está invariablemente sometido a un plazo extintivo, más o menos breve⁸⁹.

d) Ambos derechos protegen intereses diversos: el derecho moral tiende a proteger intereses espirituales, mientras que el derecho patrimonial tiende a satisfacer intereses de carácter económico.

e) Las circunstancias anteriores gravitan en que su contenido sea completamente diverso. La principal facultad patrimonial consiste en el poder de aprovechamiento exclusivo de la variedad protegida, mientras que la principal facultad moral consiste en el derecho de ser reconocido como obtentor de la variedad ⁹⁰.

f) Puede existir derecho moral aunque el patrimonial se haya extinguido (v.gr., por transmisión, vencimiento del plazo, etc.) ⁹¹.

g) Los titulares de los respectivos derechos pueden ser personas distintas, incluso, originariamente. Tal es lo que sucede, por ejemplo, en el caso de las “invenciones laborales”, reguladas -por lo menos, aparentemente- en el art. 24 de la LSCF y en el art. 40 del decr. 2183/91.

h) El derecho patrimonial es renunciable, no así el derecho moral ⁹².

El monismo entiende que las diferencias precedentes no impiden considerar ambos tipos de facultades como integrantes de un solo derecho subjetivo. Desde esta postura, se considera que el dualismo divide artificiosamente el conjunto de facultades que corresponden al autor o creador sobre su creación. Esta corriente interpreta que tal secesión desnaturaliza al derecho intelectual, que debe ser rectamente entendido como un único derecho, que presenta, por cierto, facultades de naturaleza acusadamente diversa.

Con independencia de la relación que pueda existir entre estos derechos o facultades, es indiscutible el derecho moral del obtentor de una determinada variedad a ser reconocido como tal ⁹³. Esta facultad moral admite diversos ámbitos de aplicación: ser reconocido como obtentor en la solicitud del derecho intelectual, en el título que en consecuencia se expida y, en general, en las publicaciones en las que se haga referencia a la variedad vegetal ⁹⁴. Por supuesto, el obtentor también tiene derecho, si así lo desea y expresa, a que no se lo mencione como tal en los documentos referentes a la variedad ⁹⁵. El obtentor también cuenta con la facultad de decidir si la existencia de la variedad va a ser divulgada o no ⁹⁶. Y, por supuesto, también tiene derecho a accionar civilmente contra todo aquel que desconozca su paternidad, o que de otro modo infrinja sus derechos morales ⁹⁷.

No se pretende, en este trabajo, terciar en la referida disputa entre monistas y dualistas, la cual, por cierto, presenta un acusado carácter semántico. No parece que de esta controversia puedan resultar enseñanzas aprovechables para diseñar o aplicar el régimen jurídico del derecho de obtentor. Con todo, se advierte entre la corriente monista y la dualista una coincidencia fundamental: que existen profundas diferencias entre las facultades (o derechos) morales y las facultades (o derechos) patrimoniales del obtentor, que impiden un tratamiento uniforme para ambas categorías. El presente trabajo tiene por objeto el estudio de las facultades patrimoniales que integran el derecho de obtentor

⁹⁸. Por consiguiente, las consideraciones que se vierten en adelante deben entenderse predicadas exclusivamente respecto de su dimensión patrimonial.

1.5.1.4. Su objeto es una variedad vegetal

Aunque el punto dista de estar claro en la normativa argentina vigente, cabe afirmar que el derecho de obtentor es el único derecho intelectual que tiene por objeto una variedad vegetal, como ente inmaterial (para la tesis que considera que el derecho intelectual tiene por objeto la creación espiritual), o que concede un derecho de actuación exclusiva sobre una variedad vegetal (para la tesis que considera que el derecho intelectual tiene por objeto un derecho de actuación exclusiva, siendo la creación espiritual un simple punto de referencia, una pauta de delimitación de ese derecho de actuación). En efecto, los restantes derechos intelectuales (a excepción de la patente), por su naturaleza misma, no están destinados a proteger un derecho de actuación exclusiva sobre una variedad vegetal. Tal es el caso del derecho marcario (su objeto es la marca o signo marcario), del derecho de autor (su objeto es la obra), o de los modelos y diseños industriales (su objeto son los modelos y diseños, en cuanto creaciones estéticas u ornamentales).

Un caso especial es el del derecho de patentes (y, por ende, el de los modelos de utilidad) ⁹⁹. Por su estructura, nada impide que el derecho de patentes recaiga sobre una variedad vegetal. De hecho, existen países en los que las plantas son patentables, como es el caso de Estados Unidos ¹⁰⁰. Ciertamente, puede concebirse al derecho de obtentor como un derecho intelectual semejante a la patente, aunque adaptado para su aplicación al área del mejoramiento vegetal ¹⁰¹. Sin embargo, parece que la normativa argentina no permite la protección vía patentes de las variedades vegetales. Por cierto, la prohibición de patentamiento de las variedades vegetales es una cuestión tratada con cierta oscuridad por la normativa aplicable, por lo cual es conveniente detenerse en su análisis. El tema es tratado, de modo directo o indirecto, por el TRIPs (arts. 27.1 y 27.3.b), el Convenio UPOV 1978 (art. 2º), la ley 24.481 (arts. 1º, 6º inc. g y 7º inc. b) y el decr. 260/96 (art. 6º), normas que serán brevemente analizadas a continuación.

El TRIPs establece que “... las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, *en todos los campos de la tecnología*, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial... las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, *el campo de la tecnología* o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país” ¹⁰². La ley 24.481 adopta un criterio similar, al establecer que “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” ¹⁰³. De las dos normas referidas surge explícitamente cuál es el principio rector en la materia: queda prohibido excluir el patentamiento de una invención en función del sector tecnológico al que ésta pertenece. En consecuencia, pareciera que no es posible prohibir genéricamente el patentamiento de variedades vegetales, ya que esto implicaría incurrir en la discriminación referida. Sin embargo, tanto el tratado como la ley contienen normas

que excluyen o permiten excluir el patentamiento de determinadas invenciones, teniendo en consideración -entre otros criterios- el sector tecnológico al que pertenecen. En particular, esto es, lo que sucede con las variedades vegetales. Con todo, no resulta claro el alcance de estas normas, por lo que resulta conveniente referirlas.

El acuerdo TRIPs autoriza a los Estados Miembros a "... excluir asimismo de la patentabilidad:... b) las plantas y los animales excepto los microorganismos... Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquellas y éste" ¹⁰⁴. En suma, la norma referida *autoriza* la prohibición de patentamiento de plantas, siempre que se adopte un "sistema eficaz *sui generis*". Queda claro que el tratado plantea una disyunción no excluyente (o incluyente) ¹⁰⁵, por lo que nada impide -considerando exclusivamente el régimen del tratado- que se otorgue una doble protección: por patentes y por el sistema *sui generis*. Por cierto, la norma tiene un claro contenido obligatorio, en el sentido de que cada Estado debe reconocer por lo menos *una clase de derecho intelectual* que proteja las obtenciones vegetales, pero se permite a cada Estado elegir cuál ha de ser ese mecanismo de protección, siempre que consista en: a) el régimen de patentes; b) un sistema eficaz *sui generis*; o c) una combinación de los dos anteriores. En general, se considera que el régimen del derecho de obtentor es un "sistema eficaz *sui generis*", conforme al referido tratado ¹⁰⁶.

Esta excepción del art. 27.3.b revela las profundas diferencias que en la materia separaban a los países industrializados entre sí, al tiempo de la negociación del tratado ¹⁰⁷. Por un lado, Estados Unidos, con una política de franca apertura al patentamiento de la materia viva en general. Por el otro, los países europeos integrantes del Convenio Europeo de Patentes, que prohíbe el patentamiento de razas animales y de variedades vegetales, como así también de los procedimientos esencialmente biológicos de obtención. En general, la mayoría de los países se ha inclinado por proteger las variedades vegetales mediante el derecho de obtentor ¹⁰⁸.

Argentina ha dado cumplimiento al mandato establecido en el art. 27.3.b del TRIPs, ya que mediante la ley 20.247 y el Convenio UPOV 1978 se reconoce el derecho de obtentor, el cual, como ya se ha señalado, puede considerarse un "sistema eficaz *sui generis*", a los efectos de la referida norma. Sin embargo, se plantea la duda en torno a si las variedades vegetales son, además, patentables. Se han esgrimido diversos argumentos, de dispar valor jurídico, tendientes a negar esta posibilidad, que serán considerados a continuación.

Tres son los artículos del régimen de patentes que, directa o indirectamente, se refieren a la cuestión: los arts. 6º incs. a) y g), y 7º, inc. b), de la ley 24.481, y el art. 6º del decr. 260/96 que la reglamenta. El art. 6º de la ley establece que "No se considerarán invenciones para los efectos de esta ley: a) Los descubrimientos... y g) Toda clase de materia viva y sustancias preexistentes en la naturaleza". Si bien ninguno de los incisos hace referencia directa a las variedades vegetales, es obvio que su patentabilidad depende de cómo se interpreten las normas referidas.

En el citado inc. g) se prohíbe el patentamiento de “toda clase de materia viva y de sustancias preexistentes en la naturaleza”. La redacción de la norma no deja espacio para la duda en cuanto a que no son patentables las “sustancias preexistentes en la naturaleza”. Con relación a la materia viva, en cambio, la cuestión es más oscura. Literalmente, la norma admite dos interpretaciones: a) que no es patentable la materia viva *preexistente en la naturaleza*, y b) que no es patentable la materia viva *en general, sea o no preexistente*. Siguiendo con el criterio literal, la interpretación depende de la función que se adjudique a la expresión “preexistentes en la naturaleza”, con que finaliza el art. 6º de la ley. Si se interpreta que se refiere exclusivamente a las “sustancias”, entonces queda excluida la posibilidad de patentar toda materia viva, sea o no preexistente. Si, por el contrario, se entiende que la expresión se predica tanto respecto de las “sustancias” como de la “materia viva”, entonces sólo queda excluida de la patentabilidad la materia viva preexistente en la naturaleza. Si bien, literalmente, ambas interpretaciones son posibles, el criterio sistemático permite superar el encierro hermenéutico, ya que la misma ley, más adelante, admite supuestos puntuales de patentamiento de materia viva. Tal es el caso de los arts. 7º -que interpretado a contrario permite afirmar que el material biológico y genético no existente en la naturaleza es patentable- y 20 -que presupone la posibilidad de solicitar el patentamiento de microorganismos, regulando aspectos formales de la presentación respectiva-. Más importante aún: dado que el art. 27.3.b) del TRIPs no permite excluir la patentabilidad a los microorganismos, el art. 6º inc. g), debe interpretarse en el sentido favorable a su validez, considerando que permite el patentamiento de materia viva. En efecto, si se interpretara que el referido artículo prohíbe el patentamiento de toda materia viva, ello implicaría que no son patentables ni siquiera los microorganismos, lo que implicaría una flagrante violación del acuerdo TRIPs. Por lo tanto, la aplicación del criterio sistemático permite resolver la cuestión, debiendo interpretarse que sólo se prohíbe el patentamiento de la materia viva preexistente en la naturaleza, lo cual, por cierto, es redundante con relación a lo establecido en el inc. a) del mismo art. 6º, que prohíbe el patentamiento de los descubrimientos en general, ya que, en definitiva, pretender patentar materia viva preexistente en la naturaleza implica pretender patentar un descubrimiento.

Contra esta interpretación, sin embargo, puede oponerse el argumento de que el legislador no es redundante, y habría, por lo tanto, que buscar un sentido al inc. g) que no implique repetir, parcialmente, lo establecido en el inc. a). Sin embargo, ya se ha visto que la otra alternativa de interpretación -es decir, la que conduce a negar la patentabilidad de toda materia viva- se encuentra afectada por un defecto aún más grave: la contradicción. Y es también un postulado de la dogmática que el legislador no es contradictorio. De los dos defectos, sin duda, la redundancia es el que reviste menor gravedad. Por lo tanto, ha de interpretarse que el inc. g) es parcialmente redundante respecto del inc. a): este último prohíbe el patentamiento de todo tipo de descubrimiento, mientras que el inc. g) prohíbe el patentamiento de un área específica de descubrimientos: la materia viva preexistente.

El defecto legal se agrava al traer a colación el art. 7º de la ley de patentes, en el que se establece que: “No son patentables:... b) La totalidad del material biológico y genético

existente en la naturaleza...”. El pasaje referido justifica tres comentarios. En primer lugar, se despeja toda duda que pudiera despertar el art. 6º inc. g): genéricamente, es posible el patentamiento de cierto tipo de material biológico, mientras no preexista en la naturaleza. En segundo lugar, el pasaje referido repite el concepto vertido en el inc. g) del art. 6º, con lo que se incurre en una doble redundancia. Por último, la norma contiene una contradicción teórica con el art. 6º. En efecto, esta última norma declara qué supuestos no son considerados invenciones; a continuación, el art. 7º establece qué invenciones, a pesar de ser tales, no serán patentables. Entre otros supuestos, incluye el de la materia viva (o material biológico) preexistente en la naturaleza. La contradicción salta a la vista: por el art. 6º inc. g), ese material no constituye una invención, pero, conforme al art. 7º inc. b), se trata de una verdadera invención (aunque no patentable). La contradicción, al menos teórica, es evidente, aunque hay que reconocer que, a los efectos prácticos, la solución es la misma: no es patentable la materia viva preexistente en la naturaleza.

La exclusión legal no contraría lo dispuesto en el TRIPs, ya que éste no especifica si la réplica de una sustancia preexistente en la naturaleza debe ser patentable. Sobre la base del tratado, no resulta chocante afirmar que no se trata de verdaderas invenciones¹⁰⁹, por lo que, en consecuencia, es posible excluir su patentabilidad, facultad que, en forma evidente e innecesariamente reiterada, ha ejercido el legislador argentino.

A pesar de sus imperfecciones, las normas referidas tienen relevancia en lo que respecta a la cuestión de la patentabilidad de las variedades vegetales. En virtud de ellas, no serán patentables aquellas que preexistan en la naturaleza o, lo que es igual, que constituyan un simple descubrimiento, con lo cual se marca un claro contraste con la ley 20.247¹¹⁰, y con el Convenio UPOV 1978¹¹¹, que permiten la protección de las variedades descubiertas.

Queda por dilucidar si son patentables las variedades vegetales que no preexisten en la naturaleza. La ley de patentes, en lo que respecta a esta cuestión, no hace ninguna otra referencia. Por lo tanto, pareciera que, por aplicación de los principios generales, debiera ser patentable aquella variedad vegetal que no preexiste en la naturaleza, y que, además, satisface los restantes requisitos objetivos que establece el art. 4º de la ley de patentes. Sin embargo, el art. 6º del decr. 260/96 niega esta posibilidad, cuando declara que “No se considerará materia patentable a las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para su reproducción”, conforme al decreto reglamentario, pues, no son patentables “las plantas”. Cabe cuestionar qué significado tiene esta expresión y, en particular, qué relación guarda con el concepto de variedad vegetal. El decr. 260/96 no define qué ha de entenderse por “planta”, pero el decr. 2183/91 sí define qué ha de entenderse por “variedad”: “Conjunto de plantas de un solo taxón botánico del rango más bajo conocido que pueda definirse por la expresión de los caracteres resultantes de un cierto genotipo de una cierta combinación de genotipos y pueda distinguirse de cualquier otro conjunto de plantas por la expresión de uno de dichos caracteres por lo menos”¹¹². La variedad es, a los efectos que se analiza la cuestión, un “conjunto de plantas”; parece, por lo tanto, que la prohibición del patentamiento de plantas abarca a las variedades vegetales¹¹³.

Sin embargo, se presenta un problema con la jerarquía de la fuente de esta prohibición. Cabe recordar que la ley de patentes no prohíbe el patentamiento, ni de las plantas, ni de las variedades vegetales, a pesar de la autorización prevista en el art. 27.3.b) del TRIPs. Con todo, vale destacar que esta última norma sólo contiene una autorización, que en la ley de patentes no fue ejercitada. En consecuencia, la habilitación del art. 27.3.b) del tratado no purga el defecto en que incurre el decreto analizado. Parece, pues, que la prohibición reglamentaria excede el marco de la ley y es, por lo tanto, inconstitucional ¹¹⁴. Afectada de este modo la validez de la norma prohibitoria, pareciera no existir obstáculo al patentamiento de variedades vegetales. Sin embargo, esta conclusión es insostenible a la luz de lo dispuesto en art. 2º del Convenio UPOV 1978.

Establece la referida norma del Convenio UPOV: “Formas de protección. 1) Cada Estado de la Unión puede reconocer el derecho del obtentor previsto por el presente Convenio mediante la concesión de un título de protección particular o de una patente. No obstante, todo Estado de la Unión, cuya legislación nacional admita la protección en ambas formas, deberá aplicar solamente una de ellas a un mismo género o una misma especie botánica” ¹¹⁵. Estrictamente, la norma transcripta no prohíbe el patentamiento de variedades vegetales; lo que sí prohíbe es la doble protección, es decir, la protección por patentes y por derecho de obtentor. La norma plantea una disyunción excluyente: o se protege por el derecho de obtentor, o se protege por patentes, pero no mediante ambos títulos simultáneamente. Lo que no resulta claro es cuál es el significado de los enunciados atómicos que componen la disyunción. A primera vista, la aplicación del criterio literal deja abiertas varias posibilidades interpretativas, que serán consideradas a continuación. Primera interpretación (interpretación amplia de la prohibición): cada Estado debe optar por proteger las variedades vegetales mediante patentes o mediante el derecho de obtentor. Corolarios: a) si las variedades vegetales son patentables, no debe estar reconocido el derecho de obtentor; o b) si el derecho de obtentor existe, las variedades vegetales no pueden ser patentables. Segunda interpretación (interpretación restringida de la prohibición): una misma variedad vegetal no puede ser simultáneamente objeto de una patente y de un derecho de obtentor. Conforme con esta interpretación, es posible que un Estado de la Unión reconozca el derecho de obtentor y que, además, admita el patentamiento de variedades vegetales, lo que no implicaría una violación al Convenio UPOV 1978, mientras no se concedan ambos derechos intelectuales sobre una misma variedad vegetal. Tercera interpretación (interpretación intermedia de la prohibición): un mismo género o especie botánica no puede ser protegible tanto por patentes como mediante el derecho de obtentor. En consecuencia, y al igual que lo señalado con relación a la segunda interpretación, nada impide que ambas formas de protección estén previstas en la legislación argentina, pero siempre que sólo una de ellas se aplique a un mismo género o especie botánica.

Las tres interpretaciones son, en una primera lectura, defendibles frente al texto del tratado, si bien parece que la que más se ajusta a su tenor es la última (es decir, la interpretación intermedia). Los términos en que está plasmada la prohibición así lo sugieren. La prohibición sólo se dirige a los miembros “... cuya legislación admita la protección en ambas formas”. Hasta aquí la norma no establece prohibición alguna, sino

que se limita a describir en qué casos se ha de aplicar la prohibición de la doble protección, lo que resulta lógico: si un Estado reconoce sólo una forma de protección, no existe la posibilidad jurídica de que una variedad sea doblemente protegida. A continuación, la disposición analizada señala que, si se da la situación prevista en su primera parte (es decir, que la legislación nacional admita las dos formas de protección), el Estado de la Unión "... deberá aplicar sólo una de ellas a un mismo género o especie botánica". Los términos en que se ha planteado la norma no autorizan, en consecuencia, la primera de las interpretaciones consignadas (es decir, la interpretación amplia de la prohibición): claramente, el Convenio admite la previsión legal de ambas formas de protección. Debe descartarse, asimismo, la segunda interpretación (interpretación restrictiva de la prohibición). Recuérdese que, conforme a ella, una misma variedad no podría ser doblemente protegida, pero nada impediría, conforme a este criterio restrictivo, que dos variedades pertenecientes a una misma especie fuesen protegidas mediante derechos intelectuales diversos (derecho de obtentor y patentes). Sin embargo, esto choca con el tenor de la parte final de la prohibición, que establece que si ambas formas de protección están legalmente previstas, se "... deberá aplicar sólo una de ellas a un mismo género o especie botánica". Por ende, parece que la aplicación del criterio literal inclina a considerar la tercera interpretación (interpretación intermedia de la prohibición) como la más aceptable. En consecuencia: a) nada impide que la legislación argentina reconozca genéricamente ambas formas de protección de las variedades vegetales; y b) si un género o especie vegetal es protegible mediante un derecho intelectual, no podrá ser objeto del restante.

Como puede advertirse, la respuesta a la cuestión de la doble protección no depende exclusivamente de lo dispuesto en el referido art. 2º del Convenio UPOV 1978, sino también de lo establecido en otras normas incluidas en la legislación interna de cada país (v.gr., ley de derecho de obtentor y ley de patentes). En efecto, la interpretación que se haga del art. 2º del Convenio UPOV está directamente condicionada por lo que establezcan las normas complementarias referidas. Como se ha señalado, *"la cuestión de la doble o de la alternativa protección de una innovación vegetal por patente o por título de obtención vegetal debe ubicarse necesariamente en un país o sistema regional de protección determinados, ya que la valoración que se emita sobre dicha obtención dependerá del marco legal que rija en dicho territorio de protección"*¹¹⁶. En suma, la cuestión evidencia la importancia del criterio sistemático de interpretación, que permite que dos normas idénticas, ubicadas en distintos contextos normativos, conduzcan a resultados interpretativos diversos.

El alcance del art. 2º del Convenio UPOV 1978 depende, por lo tanto, de cómo esté regulada la cuestión en la ley de patentes y en la LSCF. Ambas leyes, por caminos diversos, terminan conduciendo a la imposibilidad de patentar variedades vegetales. El régimen de patentes, a través del reglamento, prohíbe el patentamiento de vegetales, aunque ya se ha señalado que la constitucionalidad de esta norma es poco defendible. En lo que respecta a la LSCF, permite la protección de *todos* los géneros y especies vegetales. Esta cobertura amplia del derecho de obtentor, puesta en relación con el art. 2º del Convenio UPOV 1978, lleva a rechazar la posibilidad del patentamiento de variedades

vegetales, con absoluta independencia de la prohibición establecida en el art. 6º del reglamento de la ley de patentes.

1.5.2. Caracteres del derecho patrimonial del obtentor

Hasta aquí, se han analizado los caracteres que pueden predicarse del derecho de obtentor en general. A continuación, se analizan las características que reviste específicamente el derecho patrimonial del obtentor -o sus facultades patrimoniales, si se prefiere el lenguaje de la teoría monista-. En su dimensión patrimonial, este derecho se caracteriza por ser transmisible, relativo (en relación con su contenido), temporario y renunciabile ¹¹⁷. Asimismo, se adquiere por su inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad de Cultivares.

1.5.2.1. Transmisible

Las facultades patrimoniales que conforman el derecho de obtentor son transferibles, tanto *mortis causa* como *inter vivos*, total o parcialmente, a través de diversos hechos (v.gr., la muerte del titular) y actos jurídicos (v.gr., contratos de cesión y de licencia). En forma escueta, la ley 20.247, art. 23, regula la cesión del derecho, estableciendo: “El Título de Propiedad sobre cultivares podrá ser transferido, debiendo para ello inscribirse la respectiva transferencia en el Registro Nacional de la Propiedad de Cultivares. En caso contrario, la transferencia no será oponible a terceros” ¹¹⁸. Justamente, entre las facultades patrimoniales del derecho de obtentor puede incluirse la facultad de disposición total o parcial del mismo. Por el contrario, ya se ha señalado, las facultades morales son intransferibles.

1.5.2.2. Relativo

Según la relación que existe entre el objeto del derecho y las facultades reconocidas al titular, los derechos pueden clasificarse en absolutos y relativos. Son absolutos aquellos derechos en los cuales el titular ostenta todas las facultades factibles de ser ejercitadas respecto de su objeto. Ejemplo típico de derecho absoluto es, en este sentido, el derecho de dominio, en el cual el límite de las facultades del titular lo marca el objeto mismo: el ordenamiento jurídico reconoce al titular todas aquellas facultades que la cosa objeto de su derecho le permita realizar. Esta idea se expresa gráficamente en el Código Civil, que en el art. 2506 define al dominio como “... el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”. Frente a este tipo de derechos, están los relativos, en los cuales la norma marca un límite a lo que puede hacer el titular respecto del objeto, de modo que ciertas facultades que serían natural o físicamente ejercitables son acotadas por la norma jurídica, que sólo reconoce algunas de ellas en favor de su titular. Son ejemplos de este tipo de derechos los *iura in re aliena*.

Conforme con este criterio, el derecho de obtentor es de carácter relativo. En efecto, el legislador no se limita, a la hora de establecer el contenido del derecho, a reconocer al obtentor la facultad exclusiva de aprovechar de “su” variedad en cualquier forma que sea física y económicamente posible. Por el contrario, el legislador delimita positiva y negativamente el contenido del derecho, excluyendo del ámbito del *ius prohibendi* una serie de actos de aprovechamiento de la variedad ¹¹⁹. Tal es el caso, por ejemplo, de los derechos reconocidos a terceros mediante las dos principales excepciones que reconoce el régimen del derecho de obtentor: la excepción del agricultor ¹²⁰ y la excepción del fitomejorador ¹²¹. En suma, el titular del derecho de obtentor no está facultado para aprovechar en forma exclusiva de la variedad de cualquier modo que sea física o económicamente posible, sino sólo en los modos específicos que determina la ley. En consecuencia, el derecho de obtentor es, desde este punto de vista, un derecho relativo.

1.5.2.3. Temporario

En relación con su vigencia temporal, las facultades patrimoniales del obtentor son de duración limitada: su vigencia máxima, que no puede ir más allá de los 20 años, está determinada por ley, y es precisada en el acto administrativo por el que se lo reconoce o concede ¹²². Al respecto, la ley 20.247 establece que el derecho de obtentor “... será otorgado por un período no menor de diez (10) ni mayor de veinte (20) años, según especie o grupo de especies, y de acuerdo a lo que establezca la reglamentación” ¹²³. Coherentemente, el art. 30 inc. d), de la misma ley reconoce el cumplimiento del plazo legal como una causa de extinción del derecho. En consonancia con la delegación legal, en el art. 37 del decr. 2183/91, se establece que el derecho de obtentor “... será otorgado por veinte (20) años consecutivos como máximo, para todas las especies. La Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca podrá establecer otros períodos menores conforme a la naturaleza de la especie”. A pesar de la redacción de la norma, que presenta al plazo de 20 años como un máximo, lo cierto es que este plazo es la regla general, que puede admitir excepciones si así lo dispone la autoridad de aplicación. Se respetan, así, los plazos mínimos requeridos por el Convenio UPOV 1978: quince años (mínimo general) y dieciocho años (mínimo específico para las vides, árboles forestales, árboles frutales y árboles ornamentales) ¹²⁴.

Ni la LSCF ni su decreto reglamentario, establecen cuál es la fecha inicial del cómputo del plazo. Al respecto, existen dos sistemas tradicionales: a) cómputo desde la presentación de la solicitud; y b) cómputo desde la concesión del derecho intelectual. El tema reviste importancia, ya que la diferencia entre uno y otro criterio puede significar, para el titular, la adquisición o la pérdida de varios años de explotación exclusiva, en función del tiempo que insuma la tramitación del procedimiento de concesión del derecho. El primer sistema es el que se establece en la ley 24.481, cuyo art. 35 establece: “La patente tiene una duración de veinte años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud”. El segundo sistema es seguido por el Convenio UPOV 1978, en el que se regula la cuestión en estos términos: “El derecho otorgado al obtentor tiene una duración limitada. Esta no podrá ser inferior a quince años a partir de la fecha

de concesión del título de protección. Para las vides, los árboles forestales, los árboles frutales y los árboles ornamentales, con inclusión, en cada caso, de sus portainjertos, la duración de protección no podrá ser inferior a dieciocho años a partir de dicha fecha”¹²⁵.

Estrictamente, el Convenio UPOV no establece el momento inicial del cómputo del plazo fijado en la LSCF, sino que se limita a fijar la duración mínima del derecho que la legislación nacional debe contemplar. Pero, ante la ausencia de una previsión específica en la LSCF, cabe integrar su art. 22 con el art. 8º del tratado, y entender que el plazo legal se cuenta desde la concesión del derecho, y no desde la presentación de la solicitud.

El plazo extintivo puede verse anticipado si el titular incumple con ciertas cargas que la ley le impone como anejas al derecho. Tal es lo que sucede cuando el titular del derecho omite pagar el arancel anual¹²⁶, o cuando no proporciona una muestra viva del cultivar, habiendo sido requerido a ese efecto por la autoridad de aplicación¹²⁷.

1.5.2.4. Renunciable

En el art. 30 inc. a), de la ley 20.247 se prevé explícitamente la renuncia como una causa de extinción del derecho de obtentor, en estos términos: “Caducará el Título de Propiedad sobre un cultivar por los siguientes motivos: a) Renuncia del propietario a sus derechos, en cuyo caso el cultivar será de uso público”. Si bien la norma reconoce la posibilidad de renunciar al derecho en forma indiscriminada, se sobreentiende que las facultades morales del obtentor de la variedad vegetal son irrenunciables.

Se entiende por renuncia “... *el acto por el cual una persona, en forma libre y espontánea, abdica de un derecho disponible...*”¹²⁸. Teniendo en consideración que se trata de un acto a título gratuito, resulta aplicable el art. 868 del Código Civil, que establece: “Toda persona capaz de dar o de recibir a título gratuito, puede hacer o aceptar la renuncia gratuita de una obligación”. Se requiere, en consecuencia, la capacidad para donar, debiendo aplicarse los arts. 1804 a 1809, y 134 inc. 2 del Código Civil.

Dado que la renuncia es un acto jurídico, su objeto debe cumplir con los requisitos genéricos que surgen del Código Civil, es decir, ser lícito, posible y determinado o determinable. Se desprende del requisito de la licitud que el acto no debe ser contrario al orden público, ni a la moral y a las buenas costumbres. Al respecto, el art. 872 del Código Civil establece cuáles derechos son renunciables: “Las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, los cuales no son susceptibles de ser el objeto de una renuncia”. La norma es coherente con lo dispuesto en el art. 19 del mismo Código, conforme al cual “La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia”.

La cuestión relativa a si el derecho de obtentor es renunciable está claramente resuelta en la LSCF, cuyo art. 30, como ya se ha señalado, reconoce explícitamente a la renuncia como una causa de extinción del derecho. Por otro lado, esta solución es coherente con las dos disposiciones anteriormente citadas, ya que el derecho de obtentor,

individualmente considerado, tiende a proteger fundamentalmente los intereses de su titular. A primera vista, esto puede resultar contradictorio con lo que se expone *infra*, N° 2, al analizar el fundamento del derecho de obtentor, ocasión en la cual se destaca que este derecho se reconoce, primordialmente, con la finalidad de incentivar el desarrollo tecnológico en el área del mejoramiento vegetal. La cuestión, pues, merece ser aclarada. Estrictamente, el efecto incentivo (fundamento socio-económico) ya se ha logrado cuando la variedad ha sido desarrollada, y continúa funcionando aun después de la renuncia del derecho de obtentor, con relación a las demás variedades potencialmente desarrollables. En efecto, la renuncia sólo afecta al derecho individual sobre el que recae, pero no modifica en absoluto el régimen de propiedad intelectual establecido en la LSCF, que continúa significando un incentivo adicional para el desarrollo de la actividad fitomejoradora. Una vez concedido el derecho, pues, el sistema de propiedad intelectual ya ha funcionado como incentivo para el desarrollo de la variedad protegida, lo que no se afecta en absoluto por la renuncia posterior del titular. En consecuencia, no estando involucrado un interés general, ni mucho menos el orden público, sino sólo el interés particular del titular, es por demás razonable aceptar la validez de la renuncia del derecho. Más aún: renunciado el derecho, la variedad pasa al dominio público, y podrá ser reproducida y comercializada por cualquier interesado. En consecuencia, y respecto de esa variedad, el efecto-incentivo se habrá logrado con una disminución de su costo social (es decir, el costo del “monopolio” que hubiese existido durante el período que media entre la fecha de la renuncia y la fecha en que debía expirar el derecho intelectual) ¹²⁹.

Producida la renuncia, se extingue el derecho intelectual, con efectos *ex nunc*. Esta renuncia, por cierto, no puede ser efectuada en perjuicio de terceros (acreedores, licenciarios, etc.). Los acreedores del renunciante podrán, por lo tanto, ejercer la acción revocatoria o pauliana, si resultaren perjudicados por el acto del titular.

Si bien, el acto no está sujeto a formalidad alguna, su interpretación debe ser restrictiva, conforme lo establece el art. 874 del Código Civil: “La intención de renunciar no se presume, y la interpretación de los actos que induzca a probarla debe ser restrictiva”. Aunque, conforme al art. 873 del Código Civil, es legalmente posible una renuncia tácita; los actos a partir de los cuales se la infiera deben ser concluyentes en ese sentido. Así, no es posible inferir la renuncia a partir de actos de mera tolerancia de las infracciones de terceros. Tampoco es posible efectuar esta inferencia a partir de la inactividad del titular, ya que para este caso existe el régimen del uso público restringido, regulado por los arts. 28 y 29 de la LSCF.

La ley no contempla el caso de la renuncia de un derecho de obtentor sujeto a un régimen de cotitularidad. El vacío legal justifica la aplicación analógica del régimen de las patentes. Al respecto, la ley 24.481, al regular la renuncia, establece que “En caso que la titularidad de la patente pertenezca a más de una persona, la renuncia se deberá hacer en conjunto” ¹³⁰. La renuncia de uno de los cotitulares no puede perjudicar, en consecuencia, a los restantes, pero es válida con respecto a su parte ideal. Así resulta de la aplicación analógica del art. 2608 del Código Civil, conforme al cual: “El que no tiene sino la propiedad de una parte indivisa de la cosa, puede abandonarla por la parte que tiene; pero el que tiene el todo de la cosa, no puede abandonarla por una parte indivisa”.

Cuando uno de los titulares del derecho renuncia, los restantes titulares acrecen proporcionalmente. Si bien LSCF, como ya se ha señalado, no efectúa ninguna alusión a la cuestión, esto es, lo que se desprende de la aplicación analógica del régimen jurídico del condominio. Estrictamente, la cuestión tampoco está regulada en el Código Civil, en relación con el condominio, pero la doctrina entiende en forma unánime que el abandono que un condómino efectúa de su parte indivisa no la transforma en *res nullius*, sino que provoca la expansión proporcional del derecho de los restantes copropietarios ¹³¹.

1.5.2.5. *Se adquiere con la registración*

El derecho de obtentor sólo nace tras superar exitosamente un procedimiento administrativo que evalúa la concurrencia de los requisitos para su existencia y que culmina con el dictado de un acto administrativo que otorga el derecho subjetivo. Tal es lo que surge de la ley 20.247, que establece: “Créase, en jurisdicción del Ministerio de Agricultura y Ganadería, el Registro Nacional de la Propiedad de Cultivares, con el objeto de proteger el derecho de propiedad de los creadores o descubridores de nuevos cultivares” ¹³². Sin el otorgamiento del pertinente acto administrativo no cobra existencia jurídica el derecho de obtentor, según surge, explícitamente, de lo establecido en el art. 21 de la LSCF, cuando se afirma que “... el Ministerio de Agricultura y Ganadería resolverá sobre el otorgamiento del Título de Propiedad correspondiente”. Por cierto, esto no significa que se trate de un acto puramente discrecional; por el contrario, la autoridad de aplicación debe otorgar el derecho intelectual si se cumplen los requisitos objetivos, subjetivos y formales prescriptos por la ley. Es por ello que, ante una denegatoria injustificada, al solicitante le queda la posibilidad de acudir a la revisión judicial de la decisión administrativa ¹³³.

1.6. *Elementos del derecho de obtentor*

En todo derecho subjetivo pueden distinguirse tres elementos: sujeto, objeto y contenido. Sujeto activo o titular del derecho es aquella persona a quien el ordenamiento jurídico le reconoce o atribuye el poder en que el derecho consiste. Es usual referirse al titular del derecho bajo análisis como “obtentor”. Así se expresan, incluso, los textos legales. Si bien no existe inconveniente en apelar a este término, debe tenerse en cuenta que no siempre el titular del derecho es quien “obtuvo” la nueva variedad. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una variedad desarrollada en el marco de una relación laboral, o en aquel otro en el cual el titular originario transmite, a través de un contrato de cesión, su derecho intelectual. Considerando al sujeto pasivo, el derecho de obtentor es, como ya se ha señalado, un típico derecho absoluto, que carece de sujeto pasivo determinado ¹³⁴.

Objeto del derecho es el ente (real o ideal) sobre el que recae el poder del titular. En el derecho analizado, la variedad vegetal, en tanto ente inmaterial, o, como prefiere denominarla la ley 20.247, la “creación fitogenética”. Es respecto de esta variedad que el titular podrá desplegar las facultades que le reconoce el ordenamiento jurídico.

Se entiende por contenido del derecho el plexo de facultades o posibilidades de actuación que se le reconocen al titular sobre el objeto del derecho. En el caso del derecho de

obtentor, es el conjunto de facultades con que cuenta el titular respecto de la variedad protegida. Su estudio presupone el del objeto, ya que -al igual que en todo derecho subjetivo- el objeto del derecho condiciona fuertemente su contenido. En el caso del derecho de obtentor, la inmaterialidad del objeto y su carácter orgánico gravitan para que el contenido resulte completamente original, como original es que la variedad vegetal, en cuanto tal, pueda ser objeto de un derecho subjetivo. El presente trabajo tiene por cometido precisar cuál es el contenido patrimonial del derecho de obtentor.

NOTAS

¹ Entendiendo por “mejora vegetal” “... la aplicación práctica de los principios de la genética al desarrollo de líneas mejoradas de cultivos agrícolas y de jardinería” (MICROSOFT CORPORATION, Biblioteca de consulta Microsoft Encarta 2003, voz “mejora vegetal”).

² Marvin H. HARRIS, *Introducción a la antropología general*, 6ª ed., Madrid, Alianza, 2001, p. 242; MICROSOFT CORPORATION, op. cit., voz “mejora vegetal”.

³ Marvin H. HARRIS, op. cit., p. 242.

⁴ FRANCISCO GARCÍA OLMEDO; Gonzalo SANZ-MAGALLÓN; Enrique MARÍN PALMA, *La agricultura española ante los retos de la biotecnología*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2001, p. 22.

⁵ AA.VV., *Prehistoria*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, t. II, p. 24; Marvin H. HARRIS, op. cit., ps. 248-249.

⁶ MICROSOFT CORPORATION, op. cit., voz “mejora vegetal”.

⁷ *Ibidem*.

⁸ AA.VV., *Prehistoria* cit., p. 22.

⁹ MICROSOFT CORPORATION, op. cit., voz “mejora vegetal”.

¹⁰ AA.VV., *Prehistoria*, op. cit., p. 22.

¹¹ MICROSOFT CORPORATION, op. cit., voz “mejora vegetal”.

¹² José Ignacio CUBERO, “Mejora genética clásica en la producción de nuevas variedades”, en AA.VV., *La biotecnología aplicada a la agricultura*, Madrid, Eumedia, 2000, ps. 42-43.

¹³ *Ibidem*, p. 42.

¹⁴ *Ibidem*, p. 42.

¹⁵ *Ibidem*, p. 42.

¹⁶ *Ibidem*, p. 43.

¹⁷ MICROSOFT CORPORATION, op. cit., voz “selección artificial”.

¹⁸ *Ibidem*, voz “selección artificial”.

¹⁹ FRANCISCO GARCÍA OLMEDO; Gonzalo SANZ-MAGALLÓN; Enrique MARÍN PALMA, op. cit., p. 25.

²⁰ José Ignacio CUBERO, op. cit., p. 43.

²¹ *Ibidem*, p. 43.

²² FRANCISCO GARCÍA OLMEDO; Gonzalo SANZ-MAGALLÓN; Enrique MARÍN PALMA, op. cit., p. 26.

²³ V.gr., mediante rayos X o radiación ultravioleta.

²⁴ MICROSOFT CORPORATION, op. cit., voz “mejora vegetal”; John H. BARTON; Peter BERGER, “Patenting agriculture”, en *Issues in Science & Technology*, verano 2001, vol. 17, Nº 4, p. 47.

²⁵ FRANCISCO GARCÍA OLMEDO; Gonzalo SANZ-MAGALLÓN; Enrique MARÍN PALMA, op. cit., p. 35.

²⁶ MICROSOFT CORPORATION, op. cit., voz “vegetal”.

²⁷ *Ibidem*, voz “vegetal”.

²⁸ *Ibidem*, voz “clasificación”.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*, voces “clasificación” y “especies y especiación”.

³¹ *Ibidem*, voz “clasificación”.

³² Ver *infra*, N° 1.5.1.1.

³³ Ver *infra*, N° 2.2.

³⁴ Con respecto a UPOV, ver *infra*, N° 1.4.

³⁵ Ver *infra*, N° 1.5.2.5.

³⁶ Ver *infra*, N° 8.

³⁷ Ver *infra*, N° 1.5.2.3.

³⁸ A esta faceta de la ley se refiere el legislador cuando, en la nota de elevación, enumera entre sus finalidades la “... protección de la propiedad de los nuevos cultivares para los creadores...”.

³⁹ Marta GUTIÉRREZ, documento de trabajo de la clase de la materia: “Obtenciones vegetales”, en el marco del Curso de posgrado de propiedad intelectual, Universidad de Buenos Aires, noviembre de 2000.

⁴⁰ La misma técnica se aplica en República de Kenia, “The Seeds and Plant Varieties Act”, 1972, Official Kenya Gazette, 7/6/02.

⁴¹ El Convenio UPOV 1991 es más terminante, al exigir expresamente que estas medidas no afecten al régimen del derecho de obtentor. En el mismo sentido: Grupo Andino, Decisión 345, art. 28.

⁴² Peter LANGE, “Naturaleza del derecho del obtentor (Ley sobre la protección de las variedades vegetales) y su demarcación respecto a las invenciones patentables”, en *Documentos del Simposio ‘Patentes industriales y Títulos de obtención vegetal - Sus sectores de aplicación y posibilidades para su demarcación’ celebrado con ocasión de la decimoctava sesión ordinaria del Consejo de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales*, Ginebra, 1984, editado por UPOV, p. 30; Ernesto ARACAMA ZORRAQUÍN, “La protección jurídica de las nuevas obtenciones vegetales”, en *El Derecho*, diario del 12/8/03, p. 1.

⁴³ Henning KUNHARDT, “Industrial Property Rights and Their Impact on Industry and agriculture”, en *Plant Variety Protection*, N° 59, p. 30; Henning KUNHARDT, “Industrial Property Rights and their Impact on Industry and Agriculture”, en *Vortr. Pflanzenzüchtg* 1989, 16, p. 294.

⁴⁴ Walter F. KUGLER, “Amparo a la propiedad en la creación de nuevas variedades de plantas”, en *Granos*, año III, N° 11, p. 7; Ernesto ARACAMA ZORRAQUÍN, op. cit., p. 1.

⁴⁵ Así, en Estados Unidos se presentaron los primeros proyectos legislativos en 1906, 1907, 1908 y 1910, aunque no fructificaron. También en Alemania se elaboró y presentó, en 1930, un proyecto de ley de semillas que incluía cierto tipo de protección para los fitomejoradores. En Francia, el primer proyecto fue presentado en 1921. V. Ernesto ARACAMA ZORRAQUÍN, op. cit., p. 1; Walter F. KUGLER, op. cit., p. 7.

⁴⁶ Checoslovaquia (1921), Estados Unidos (1930), Cuba (1934), Rusia (1944), Austria (1946), Holanda (1948) y Alemania (1953). V. Carlos M. GATTARI; Martha O. DURANTE, “El derecho de propiedad en las investigaciones fitogenéticas”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1992-I, p. 928; Ernesto ARACAMA ZORRAQUÍN, op. cit., p. 1; Henning KUNHARDT, “Industrial Property Rights and Their Impact on Industry and agriculture”, op. cit., p. 30; Henning KUNHARDT, “Industrial Property Rights and their Impact on Industry and Agriculture”, op. cit., p. 294; Walter F. KUGLER, op. cit., p. 8.

⁴⁷ En el original en francés: “Union Internationale pour la Protection des Obtentions Vegetales”.

⁴⁸ Henning KUNHARDT, “Industrial Property Rights and their Impact on Industry and Agriculture”, op. cit., p. 295.

⁴⁹ Asociación Internacional de Seleccionadores para la Protección de las Obtenciones Vegetales.

⁵⁰ Henning KUNHARDT, “Industrial Property Rights and their Impact on Industry and Agriculture”, op. cit., p. 296.

⁵¹ Unión para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV), “UPOV. Sus actividades, su cometido”, Ginebra, septiembre de 1998, publicación de la UPOV N° 437(S), p. 1.

⁵² Barry GREENGRASS, “Introducción general a la revisión de 1991 del Convenio de la UPOV”, en actas del *Seminario sobre el acta de 1991 del Convenio de la UPOV*, organizado por el INASE, en cooperación con UPOV y con el apoyo de ASTA y ARPOV, Buenos Aires, 10 y 11 de agosto de 1999, p. 2.

⁵³ Fuente: Unión Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV), Documentación varia, <http://www.upov.int>

⁵⁴ En Argentina, esta adaptación normativa se realizó mediante el decr. 2183/91. Si bien, muchas de sus normas constituyen inequívocos avances respecto de la ley 20.247, en más de una oportunidad el decreto se excede en la reglamentación.

⁵⁵ La OMPI es un órgano especializado de la ONU, con sede en Ginebra y su finalidad es promover la armonización y el tratamiento recíproco en las legislaciones sobre derechos intelectuales.

Se originó en el Convenio de Estocolmo de 1967. Argentina adhirió al Convenio por ley 22.195, y es desde entonces miembro de la OMPI.

⁵⁶ Conocido también por su sigla en inglés como acuerdo TRIPs (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights).

⁵⁷ General Agreement on Tariffs and Trade. Tenía por principal finalidad liberalizar el comercio mundial, reduciendo los aranceles y otras barreras existentes, contribuyendo así al desarrollo económico y al bienestar de las naciones. Con ese objeto se llevaron adelante, en las últimas décadas, varias rondas de negociaciones o convocatorias formales para la negociación multilateral. En la Ronda de Uruguay se creó la Organización Mundial del Comercio y se celebró el ADPIC. Argentina aprobó el Acta Final de la Ronda de Uruguay por ley 24.425.

⁵⁸ Entiende Correa que no se establecieron estándares mínimos en materia de obtenciones vegetales porque Estados Unidos privilegió un "... enfoque basado en la protección de patentes en temas relacionados con la innovación en el campo de las plantas", en Carlos M. CORREA, *Acuerdo TRIPS - Régimen internacional de la propiedad intelectual*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, p. 42.

⁵⁹ Entre sus puntos flacos, se cuentan los siguientes: a) la eventual aplicación del principio de reciprocidad (condicionadamente autorizado por el art. 3º; b) la posibilidad de que no estén protegidas todas las especies (prevista por el art. 4º; y c) la duración de 15 años de la protección (art. 8º), que podría llegar a considerarse insuficiente. V. UPOV, "The law of plant variety protection and its relations with other legal systems (lecture)", en actas del *Regional Seminar on the protection of plant varieties under the UPOV Convention*, organizado por UPOV, Praga, 3 a 6 de marzo de 1997.

⁶⁰ Argentina brinda protección a todas las especies vegetales y eleva la protección mínima del convenio a veinte años. Esto es posible porque los convenios de UPOV se limitan a fijar una protección mínima, que cualquier país adherente puede incrementar.

⁶¹ Así, por ejemplo, en Alemania, en la década del '30, se habían concedido patentes para más de cien variedades vegetales. V. Peter LANGE, op. cit., p. 31.

⁶² Barry GREENGRASS, "La interrelación entre los derechos de los obtentores y las demás formas de protección por propiedad intelectual y el futuro", en actas del *Seminario sobre la naturaleza y la razón de ser de la protección de las obtenciones vegetales en virtud del convenio de la UPOV*, Ginebra, 1994, p. 85.

⁶³ Peter LANGE, op. cit., p. 1; Barry GREENGRASS, "La interrelación entre los derechos de los obtentores y las demás formas de protección por propiedad intelectual y el futuro", op. cit., ps. 85-86; Teodora ZAMUDIO, "Protección jurídica de las creaciones fitogenéticas", en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, 1994, N° 59, p. 120.

⁶⁴ V.gr., no está prevista la excepción del fitomejorador. V. *infra*, N° 11.

⁶⁵ Fundamentalmente, no se reconoce la excepción del agricultor. V. *infra*, N° 10.

⁶⁶ Barry GREENGRASS, op. cit., p. 86.

⁶⁷ Walter F. KUGLER, op. cit., p. 5.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 5.

⁶⁹ La ley fue reglamentada por tres decretos: 1995/78, 50/89 y 2183/91. El último de los enumerados aún se encuentra en vigencia y contiene, en gran medida, las normas básicas que regulan, en la actualidad, el derecho de obtentor: requisitos de otorgamiento, derechos que confiere, extinción, etc..

⁷⁰ Carlos M. GATTARI; Martha O. DURANTE, op. cit., p. 925.

⁷¹ Esta dualidad en cuanto a los fines de la ley surge explícitamente de su nota de elevación, en la que puede leerse que se busca promover "... los medios para una eficiente actividad de creación, multiplicación y comercialización de semillas, la protección de la propiedad de los nuevos cultivares para los creadores, así como asegurar a los productores agrarios la mejor semilla con identidad y calidad garantizada".

⁷² Miguel Angel RAPELA, *Derechos de propiedad intelectual en vegetales superiores*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2000, p. 228.

⁷³ Nótese que para entonces ya había transcurrido casi una década desde el dictado de la ley 20.247.

⁷⁴ Entre las causas que explican este retraso en la aplicación efectiva de la ley pueden mencionarse: a) la ignorancia del régimen vigente y de sus alcances por parte de los propios obtentores; b) la creencia de los obtentores de que era el Estado quien debía velar por el respeto de sus derechos; y c) el impacto negativo de una economía inflacionaria. En la medida que estos factores se fueron revirtiendo, la ley comenzó a aplicarse efectivamente. La difusión del régimen legal, el ejercicio del poder de policía estatal a través del INASE, la actuación colectiva de los obtentores a través de la Asociación Argentina de Protección de las Obtenciones Vegetales (ARPOV) y otros factores gravitaron para que el derecho de obtentor alcanzara en pocos años una mayor observancia en la Argentina. Fenómeno que, lamentablemente, ha experimentado un retroceso en los últimos años, en particular desde la disolución del Instituto Nacional de Semillas. Es de esperar que la "revitalización" del INASE grave favorablemente en la observancia del derecho intelectual.

⁷⁵ Con todo, se efectuará asimismo una mínima caracterización de las facultades morales. V. *infra*, N° 1.5.1.3.

⁷⁶ H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de derecho industrial*, Madrid, Civitas, 1978, ps. 50-51.

⁷⁷ Con respecto al monismo y al dualismo, ver *infra*, N° 1.5.1.3.

⁷⁸ V. Santos CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 206 ss..

⁷⁹ Al respecto, ver *infra*, N° 1.1.5.2.

⁸⁰ En este sentido, se ha señalado que "... la denominación de propiedad intelectual... se explica como fórmula de combate, para justificar una protección tan completa como sea posible del derecho", en Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, Buenos Aires, Perrot, 1975, vol. II, p. 532.

⁸¹ H. BAYLOS CORROZA, op. cit., p. 595.

⁸² *Ibidem*, p. 595.

⁸³ *Ibidem*, p. 595.

⁸⁴ José L. LACRUZ BERDEJO; Agustín LUNA SERRANO; FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de derecho civil. Parte general. Volumen tercero. El derecho subjetivo*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1990, p. 90; Francesco MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial, tomo II: Doctrinas generales*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 21.

⁸⁵ "... en la definición de todo derecho subjetivo ya entra el dar nacimiento a una obligación pasiva universal. Esta obligación general de respeto, contra-partida inmediata de la pertenencia-dominio constitutiva del derecho, vale de igual

modo para los derechos sobre las personas [así se refiere Dabin a los derechos de crédito] que para los derechos sobre las cosas...”, en Jean DABIN, *El derecho subjetivo*, trad. de F.J. Osset, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, p. 231.

⁸⁶ H. BAYLOS CORROZA, op. cit., ps. 394-395.

⁸⁷ Como ya se ha señalado, no existe acuerdo en la doctrina acerca de si el derecho moral del creador debe ser considerado un derecho de la personalidad. Se pronuncia en sentido negativo Santos CUFENTES, op. cit., p. 206 ss.. En todo caso, queda claro que se trata de un derecho de carácter extrapatrimonial.

⁸⁸ Entre otras, se alude explícitamente a la inalienabilidad de las facultades morales en las siguientes legislaciones: República Italiana, Decreto legislativo del 3 de noviembre 1998, n. 455, art. 2; República de Bielorrusia, Plant Variety Patent Law, 1995, art. 4º; Estados Unidos Mexicanos, Ley federal de variedades vegetales, art. 4.I; República de Hungría, Law N° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents, s. 25; Estados Unidos Mexicanos, Ley federal de variedades vegetales, arts. 4.I y 19; República de Moldavia, “Law on the protection of plant varieties” N° 915/1996, art. 10.3.

⁸⁹ Reconocen explícitamente la duración ilimitada del derecho moral del obtentor, entre otras, las siguientes legislaciones: República de Bielorrusia, Plant Variety Patent Law, 1995, art. 4º; Estados Unidos Mexicanos, Ley federal de variedades vegetales, art. 4.I; República de Moldavia, Law on the protection of plant varieties N° 915/1996, art. 10.3.

⁹⁰ Con relación a las facultades patrimoniales, ver *infra*, N° 8. En cuanto a las facultades morales, se presenta un breve panorama al final de este punto.

⁹¹ Así lo aclara, quizás, innecesariamente, la legislación israelí: “A person, whose name is stated as that of the person who has bred a variety, shall not for that reason alone have any right in the variety and to the breeders’ right therein” (Estado de Israel, Plant Breeder’s Rights Law 5733-93, s. 60).

⁹² Así, puede leerse: “A stipulation by which a person who has bred a variety waives the right to request that his name be indicated, shall be of no effect”, (Estado de Israel, Plant Breeder’s Rights Law 5733-93, s. 59). En el mismo sentido: Estados Unidos Mexicanos, Ley federal de variedades vegetales, art. 6º; República de Moldavia, Law on the protection of plant varieties N° 915/1996, art. 29.

⁹³ Este derecho moral es reconocido expresamente por otras legislaciones. Así, la Ley federal de variedades vegetales, de México reconoce en el art. 4.I) el derecho inalienable e imprescriptible del obtentor a ser reconocido como tal. El art. 4º de la ley de Bielorrusia establece: “The person whose creative work has resulted in the variety shall be recognized as the creator (breeder)”. En el mismo sentido: Italia, decreto legislativo 3 noviembre 1998, art. 2º; República Federativa de Brasil, Law N° 9456 of April 28, 1997, art. 5.3; República de Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 26.1.iii; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder’s Right, N° 789/1992, s. 10; República de Hungría, Law N° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents, s. 7.5; Estado de Israel, Plant Breeder’s Rights Law N° 5733-93, s. 56; República de Moldavia, Law on the protection of plant varieties N° 915/1996, arts. 10.4 y 12.5.

⁹⁴ Así se establece en forma explícita en República de Moldavia, Law on the protection of plant varieties N° 915/1996, art. 10.4: “The breeder shall have the right to be identified in the application for the grant of a patent, in the granted patent and in all publications relevant to his variety”.

⁹⁵ Así se establece en la República de Hungría, Law N° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents, s. 7.5: “Published patent documents shall not mention the inventor if he so requests in writing”.

⁹⁶ República de Hungría, Law N° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents, s. 7.7.

⁹⁷ República de Hungría, Law N° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents, s. 7.6: “The inventor shall be entitled to institute legal proceedings under the Civil Code against any person contesting his authorship or otherwise infringing his moral rights deriving from the invention”.

⁹⁸ O, apelando a la terminología dualista, el derecho patrimonial del obtentor.

⁹⁹ De hecho, en España, antes del dictado de la ley 12/1975, de Protección de las obtenciones vegetales, algunas variedades vegetales se protegieron por medio de modelos de utilidad. V. Ignacio QUINTANA CARLO, “La protección de las obtenciones vegetales y la ley española del 12 de marzo de 1975”, en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Madrid, 1975, t. II, ps. 195-196.

¹⁰⁰ En este país existen tres derechos intelectuales diversos que son potencialmente aplicables a los vegetales: las patentes de plantas (*plant patent*), el derecho de obtentor (*breeder’s right*) y las patentes tradicionales (*utility patents*). Los dos primeros derechos intelectuales están específicamente diseñados para la protección de plantas, pero también es posible patentar una planta mediante el régimen común de patentes, si se satisfacen los requisitos de patentabilidad: Alan L. DURHAM, *Patent Law Essentials - A Concise Guide*, Connecticut, Quorum Books, 1999, p. 176. V. Jonathan KING; Doreen STABINSKY, “Biotechnology under globalisation: the corporate expropriation of plant, animal and microbial species”, en *Race Class*, vol. 40, Nros 2-3, 1999, p. 78 ss..

¹⁰¹ El régimen de patentes, ya se ha señalado *supra*, N° 1.4, presenta algunas características que dificultan la protección de las variedades vegetales. Características que llevan a que, de facto, sea difícil proteger las variedades vegetales por esta vía, especialmente, si se trata de una variedad vegetal obtenida por medios convencionales. En aquellas legislaciones que permiten el patentamiento de vegetales mediante el régimen común, estas dificultades pueden significar un escollo para alcanzar la protección patentaria. En este sentido, se ha señalado: “A new plant variety can be the subject of a utility patent, but only if the variety is ‘non-obvious,’ and only if the patent disclosure satisfies the usual requirements. These requirements are often problematic in the case of a plant variety”, en Alan L. DURHAM, op. cit., p. 176.

¹⁰² TRIPS, art. 27.1 (sin cursiva en el original).

¹⁰³ Ley N° 24.481, art. 1 (sin cursiva en el original).

¹⁰⁴ TRIPS, art. 27.3.

¹⁰⁵ La disyunción es excluyente cuando, si se da una de las alternativas previstas en la proposición, no se da la otra. V. Alfredo DEANO, *Introducción a la lógica formal*, Alianza, Madrid, 1999, p. 62.

¹⁰⁶ Carlos M. CORREA, *Acuerdo TRIPS - Régimen internacional de la propiedad intelectual*, op. cit., p. 135; Mariela E. BORGARELLO, *Derechos de obtentor*, inédito, año?, s/p.; Gopikrishna S. WARRIER, “An act that sows success”, en Businessline, 17 de diciembre de 2001; Tim ROBERTS, “La protección por patente concedida a las plantas. Comparación y contraste con los derechos de obtentor”, en actas del *Simposio conjunto UPOV-OMPI-OMC sobre la protección de las obtenciones vegetales en virtud de lo dispuesto en el artículo 27.3.b) del Acuerdo sobre los ADPIC*, organizado por UPOV, en cooperación con la OMPI y la OMC, Ginebra, 15 de febrero de 1999, p. 10; UPOV, “La protección de la totalidad del reino vegetal”, en actas del “Seminario sobre el acta de 1991 del convenio de la UPOV”, organizado por el INASE, en cooperación con UPOV y con el apoyo de ASTA y ARPOV, Buenos Aires, 10-11 de agosto de 1999, p. 13; UPOV, “The law of plant variety protection and its relations with other legal systems”, op. cit., p. 9; José M. ELENA, “Situación actual de la normativa legal en Europa y en América”, en AA.VV., *Los derechos de propiedad de las obtenciones vegetales*, Madrid, Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1998, ps. 79-80.

¹⁰⁷ Carlos M. CORREA, *Acuerdo TRIPS - Régimen internacional de la propiedad intelectual*, op. cit., p. 133.

¹⁰⁸ John H. BARTON; Peter BERGER, “Patenting agriculture”, op. cit., p. 47.

¹⁰⁹ Carlos M. CORREA, op. cit., p. 134.

¹¹⁰ La ley admite explícitamente la protección de los descubrimientos. En el lenguaje de la ley, la variedad vegetal se denomina “creación fitogenética”, y por tal se entiende, conforme al art. 2º: “... el cultivar obtenido *por descubrimiento* o por aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de las plantas” (sin cursiva en el original). La misma referencia a la posibilidad de registrar las variedades descubiertas puede encontrarse en los arts. 19, 20 y 24. El criterio es seguido, en general, por la legislación comparada sobre la materia.

¹¹¹ Explícitamente, el tratado establece, en el art. 6º inc. a), que la protección se otorga “sea cual sea el origen, artificial o natural, de la variación inicial que ha dado lugar a la variedad...”.

¹¹² Art. 1º inc. c).

¹¹³ En este sentido, se ha señalado que “... las plantas, en el derecho argentino, no son susceptibles de patentamiento... La exclusión se extiende también a las variedades vegetales, pues el concepto de plantas es más amplio que el de variedades vegetales... La prohibición del patentamiento de plantas se extiende... al patentamiento de conjuntos abstractamente determinados de ellas, constitutivos de variedades”, en Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, Buenos Aires, Heliasta, 2001, t. I, ps. 831-833. En el mismo sentido: Aldo P. CASELLA, “Derechos del obtentor y del agricultor: la cuestión en Argentina a la luz de los convenios internacionales y del derecho comparado”, en *Actas del IV Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario*, Rosario, Imagen Impresiones, 2002, p. 297. Señala Mónica WITTHAUS, “Propiedad industrial sobre plantas transgénicas”, en *Derechos intelectuales*, Buenos Aires, 2001, vol. 9, p. 140, que la práctica del INPI se orienta en el sentido de aplicar el art. 6º de la reglamentación, considerando que las plantas no son patentables, en ningún caso.

¹¹⁴ En el mismo sentido, Mónica WITTHAUS, “Propiedad industrial sobre plantas transgénicas”, op. cit., p. 139, quien entiende que la ley de patentes tan sólo prohíbe el patentamiento de la materia viva preexistente en la naturaleza y, en consecuencia, considera inconstitucional el art. 6º del decr. 260/96.

¹¹⁵ La prohibición ha sido suprimida en el Convenio UPOV 1991.

¹¹⁶ Monika HOLTSMANN, “La protección jurídica de las innovaciones vegetales. ¿Patente y/o título de obtención vegetal?”, en AA.VV., *Los derechos de propiedad de las obtenciones vegetales*, Madrid, Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1998, p. 357.

¹¹⁷ Por supuesto, la caracterización de este derecho varía profundamente si se analiza su faceta extrapatrimonial. Desde esta perspectiva, las facultades morales del obtentor son absolutas, extrapatrimoniales, inalienables, imprescriptibles, inembargables, inejecutables, irrenunciables e insubrogables.

¹¹⁸ Se agrega en la reglamentación que la transferencia del derecho de obtentor “... deberá realizarse mediante una solicitud que exprese el nombre y domicilio del titular cedente y del cesionario y se acompañará con el documento legal que instrumente la misma. La constancia de la transferencia será asentada en el Registro Nacional de la Propiedad de los Cultivares y en el título de propiedad. El cesionario queda sometido a las mismas obligaciones que tenía el cedente” (decr. 2183/91, art. 39).

¹¹⁹ Con respecto al método de determinación del contenido, ver *infra*, N° 7.

¹²⁰ En relación con la excepción del agricultor, ver *infra*, N° 10.

¹²¹ Con respecto a la excepción del fitomejorador, ver *infra*, N° 11.

¹²² Ley 20.247, art. 30.

¹²³ Ley 20.247, art. 22.

¹²⁴ Art. 8º.

¹²⁵ Convenio UPOV 1978, artículo 8.

¹²⁶ Ley 20.247, art. 30, inc. e); decr. 2183/91, art. 36, inc. e). La sanción aparece expresamente autorizada en el Convenio UPOV 1978, art. 10.

¹²⁷ Ley 20.247, art. 30, inc. d); decr. 2183/91, art. 36, inc. d). Al igual que en el caso anterior, la declaración de caducidad es autorizada expresamente por el Convenio UPOV 1978, art. 10.

¹²⁸ Ramón D. PIZARRO; Carlos G. VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 3, p. 563.

¹²⁹ Con respecto al “monopolio”, v. *infra*, N° 3.2.2.

¹³⁰ Art. 62 inc. b).

¹³¹ Guillermo BORDA, ob. cit., vol. I, p. 465.

¹³² Art. 19.

¹³³ Decr. 2183/91, art. 45.

¹³⁴ V. *supra*, N° 1.5.1.2.

SEGUNDA PARTE

FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE OBTENTOR

SECCIÓN 1

ANÁLISIS DOGMÁTICO

2. Teleología del régimen vigente

2.1. Introducción

En esta segunda parte del trabajo se aborda el estudio del fundamento del derecho de obtentor, desde una doble perspectiva:

a) En primer lugar, y dando por sentado que el legislador ha establecido el régimen del derecho de obtentor, se examina cuál es su sentido, esto es, qué valoraciones han inclinado al legislador a sancionarlo legalmente. Esta tarea se aborda en el presente capítulo. Como se ha señalado, en la interpretación de las leyes “... *no puede pasarse por alto que en ellas no se trata de enunciados cualesquiera, sino de prescripciones que han de obedecerse, de pautas de juicio prescritas, brevemente: de normas. El legislador que promulga una ley, o más exactamente que pretende regular un determinado sector de vida por medio de normas, se deja guiar al respecto por ciertas intenciones reguladoras y por consideraciones de justicia o de oportunidad, a las que en último término subyacen ciertas valoraciones... Por ello, ‘comprender’ una norma jurídica exige descubrir la valoración en ella decretada y su alcance. La aplicación de la norma exige valorar el caso enjuiciable conforme a ella...*”¹. En suma, en esta instancia se mira al régimen del derecho de obtentor “desde adentro”, intentando develar qué finalidad lo justifica e inspira. Transitada esta etapa, se estará en condiciones de: a) interpretar correctamente el régimen; y b) analizar en qué medida las normas vigentes resultan idóneas para alcanzar dicha finalidad.

b) Los capítulos restantes de esta parte del trabajo se destinan a analizar la misma problemática, pero desde una perspectiva diferente, supralegal. En otros términos, al régimen jurídico del derecho de obtentor se lo mira, en esta instancia, “desde afuera”.

Históricamente, el derecho de patentes nació como un medio de protección de las invenciones en general, sin discriminar en función del sector tecnológico al que pertenecieran. Sin embargo, el paso del tiempo fue demostrando la inconveniencia de preservar a rajatabla este aglutinamiento. Conforme se ha visto *supra*, N° 1.4, promediando el siglo pasado surgió el derecho de obtentor, ante la supuesta insuficiencia del derecho de patentes para brindar una protección efectiva a la tecnología de mejoramiento vegetal. Se trata, sin duda, de un derecho intelectual que presenta caracteres diferenciales con respecto al derecho de patente. Sin embargo, esas diferencias no impiden afirmar que el derecho de obtentor y la patente comparten una estructura jurídica común, por lo menos, en lo que respecta a sus aspectos fundamentales:

requisitos, titularidad, objeto, contenido, duración, protección, extinción, etc. Se trata, en suma, de derechos subjetivos análogos². Esta relación de semejanza ha sido destacada por la propia ley 20.247, en cuya nota de elevación se establece que “el sistema es simple y semejante al existente en el país para la propiedad intelectual y la propiedad industrial sobre inventos”³. En particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de destacar que el derecho de obtentor y el derecho de patente persiguen un “propósito análogo”⁴. Es razonable, por lo tanto, aprovechar, *mutatis mutandis*, la copiosa literatura que ha atendido el problema del fundamento del derecho de patentes, a la hora de analizar el fundamento del derecho de obtentor. En consecuencia, el análisis supralegal comenzará, en el capítulo 3, con el estudio, en general, del fundamento del derecho de patentes. A medida que se vayan considerando los diversos argumentos sobre la materia se irán filtrando aquellas consideraciones que resulten justificadas por las peculiaridades diferenciales del derecho de obtentor.

Asimismo, los efectos del régimen de la propiedad intelectual varían según el grado de desarrollo económico y tecnológico que presente cada país. Los esquemas jurídicos que han resultado exitosos para los países centrales no necesariamente han de serlo en el caso de un país periférico y tecnológicamente rezagado. Al estudio de esta problemática se destinará el Capítulo 4. Con todo puede adelantarse que Argentina, a pesar de ser un país subdesarrollado, presenta un panorama peculiar con relación al sector fitomejorador, dato que no puede ser obviado al ponderar cuál es el régimen de propiedad intelectual que mejor le sienta.

La protección de los vegetales a través de la propiedad intelectual se encuadra en el marco de un debate más amplio, relativo a cuál es el régimen jurídico más apropiado para proteger la materia viva. Ciertamente, la naturaleza orgánica de las invenciones y descubrimientos le imprime un sello particular al debate sobre la posibilidad de su apropiación mediante la propiedad intelectual. El Capítulo 5 se destinará, entonces, a considerar la conveniencia de reconocer derechos intelectuales sobre plantas.

Asimismo, Argentina ha asumido el compromiso internacional, a través del TRIPs, de brindar una protección a las plantas mediante un régimen de propiedad intelectual. En consecuencia, y sin pretender con esto considerar superado el debate de los capítulos precedentes, en el capítulo 6 se ponderará la conveniencia de optar, a la hora de proteger las nuevas variedades vegetales, por el régimen de derecho de obtentor o por las patentes.

2.2. *Análisis*

Conforme se analizará más adelante, dos son los valores principales con los que suele justificarse el reconocimiento de la propiedad intelectual: la justicia y la utilidad. A continuación, se intentará precisar cuál es la intención reguladora del legislador argentino al respecto. A este efecto, se considerarán las normas constitucionales en que se basa el reconocimiento de la propiedad intelectual, para luego analizar las disposiciones específicas del régimen del derecho de obtentor.

Evidentemente, tanto la realización del valor justicia como la consecución del progreso económico son objetivos fundamentales del ordenamiento jurídico argentino, lo que resulta evidenciado en el mismo Preámbulo de la Constitución Nacional, en el que se declara que el dictado de la Constitución se realiza, entre otros fines, “... con el objeto de... afianzar la justicia... [y] promover el bienestar general...”⁵. Es evidente, entonces, que tanto la realización de la justicia como el logro del progreso económico son pilares fundamentales para el derecho argentino. De lo que aquí se trata es de comprobar cuáles son los fines específicos del ordenamiento jurídico argentino con relación al régimen de la propiedad intelectual.

Dos son las normas constitucionales que se refieren a los derechos intelectuales: el art. 17 y el art. 75 inc. 18. Establece el primero: “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley”. Y el art. 75 inc. 18, conocido como “cláusula del progreso”, dispone: “Corresponde al Congreso:... 18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración... la introducción y establecimiento de nuevas industrias... por concesiones temporales de privilegios...”. Mediante la expresión “concesiones temporales de privilegios” se alude, según Alberdi, a la propiedad intelectual⁶. Si bien ambas normas se refieren al régimen de los derechos intelectuales, abordan su tratamiento desde perspectivas diversas, aunque no necesariamente incompatibles. El art. 17 reconoce al derecho intelectual como un derecho subjetivo del autor o inventor, protegiéndolo incondicionadamente. El art. 75 inc. 18, enumera a la propiedad intelectual como un medio para lograr el progreso del país. La primera norma, por ende, pareciera basarse en el contenido de justicia que implica proteger una creación espiritual. La segunda, en cambio, mediatiza la protección en función de su impacto económico previsible.

Previo a todo análisis, es necesario determinar si el art. 17 resulta aplicable al derecho de obtentor. Una lectura inicial inclina a responder negativamente el interrogante planteado. La norma habla de “autor o inventor” y pareciera, por lo tanto, estar haciendo referencia exclusivamente al derecho de autor y a las patentes⁷. Una mínima contextualización histórica corrobora esta primera impresión, ya que el derecho de obtentor es un instituto jurídico que recién hace su aparición en el siglo XX. Sin embargo, existen argumentos que permiten poner en suspenso esta impresión preliminar.

Si bien los términos “autor” e “inventor” han adquirido un significado técnico preciso en la legislación argentina, utilizándose estas expresiones, en sentido general, para referirse respectivamente al creador de una obra protegible mediante derecho de autor⁸ o de una invención patentable⁹, no parece que tales significados deban atribuirse, sin más, a su utilización en la norma constitucional, por un motivo de elemental coherencia con el principio de jerarquía. En efecto, las leyes de patentes y de derecho de autor son de rango inferior a las normas constitucionales. Estrictamente, son normas que reglamentan o desarrollan la norma programática y, por ende, incompleta, contenida en el art. 17 C.N.. Luego, y desde un punto de vista lógico, es necesario interpretar *previamente* la referida norma constitucional, asignándole un determinado sentido. Sólo de esta forma se estará en condiciones de evaluar si las normas legales de desarrollo respetan el espíritu y los

límites contenidos en la Carta Magna. El constituyente no se ha limitado, simplemente, a exigirle al legislador ordinario que regule la propiedad intelectual, sino que le ha trazado algunos parámetros, muy elementales, que deberán ser respetados al desarrollar la norma constitucional.

En consecuencia, un elemental respeto por el sistema de fuentes y su jerarquía inclina a interpretar la norma constitucional -y el sentido de sus términos- en forma previa, con independencia de lo que establezcan las leyes sobre la materia. En este sentido, es correcta la observación de Sagüés, cuando afirma que “... *el art. 17 de la Constitución tutela a **todo autor o inventor** (estilo redundante, porque el **inventor** también es **autor** de su descubrimiento)...*”¹⁰. Evidentemente, no podría hablarse de redundancia alguna si los términos “autor” e “inventor” se interpretasen en el sentido que surge de las normas de rango legal. Si se adoptase este último criterio, debiera concluirse que la Constitución sólo reconoce al derecho de autor (aludiría específicamente a él cuando se refiere al “autor”) y al derecho de patente (que estaría aludido con la referencia al “inventor”). Sin embargo, no parece que ésta sea la interpretación que mejor se ajusta a la finalidad tuitiva de las creaciones espirituales en general que inspiró al constituyente, conforme se intentará demostrar a continuación.

Habiéndose descartado el recurso de atribuir a los términos de la Carta Magna el sentido que le atribuyen las leyes que la presuponen jerárquicamente, el mismo se ha de extraer de su sentido general, y de su más plausible significación en el contexto histórico de la elaboración de la norma. El primer criterio se canalizará, como es tradicional, apelando al Diccionario de la Academia. Conforme a su segunda acepción, se entiende por autor la “persona que inventa algo”, mientras que por la tercera acepción significa a la “persona que ha hecho alguna obra científica, literaria o artística”. Asimismo, “inventor” es el que inventa, y el verbo transitivo “inventar” significa “hallar o descubrir algo nuevo o no conocido”. Por “obra” se entiende, en su segunda acepción, “cualquier producto intelectual en ciencias, letras o artes, y con particularidad el que es de alguna importancia”. Finalmente, el sustantivo masculino “descubrimiento” significa, en su primera acepción, “hallazgo, encuentro, manifestación de lo que estaba oculto o secreto o era desconocido”. Pues bien: a la luz de lo expuesto, parece sostenible considerar al obtentor como una “persona que inventa algo”, si por inventar se entiende “hallar o descubrir algo nuevo o no conocido”. Por definición, sólo son registrables las variedades nuevas -“distintas” o “distinguibiles”, en la terminología legal-, que se diferencian claramente de toda otra variedad cuya existencia fuera notoriamente conocida en la fecha relevante¹¹. En consecuencia, el recurso al sentido usual de los términos permite considerar al obtentor como un autor o inventor, y a la variedad vegetal como un invento o descubrimiento.

Una mirada histórica corrobora el acierto de este temperamento. Prescindiendo del derecho de marcas, dadas las peculiaridades que presenta, en función de su diverso impacto con el régimen de libre competencia, debe destacarse que a mediados del siglo XIX -es decir, cuando se elaboró la norma constitucional analizada- existían dos derechos intelectuales paradigmáticos, el derecho de autor y el derecho de patentes, sin que se

hubieran desarrollado aun sus derechos derivados y conexos, lo que recién habría de suceder en el siglo XX. En consecuencia, son estos dos derechos intelectuales los que el constituyente tomó en consideración al dictar el art. 17. Cabe indagar si el derecho de obtentor puede asimilarse a algunos de los dos derechos mencionados y si, por ende, se encuentra igualmente protegido por las normas constitucionales que los reconocen.

Más allá de la común inmaterialidad de su objeto, ambos derechos intelectuales presentaban, en la época del dictado de la Constitución, características disímiles, y ámbitos de aplicación claramente diversos: el derecho de autor se aplicaba a las obras artísticas y literarias, mientras que el derecho de patentes protegía las invenciones y las nuevas tecnologías¹². Destacadas estas diferencias, se descarta la posibilidad de asimilar el derecho de obtentor con el derecho de autor.

Resta considerar la posibilidad de emparentarlo con el derecho de patente. La respuesta afirmativa parece ser la más acertada. En efecto, debe recordarse que, a mediados del siglo XIX, existía un solo derecho intelectual para proteger la totalidad de las invenciones y adelantos en el campo tecnológico: el derecho de patente. Durante el siglo XX, diversos motivos fueron llevando a la aparición de nuevos derechos intelectuales, igualmente destinados a proteger los avances tecnológicos. Entre estos nuevos derechos intelectuales tuitivos de la tecnología se cuenta el derecho de obtentor¹³. Parece anacrónico pretender que el constituyente de 1853 pudo haber previsto esta evolución posterior de los derechos intelectuales. Sin embargo, nada impide extender la norma protectora de las invenciones y descubrimientos sobre el derecho de obtentor, particularmente si se considera que la nueva variedad vegetal constituye un invento o un descubrimiento. Que el constituyente no haya previsto específicamente este derecho intelectual, que en aquel entonces no existía, no impide efectuar esta interpretación extensiva, que es la que mejor se ajusta a la finalidad de la norma analizada¹⁴. Es que la evolución histórica posterior de los derechos intelectuales ha llevado a que la norma diga -o parezca decir- menos de lo que el constituyente quiso que dijera. En este caso, corresponde efectuar una interpretación extensiva, de modo de ajustar el resultado interpretativo al fin querido por su autor¹⁵. Resulta razonable entender que fue intención del constituyente proteger a todo inventor, otorgándole la “propiedad exclusiva” de su invento o descubrimiento por el tiempo que determine la ley, ya que entre los posibles resultados interpretativos que permite un texto constitucional, debe preferirse aquel que mejor se ajuste a la finalidad del constituyente¹⁶. De hecho, la Constitución Nacional no hace referencia alguna a las patentes. Tan sólo se refiere al “inventor”, al “invento” y al “descubrimiento”. Términos cuyo significado, según se ha visto, resultan lo suficientemente amplios como para brindar protección al fitomejorador que desarrolla una nueva variedad vegetal.

Este resultado interpretativo es el que surge de la aplicación de un criterio hermenéutico dinámico, conforme lo acepta la doctrina especializada: *“Interpretar la voluntad del autor como inmutable y detenida en la época originaria de la Constitución es atender contra la propia voluntad de futuro y de perduración con que el autor la ha plasmado. Quiere decir que mientras no incurramos en contradicción con la constitución, ella misma habilita y asume su propia interpretación e integración dinámica, histórica,*

progresiva y flexible”¹⁷. Por otro lado, esta interpretación amplia de los términos utilizados en la Constitución ya fue efectuada por Alberdi, quien al respecto expresó: “... *el sentido de la **invención o descubrimiento** [se extiende] a la introducción de toda industria nueva y a la aplicación de todo mecanismo desconocido en el país...*”¹⁸. En consecuencia, la aplicación al art. 17 de los dos criterios interpretativos propuestos -el literal y el histórico- arroja como resultado que el régimen del derecho de obtentor se encuentra amparado por la norma constitucional, ya que el obtentor puede ser considerado un “inventor”, y la nueva variedad vegetal un “invento” o un “descubrimiento”.

Retomando el análisis de la norma en lo que respecta a su fundamento, se advierte que no se hace alusión, por lo menos explícita, a la cuestión. Lo cual no debe extrañar, ya que la función básica del derecho es atribuir consecuencias jurídicas a los supuestos que caen bajo su regulación, sin que se deba necesariamente dar razón del temperamento adoptado en cada norma. Sin embargo, esto no impide que puedan extraerse, del tramo referido del art. 17 de la Constitución Nacional, diversas consideraciones que resultan relacionadas con la fundamentación del derecho de obtentor.

En primer lugar, la norma reconoce a los creadores un derecho subjetivo sobre su obra invento o descubrimiento. Si bien puede resultar una apreciación obvia, merece destacarse que no se concibe a los derechos intelectuales como un privilegio, cuya concesión graciosa dependa de la voluntad de los gobernantes de turno. Desde este punto de vista, la norma constitucional se enrola en el movimiento ideológico que caracterizó al siglo XIX en esta materia, que concibió a los poderes de los autores e inventores como auténticos derechos subjetivos, y no como meros privilegios.

Si bien, como se ha destacado, la norma no alude en forma explícita al fundamento de los derechos intelectuales, se advierte un cierto “trasfondo dikelógico” como soporte de su reconocimiento. Así lo ha entendido, por lo menos, la mayor parte de sus comentaristas. En este sentido, se ha calificado a este derecho constitucional como uno de los “... *derechos fundamentales del individuo -que no son una simple creación de la ley sino que pueden y deben ser reconocidos...*”¹⁹. Asimismo, se ha destacado que “**Propiedad intelectual** es el derecho de autor sobre una obra científica, literaria, artística, etc.; su fundamento dikelógico es indiscutible: nada más inherente a la personalidad que el producto de su inteligencia, de su arte, de su inspiración creadora”²⁰. Así, también, se ha observado que “*La protección que la ley brinda al autor en relación a su obra, tiene fundamentalmente un sustrato ético que es el reconocimiento del mérito, del esfuerzo, de la capacidad intelectual y de la paternidad de la obra, la que es producto de una de las formas más nobles del trabajo humano: el de la mente es como un parto espiritual, si se nos permite la expresión*”²¹.

Cabe agregar que, además, el reconocimiento constitucional es incondicionado. En efecto, en ningún pasaje del art. 17 se supedita el otorgamiento del derecho intelectual a la eficacia económica que la concesión del derecho intelectual pueda significar. Parece, por lo tanto, que el art. 17 de la Constitución Nacional se inclina, o por lo menos se explica mejor, por el argumento dikelógico. Así lo interpreta Ekmekdjian, cuando afirma:

*“La protección que la ley brinda al autor en relación a su obra, tiene fundamentalmente un sustrato ético que es el reconocimiento del mérito, del esfuerzo, de la capacidad intelectual y de la paternidad de la obra...”*²². En el mismo sentido interpreta Ramella la cuestión, cuando afirma que *“... como todo trabajo, es justo que su resultado corresponda al autor”*²³.

Sin embargo, nada impide considerar que el reconocimiento constitucional de los derechos intelectuales se basa en una doble fundamentación. En particular, conviene recordar que, en la época del dictado de la Constitución, el desarrollo tecnológico se basaba más en el talento individual del inventor, y menos en la inversión económica. Así, se ha observado que: *“Si alguna forma de propiedad tiene fundamento ético y jurídico incuestionable es, sin duda, la propiedad intelectual, ya que es el resultado de la más personal, respetable y elevada actividad del hombre. Pero esa propiedad, aun cuando sea consecuencia del estudio, de investigaciones, de concepciones y ensayos, **a veces a costa de sacrificios económicos**, no siempre es creación exclusiva del autor o del inventor”*²⁴. Adviértase la expresión: la creación se obtiene “a veces” a costa de sacrificios económicos. En este contexto, resulta comprensible que se relegara a un segundo plano la concepción del régimen de propiedad intelectual, como mecanismo de incentivo de la inversión de recursos económicos en el desarrollo tecnológico.

Evidentemente, la situación ha cambiado en forma notable desde mediados del siglo XIX hasta la fecha. En la actualidad, los proyectos de investigación y desarrollo suelen requerir ingentes esfuerzos económicos, que, según algunos, no habrán de volcarse a tal actividad si no existe algún tipo de estímulo de carácter igualmente económico²⁵. Parece, entonces, que el cambio de contexto histórico debe afectar a la norma interpretada, influyendo en el sentido que se le otorga. Pues, como bien se ha señalado, *“La fidelidad al fin o los fines previstos en la Constitución impide interpretarla en contra de esos fines, pero no veda acoger, con un enfoque de dinamismo histórico, fines **no previstos** que no se oponen a los previstos”*²⁶. Está claro, según se ha analizado precedentemente, que la norma presenta un fundamento dikelógico: se reconoce el derecho intelectual porque es lo justo. Queda por dilucidar qué actitud adopta la Constitución con relación al fundamento económico de la propiedad intelectual: rechazo, ignorancia, aceptación, etc.

Como ya se ha destacado, nada indica en el art. 17 que se haya tomado en consideración el impacto económico de la propiedad intelectual. Sin embargo, la perspectiva cambia sensiblemente si se trae a colación el art. 75 inc. 18, de la Constitución, por el cual se establece como una atribución del Congreso adoptar las medidas necesarias para obtener el progreso del país. No es ésta, por cierto, la única oportunidad en la que el constituyente revela su profundo compromiso con el progreso económico. En efecto, el progreso y la prosperidad son valores expresos de la Constitución, que están aludidos explícitamente, no sólo en la norma analizada, sino también en el preámbulo y en los arts. 75 inc. 19, 99 inc. 9, y 125. Pero en la “cláusula del progreso” el constituyente no se limita a marcar los fines que deben orientar la actuación del legislador, sino que también se contemplan los medios. Y, entre otros, se enumera a las “concesiones temporales de privilegios”. Expresión con la que, ya se ha aclarado,

siguiendo el criterio de Alberdi, el constituyente alude a la propiedad intelectual. El autor citado –sin duda, uno de los más autorizados comentaristas de la Carta Magna- alude en repetidas oportunidades al impacto económico favorable que se deriva de la protección de la propiedad intelectual. Al analizar los medios para la creación y el fomento de la industria fabril considera, entre otros, a *“los estímulos y la propiedad de los inventos”* ²⁷. Más adelante, agrega que *“las concesiones temporales de privilegios y las recompensas de estímulo son, según el artículo citado, otro medio que la Constitución pone en manos del Estado para fomentar la industria fabril que está por nacer”* ²⁸.

En consecuencia, no resulta forzado concluir que el reconocimiento y protección de la propiedad intelectual en la Constitución Nacional encuentra un doble fundamento: dikelógico y económico. En este sentido, se advierte una clara diferencia con la regulación del instituto en la Constitución de los Estados Unidos, cuyo art. I, sección 8, cláusula 8, que establece: “El Congreso tendrá poder... para promover el progreso de las ciencias y artes útiles, asegurando, por un tiempo limitado, a los autores e inventores, el derecho exclusivo a sus escritos y descubrimientos respectivos” ²⁹. Explícitamente, la Constitución norteamericana se inclina por el fundamento económico del régimen de propiedad intelectual, esto es, como mecanismo de incentivo de progreso tecnológico ³⁰. Fundamentación que, vale aclararlo, también fue cuestionada a la hora de regular originariamente la materia ³¹.

En lo que se refiere a los tratados internacionales vinculados con la materia, es pertinente hacer una referencia al TRIPs (aprobado por Argentina a través de la ley 24.425), el que establece entre sus objetivos:

“La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones” ³².

Analizando la normativa específicamente aplicable al derecho de obtentor, se destacan numerosos pasajes en los que se hace referencia a la cuestión. Comenzando por el Convenio UPOV 1978, cuyo Preámbulo establece:

“*Reafirmando* los principios contenidos en el Preámbulo del Convenio, según los cuales: a) están convencidas de la importancia que reviste la protección de las obtenciones vegetales, tanto para el desarrollo de la agricultura en su territorio como para la salvaguardia de los intereses de los obtentores...”.

Asimismo, la ley 20.247 contiene numerosas alusiones a la cuestión. Al respecto, la nota de elevación de la ley abunda en declaraciones en las que destaca la finalidad del régimen del derecho de obtentor: “... un proyecto de ley, titulada ‘Ley de Semillas y Creaciones Fitogenéticas’, que será un importante y constructivo instrumento para mejorar la producción y lograr un mayor y sostenido desarrollo de nuestra agricultura, de extraordinaria trascendencia para el bienestar social y económico del país” ³³.

“El panorama varietal argentino se ha modificado sensiblemente en los últimos decenios, por acción de fitomejoradores privados y oficiales... Pero esta acción, aun siendo

tremendamente valiosa y habiendo aportado cuantiosos beneficios a la economía nacional, se considera que puede y que debe incrementarse, y que en tal sentido cabe a la actividad privada un rol cada vez mayor”³⁴.

“Los medios que el Estado Nacional tiene para el logro de una mayor actividad fitomejoradora privada, son de variada índole, y entre ellos destacaremos: a) el aporte por el Estado de material básico de crianza a precios de fomento (acción cumplida actualmente en forma principal e importante por el INTA); b) otorgamiento de exenciones impositivas y créditos de fomento a los creadores de cultivares; medidas existentes en la actualidad, pero sin alcance suficiente; c) otorgamiento de subsidios a los fitomejoradores, y d) garantizando al fitomejorador derechos de propiedad sobre su creación o descubrimiento, de forma tal que ninguna otra persona pueda reproducir o vender la misma sin su autorización”³⁵.

Más adelante, se agrega que la finalidad de la ley es garantizar “... al fitomejorador derechos de propiedad sobre su creación o descubrimiento, de forma tal que ninguna otra persona pueda reproducir o vender la misma sin su autorización...”, agregando que este sistema “... permitirá al creador obtener de su propiedad ganancias que le resarzan de su esfuerzo y le proporcionen beneficios en la medida principal de los valores reales del nuevo cultivar obtenido”. Finaliza agregando que “el sistema es simple y semejante al existente en el país para la propiedad intelectual y la propiedad industrial sobre inventos”³⁶.

“... el propietario de un nuevo cultivar dispondrá de un cierto tiempo, lo suficientemente prolongado como para obtener un beneficio de su creación y, a la vez, no demasiado corto para limitar la posibilidad de una ganancia razonable y por ende reducir el interés del trabajo creativo”³⁷.

Ciertamente, el valor jurídico de las notas de elevación es muy relativo. No se trata de disposiciones integrantes de la norma jurídica. Pero, como se ha destacado, pueden resultar esclarecedoras del pensamiento en que se inspiró el legislador, y de los objetivos perseguidos con el dictado de la norma³⁸. Por otro lado, el mismo art. 1º de la ley reitera, con relación a sus fines, lo declarado previamente en la nota de elevación: “La presente ley tiene por objeto promover una eficiente actividad de producción y comercialización de semillas, asegurar a los productores agrarios la identidad y calidad de la simiente que adquieren y proteger la propiedad de las creaciones fitogenéticas”.

En el mismo sentido, se destaca la finalidad del régimen en los considerandos del decr. 2183/91, que regula a la ley 20.247:

“Que dicha reglamentación debe adecuarse a los acuerdos y normas internacionales que aseguren un efectivo resguardo de la propiedad intelectual, para brindar la seguridad jurídica necesaria para el incremento de las inversiones en el área de semillas. Que tal adecuación redundará en mayores alicientes para la obtención y comercialización de nuevas variedades de simiente, garantizando a los agricultores un insumo básico de alta calidad para la producción agrícola, en conjunción con reglas transparentes para el desarrollo del mercado de semillas nacional.

Que la nueva reglamentación incorpora la experiencia acumulada desde la entrada en vigencia de la ley 20.247 y un vocabulario acorde con el avance tecnológico nacional e internacional en la materia”³⁹.

En suma, se advierte que las principales normas que, directa o indirectamente, conforman el régimen del derecho de obtentor, manifiestan explícitamente sus fines principales: reconocer al obtentor una justa participación en relación con su aporte tecnológico e incentivar el desarrollo de la tecnología en el sector del mejoramiento vegetal. ¿Qué valor jurídico tienen estas declaraciones? Por cierto, las normas jurídicas no contienen enunciaciones de hecho (que puedan ser calificadas de verdades o falsas)⁴⁰. Luego, sería absurdo pretender resolver la disputa relativa a la conveniencia económica del sistema de propiedad intelectual mediante la referencia a una declaración contenida en la ley. Por otro lado, el texto no afirma ningún hecho, sino que se limita a marcar la finalidad de la ley, sus objetivos. Estrictamente, el art. 1º de la LSCF no puede ser considerado como una norma jurídica, ni siquiera incompleta, ya que no establece, ni por sí solo, ni en relación con otras normas jurídicas, ningún orden de validez. Cabe preguntarse, por lo tanto, cuál es su utilidad. Sin duda, el precepto carece de valor para resolver la cuestión tratada en este capítulo: por mucho que el legislador declare la eficiencia del sistema de propiedad intelectual como incentivo del desarrollo tecnológico, la cuestión se resuelve en el plano de lo fáctico. Pero, en todo caso, las declaraciones citadas valen para revelar la finalidad de la ley, elemento indispensable a los efectos de interpretarla y, en su caso, detectar e integrar eventuales lagunas.

SECCIÓN 2

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TELEOLOGÍA DEL RÉGIMEN

3. Fundamentos proporcionados por la analogía con las patentes

Dada la analogía existente entre el derecho de obtentor y el derecho de patente, los estudios que se han efectuado en torno al fundamento de este último puede resultar de provecho respecto del primero. A continuación, entonces, se pasará revista a los principales argumentos que se han invocado a favor y en contra del reconocimiento del régimen de patentes. En la medida que las peculiaridades que presenta el derecho de obtentor lo justifiquen, se intercalarán los comentarios que sean pertinentes. Sin perjuicio de esto, en los capítulos subsiguientes se irá perfilando con mayor precisión el análisis, en función de la situación económica y tecnológica del país, la naturaleza del objeto protegido (las plantas) y los rasgos diferenciales que el derecho de obtentor presenta respecto de las patentes.

3.1. Argumentos favorables al reconocimiento del régimen de patentes

Si bien ya en las primeras leyes que se dictaron sobre la materia se hizo alusión a su justificación suprapositiva, lo cierto es que durante sus primeros siglos de vida la patente fue concebida como una concesión graciosa del monarca, un privilegio cuyo otorgamiento no estaba reglamentado ni sujeto al cumplimiento de requisitos específicos preestablecidos. En definitiva, el único fundamento de la concesión de una patente era la voluntad del monarca absoluto. Es en este marco de pensamiento, pues, que nació el sistema de patentes. La patente era concedida porque así lo quería el soberano, quien no debía dar razones de su proceder. En suma, la concesión de la patente se justificaba de la misma manera que los demás actos del monarca: por el origen divino del poder del que estaba investido. Lógicamente, carecía de sentido indagar sobre la justificación del sistema en este contexto ⁴¹. En coherencia con este planteo absolutista del poder, numerosas invenciones no fueron premiadas con una patente y, en cambio, se concedieron patentes de importación de innovaciones. En consecuencia, es probable que estas primeras aplicaciones del sistema de patentes hayan retardado más que incentivado el desarrollo tecnológico ⁴².

Como es sabido, esta concepción decayó hasta desaparecer, junto con el sistema político que la alumbró, hacia finales del siglo XVIII y a lo largo del XIX. La concepción de la patente como un privilegio real declinó bajo el influjo de tres corrientes diversas: la concepción de la patente como un derecho natural o moral del inventor, la visión de la patente como un promotor del progreso del tecnológico y la descalificación del sistema de patentes por significar una barrera injustificada al libre comercio ⁴³. Las dos primeras corrientes defendieron el mantenimiento del sistema de patentes, aunque proponiendo un nuevo soporte ideológico para su justificación. La tercera corriente, por el contrario, arremetió contra el sistema mismo, proponiendo su total derogación. A continuación, se considerarán los principales argumentos que se han invocado en pro del establecimiento y conservación del régimen de patentes.

3.1.1. Remisión al fundamento del derecho de propiedad

Desde una perspectiva histórica, el derecho sólo ha prestado atención específica a la actividad inventiva y tecnológica en períodos relativamente recientes. Si bien a partir del siglo XIII pueden encontrarse casos aislados de otorgamiento de derechos de explotación exclusiva, la primera ley que regula la materia en forma general, fijando los requisitos exigidos a ese efecto, es una ley veneciana de 1474. Sin embargo, las primeras experiencias legislativas resultan de escaso valor en relación con el tema que se está considerando, ya que no se vieron acompañadas por una reflexión en torno al fundamento o a la conveniencia del reconocimiento de este tipo de derechos. Habrá que esperar hasta los años posteriores a la revolución de 1789, para encontrar el primer debate social de

relevancia en torno a la conveniencia de reconocer los derechos intelectuales. Este debate reveló convicciones encontradas entre los ideólogos y legisladores revolucionarios.

Por un lado, estos derechos presentaban una inequívoca relación con el antiguo régimen, desde varios puntos de vista. Hasta entonces eran concebidos más como privilegios que como derechos subjetivos. En efecto, no existía una regulación que estableciera con mediana precisión los requisitos que debían cumplirse para tener derecho a la concesión o al reconocimiento de los derechos intelectuales. Su concesión, por ende, se asemejaba más al caprichoso otorgamiento de un privilegio que al reconocimiento de un derecho subjetivo, accesible a toda persona que cumpliera las condiciones preestablecidas por el ordenamiento jurídico. A esto debe agregarse que la concesión de un derecho intelectual implicaba, esencialmente, una limitación a la libertad de comerciar y ejercer industria. Es decir, el derecho intelectual se vinculaba con la instauración de un monopolio. En suma: tanto por su origen como por sus efectos, los derechos intelectuales aparecían como un resabio del antiguo régimen, como una típica institución del sistema de privilegios y monopolios, que el gobierno revolucionario pretendía abandonar.

Desde otro ángulo, elementales consideraciones de justicia y utilidad inclinaban a aceptar el reconocimiento de los derechos intelectuales. En efecto, parecía injusto desconocer al creador de una obra o invento el derecho a aprovechar en cierta medida de los beneficios resultantes de su creación. Y a esto se agregaba la impresión, no corroborada empíricamente, aunque sí defendible desde el sentido común, de que el otorgamiento de algún tipo de beneficio al creador de una creación inmaterial -tanto una obra como una invención- constituía un incentivo cuyo no reconocimiento redundaría, probablemente, en una desmotivación de este tipo de actividades, a las cuales ya entonces se ligaba el progreso y el bienestar de una nación.

Fue en el marco de estos razonamientos encontrados que se consideró la conveniencia de dictar leyes protectoras de los derechos de los autores e inventores. Sin embargo, este rico debate fue finalmente soslayado mediante un recurso ideológico que, lejos de abordar el problema planteado, obvió la necesidad de su tratamiento: la asimilación de los derechos intelectuales con el derecho de propiedad. En efecto, primó la tesis que sostenía que los derechos intelectuales constituían un verdadero derecho de propiedad del creador. Se argumentó, con verdadero ingenio, que así como el dueño de una cosa tiene derecho a ejercer su poder sobre ella, también el creador de una obra o invento debe estar facultado para aprovechar de su creación. Se trazó, pues, una sagaz analogía entre dos instituciones tan diversas como son el derecho de dominio y el derecho intelectual. Incluso, se avanzó desde el razonamiento por analogía hasta arribar al argumento *a maiore ad minus*: si se protege el derecho del propietario sobre “su” cosa, con mayor razón ha de protegerse el derecho del creador sobre aquello que constituye una manifestación inherente a su propia personalidad, esto es, su propia creación.

Justificada de esta forma la asimilación, se logró equiparar a los derechos intelectuales con el derecho de propiedad. Y alcanzada la equiparación, resultó sencillo justificar la conveniencia -o, mejor aún, la necesidad- de reconocer esta nueva categoría

de derechos. En efecto, en el ambiente revolucionario, el derecho de propiedad privada era defendido a ultranza, con parejo énfasis con relación a la libertad y a la igualdad. El argumento era sencillo, como suele suceder con los razonamientos que han alcanzado mayor éxito histórico, y puede formularse en estos términos:

- a) Premisa mayor: “El derecho de propiedad debe ser reconocido”.
- b) Premisa menor: “El derecho intelectual es una clase de derecho de propiedad”.
- c) Conclusión: “El derecho intelectual debe ser reconocido”.

Equiparando a los derechos intelectuales con el derecho de propiedad se esquivó el análisis relativo de su fundamento. En primer lugar, porque si el derecho intelectual constituía una manifestación del derecho de propiedad, el fundamento de este último resultaba aplicable al primero. En segundo lugar, porque en el clima ideológico reinante en los salones revolucionarios resultaba absolutamente innecesario interrogarse sobre el fundamento del derecho de propiedad. Fue así que en 1791 se sancionó la ley de patentes de invención, y en 1793 la ley sobre derecho de autor.

De este episodio histórico pueden efectuarse diversas lecturas. Una primera observación es que se perdió la oportunidad, mediante una insostenible equiparación, de reflexionar seriamente sobre la conveniencia de reconocer los derechos intelectuales. Pero no es menos cierto que estas leyes, junto con la ideología que las respaldaba, se difundieron rápidamente en los demás países, pudiendo afirmarse que, salvo cuestionamientos aislados, la “propiedad intelectual” -tal la expresión semántica que se deriva lógicamente de la postura teórica referida- fue generalizada y pacíficamente admitida en las legislaciones occidentales decimonónicas, mediante la asunción, a veces, irreflexiva, de que se trataba de una manifestación particular del derecho de propiedad.

La aceptación de la propiedad intelectual como una especie de propiedad produce resonancias en dos capítulos claramente separables del estudio de los derechos intelectuales: el de su naturaleza jurídica y el de su fundamento. Aunque, sin duda, fue para utilizarlo en este último ámbito que se construyó la argumentación en el primero. En efecto, se consideró que, en cuanto a su naturaleza jurídica, el derecho intelectual era un derecho de propiedad, logrando así superar los serios cuestionamientos que afectaban su eventual reconocimiento legislativo. En suma, la concepción de la propiedad intelectual como manifestación del derecho de propiedad fue más una fórmula política que un análisis serio de técnica jurídica, más una estrategia para respaldar una determinada política legislativa que una reflexión científica sobre la estructura jurídica de este derecho.

La consideración de los derechos intelectuales como un derecho de propiedad implica, por lo tanto, una toma de posición tanto en lo que se refiere a su naturaleza jurídica como en lo que respecta a su justificación. Tanto en uno como en otro ámbito la teoría de referencia ha sido abandonada. Como ya se ha señalado, existe una dependencia lógica entre ambas esferas: como se considera que, en cuanto a su naturaleza jurídica, los derechos intelectuales son verdaderos derechos de propiedad, necesariamente han de compartir un mismo fundamento. En este orden, pues, conviene considerar esta argumentación. Como se verá, es innecesario, a los efectos de este trabajo, indagar lo

relativo al fundamento del derecho propiedad, por la sencilla razón de que los derechos intelectuales presentan una naturaleza jurídica acusadamente diversa. Una vez derrumbada la equiparación en lo que se refiere a la naturaleza jurídica, se hace evidente la imposibilidad de fundamentar a los derechos intelectuales por remisión al derecho de propiedad.

La explicación de la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales como un derecho de propiedad ha sido criticada a partir de una gran variedad de razonamientos. A continuación, se repasan los más importantes:

a) *Diferencias en el objeto.* El derecho de propiedad recae sobre una cosa, mientras que el derecho intelectual lo hace sobre un bien inmaterial (es decir, un bien en sentido estricto). Ciertamente, no existe uniformidad en lo que se refiere a cuál es el objeto de los derechos intelectuales. Hay quienes postulan que su objeto es la creación inmaterial, mientras que otros entienden que éste consiste en la posibilidad de explotar en forma exclusiva la creación inmaterial, mediante su materialización y comercialización posterior. Cualquiera sea la postura que se adopte, resulta indiscutible que el derecho intelectual no tiene por objeto una cosa.

b) *Diferencias en cuanto al modo de satisfacción del interés del titular.* Tradicionalmente, se afirma que el propietario tiene el derecho de usar, gozar y disponer de la cosa objeto de su derecho. En relación con los derechos intelectuales, es usual sintetizar su contenido afirmando que el titular tiene un derecho de explotación exclusiva sobre su creación. Pareciera, pues, que tanto el derecho de propiedad como el derecho intelectual confieren a su titular la facultad de explotación exclusiva del objeto de su derecho. Sin embargo, la coincidencia es puramente semántica. A poco que se escarbe por debajo del nivel lingüístico de la expresión, para acceder a su nivel conceptual, se advierte que ese “derecho de explotación exclusiva” implica facultades de actuación muy diversas en uno y otro caso. En el caso del derecho de propiedad, el titular lo ejercita usando y, en su caso, disfrutando de la cosa en forma exclusiva, aplicándola directamente a la satisfacción de sus necesidades. Existe una relación directa de medio a fin: mediante la utilización de la cosa, el titular satisface determinada necesidad propia, o de un tercero a quien quiere beneficiar. En cambio, el titular del derecho intelectual lo aprovecha o ejercita materializando de algún modo la creación protegida, y poniéndola onerosamente a disposición de terceros, logrando, de este modo, la percepción de ganancias. Estrictamente, el titular del derecho intelectual no utiliza en forma directa su creación, sino que la pone a disposición de los terceros, quienes sí han de utilizar los ejemplares individuales en que se materializa, pagando un precio por su adquisición o su disfrute. El titular del derecho intelectual no pretende, mediante el ejercicio de su derecho, disfrutar de su creación, sino comercializarla en forma exclusiva. En cuanto a su modo de disfrute, pues, los derechos intelectuales no pueden identificarse con el derecho de propiedad.

c) *Diferencias en cuanto al contenido.* Como se ha señalado, el titular del derecho de propiedad cuenta con una serie de facultades de actuación positiva sobre la cosa. Facultades que, según se admite desde tiempo inmemorial, emanan del derecho de propiedad. Por cierto, este derecho a utilizar la cosa reviste carácter exclusivo, de modo

que el propietario se encuentra facultado para excluir a cualquier tercero que pretenda aprovechar la cosa sin su autorización. La situación es muy distinta en materia de derechos intelectuales. La concesión del derecho intelectual sólo suma a su titular, siempre conforme al parecer mayoritario de la doctrina, la facultad de excluir a terceros respecto de la explotación de la creación. Pero no le otorga al titular el derecho de explotarla, ya que este derecho preexistiría al otorgamiento del derecho intelectual, conforme con las normas del derecho común. A diferencia de lo que sucede con el dominio, pues, los derechos intelectuales se caracterizarían por su contenido puramente negativo, por el poder de exclusión que otorgan. En consecuencia, el poder de exclusión ocupa un lugar central en la estructura de esta clase de derechos, a diferencia de lo que sucede con el dominio, en el que el derecho de exclusión, si bien existe, se encuentra relegado a un segundo plano, concebido como un simple medio para permitir al propietario la utilización exclusiva de la cosa.

d) *Diferencias en su duración.* El derecho de dominio, como se afirma tradicionalmente, es perpetuo, mientras que los derechos intelectuales están, en principio, sometidos a un plazo de duración, que varía según sus diversas especies. Esta última afirmación merece algunas aclaraciones.

En primer lugar, debe ser recortada, ya que las facultades morales que contiene un derecho intelectual no se extinguen por el transcurso del tiempo. Sin embargo, esto no basta para borrar las diferencias. En todo caso, tan sólo indica que algunas de las facultades que componen el contenido de un derecho intelectual subsisten a pesar del paso del tiempo. Pero esto no quita que una parte importante de las facultades integrantes de un derecho intelectual -esto es, las facultades patrimoniales- se extinguen con el cumplimiento del plazo legalmente establecido. Esta situación ofrece un contraste con el derecho de dominio, ya que el propietario, a pesar del transcurso del tiempo, conserva la totalidad de sus facultades, incluyendo, lógicamente, el derecho de utilización exclusiva de la cosa.

En segundo lugar, cabe reconocer que en el caso de las marcas, se trata de derechos que, mediante su renovación periódica, pueden perdurar indefinidamente. Aun en este caso, sin embargo, las diferencias con el derecho de dominio subsisten, ya que el titular del derecho marcario debe efectuar el trámite de renovación ante la oficina nacional. Amén de ello, esta renovación no es posible si la marca no ha sido utilizada en los cinco años previos a la fecha de presentación de la solicitud de renovación⁴⁴, lo que contrasta con la situación del propietario, que conserva intacto su derecho con independencia de la mayor o menor actividad que haya desplegado en cuanto a su ejercicio⁴⁵.

En suma, el transcurso del tiempo afecta severamente a los derechos intelectuales, provocando su extinción total o parcial, fenómeno que resulta irrelevante para la suerte del derecho de dominio. Justamente, quienes han pretendido una completa equiparación entre el derecho de dominio y la propiedad intelectual han señalado que los derechos intelectuales no deberían estar limitados temporalmente. Así, por ejemplo, puede leerse a González Calderón, quien con vehemencia afirma: *“Es absurdo, completamente absurdo, que el Estado asegure la perpetuidad del derecho de propiedad al que adquirió una finca*

con el dinero ganado en una jugada de lotería o de ruleta, y limite ese derecho para las obras de la inteligencia y de las más nobles energías”⁴⁶. De hecho, vale recordarlo, en el proyecto de constitución elaborado por Alberdi, la propiedad intelectual carecía de limitaciones temporales. En efecto, en el art. 18 del citado proyecto se establecía: “Todo autor o inventor goza de la propiedad exclusiva de su obra o descubrimiento”⁴⁷.

e) *Diferencias en cuanto a su ejercicio y a la posibilidad de posesión.* La cosa objeto del derecho de propiedad puede ser poseída. El *ius possidendi* se incluye como una facultad de primer orden entre las que ostenta el propietario. Esto marca un agudo contraste con los derechos intelectuales, en los que la inmaterialidad de la creación intelectual sobre la que recaen torna imposible su posesión. Por lo menos, en el sentido tradicional del término. Cabe recordar que en la conocida disputa doctrinaria en torno a los elementos de la posesión -cuyos representantes más conspicuos fueron Savigny y Ihering- la discusión giró en torno a la necesidad de incorporar el elemento subjetivo o espiritual: el *animus*. Pero ambos autores, y sus seguidores posteriores, reconocían como un elemento indispensable de la posesión el material u objetivo: el *corpus*. Cualquiera sea la doctrina que se adopte, pues, es obvio que las creaciones inmateriales no son poseíbles, lo que arroja importantes consecuencias en la comparación que se está trazando, habida cuenta que la posesión de la cosa cumple varias funciones de primera importancia dentro del régimen jurídico del derecho de propiedad, entre las que se destacan a continuación las más relevantes:

i) Se vincula con tres modos de adquisición del dominio: ocupación, tradición y usucapión. Evidentemente, al no ser susceptibles de posesión las creaciones inmateriales, resulta jurídicamente imposible la adquisición de los derechos intelectuales por alguno de estos medios.

ii) Determina la legitimación pasiva en la acción reivindicatoria, conforme se establece en el art. 2758 del Código Civil. Al no ser poseíbles las creaciones intelectuales, mal puede afirmarse la existencia de una acción reivindicatoria como medio para su protección. Ciertamente, es tradicional afirmar, en el ámbito de la propiedad intelectual, la existencia de una discutida acción reivindicatoria, con la que contaría el verdadero titular del derecho intelectual para accionar contra su titular ilegítimo, a los efectos que el derecho le sea transferido. Con todo, la coincidencia es sólo semántica, ya que a poco que se comparan los presupuestos de ambas acciones “reivindicatorias”, y las consecuencias jurídicas que arrojan en caso de prosperar, se advierte que se trata de dos mecanismos de defensa de derechos diversos, cuyos presupuestos y efectos presentan diferencias abismales.

iii) Legitima, en ciertos casos, la adquisición del derecho de propiedad sobre los frutos de la cosa poseída, si ésta es fructífera. Posibilidad que no cabe admitir en el caso de los derechos intelectuales, por dos motivos. En primer lugar, porque sólo forzando las categorías puede afirmarse que las creaciones inmateriales son cosas. En segundo lugar, porque la creación inmaterial, como se ha repetido, no es susceptible de posesión.

iv) Otorga protección interdictal. La posesión resulta protegida con independencia del eventual derecho de propiedad del poseedor, mediante los interdictos. Esta protección, lógicamente, no existe con relación a los derechos intelectuales.

v) Integra el contenido del derecho de dominio. El propietario se encuentra facultado para poseer, tiene el *ius possidendi*, mientras que sólo en sentido figurado puede admitirse esta facultad en el ámbito de los derechos intelectuales, sencillamente porque las creaciones inmateriales, por su modo de ser, no se prestan a ser poseídas. Si una norma admitiera la posesión de este tipo de bienes -y cabe recalcar que ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino lo hace- sería una norma inoperante, ya que la conducta prescrita (la posesión de un bien inmaterial) sería empíricamente imposible ⁴⁸. Es cierto que, forzando el sentido de los términos, y equiparando la posesión de un derecho con su ejercicio efectivo, cabe afirmar que los derechos intelectuales, al ser ejercidos, se poseen. No hay objeción a que se utilice el término “posesión” en este renovado sentido, siempre que se tenga claro que se trata de un significado diverso del término, que se diferencia profundamente de su sentido tradicional. En definitiva, la promiscuidad semántica que esta propuesta encierra menoscaba la precisión que sería deseable lograr en el lenguaje jurídico, por lo cual resulta preferible evitar el uso del término “posesión” para este caso y decir, simplemente, que se está ejerciendo un derecho intelectual.

vi) La posesión de una cosa implica una suerte de protección “natural” del derecho real. Al poseer, el propietario impide que cualquier tercero infrinja su derecho de propiedad, por la sencilla razón de que la propia materialidad de la cosa torna inviable su aprovechamiento conjunto. En suma, mediante el ejercicio más elemental de su derecho de propiedad, como es utilizar la cosa, el propietario defiende al mismo tiempo su derecho. No es esto lo que sucede, en cambio, con los derechos intelectuales. Aun cuando el titular del derecho intelectual ejerza activamente los poderes que éste le confiere, con esto no impide que, de facto, haya terceros que exploten económicamente su creación espiritual. Se trata de una consecuencia natural, que se deriva de la diversa estructura óptica del objeto de los derechos analizados. Esta posibilidad natural o física de aprovechamiento conjunto de la creación inmaterial, tanto por el titular como por terceros, marca uno de los puntos más débiles del régimen de los derechos intelectuales, como es el relativo a su observancia. Sencillamente, y a diferencia de lo que sucede con el propietario, el titular del derecho intelectual no evita, mediante el ejercicio de su derecho, que los terceros puedan infringir su ámbito de exclusividad. De ahí el protagonismo que asumen las facultades de exclusión en el régimen de los derechos intelectuales, a diferencia de lo que sucede, tanto a nivel práctico como normativo, con el derecho de dominio.

f) Diferencias en cuanto a los modos de adquisición. El derecho de propiedad puede adquirirse a través de diversos modos originarios: ocupación (o apropiación), accesión, especificación, percepción de los frutos y usucapión, a diferencia de los derechos intelectuales, cuya titularidad se adquiere mediante el dictado de un acto administrativo ⁴⁹ o, mediante la simple creación del objeto inmaterial ⁵⁰ o, por último, a través del simple uso ⁵¹. En suma, difieren los modos de adquisición a título originario de una y otra clase

de derechos. En lo que se refiere a los modos derivados, ya se ha señalado la importancia que la posesión cumple en el modo cuantitativamente más relevante de transmisión del derecho de dominio: la tradición. Al no ser las creaciones espirituales susceptibles de posesión, resulta imposible transmitir un derecho sobre ellas mediante tradición, ya que este modo de adquisición derivado entraña, entre otros elementos, la entrega de la posesión del objeto transmitido.

La doctrina de la equiparación entre el derecho de dominio y la llamada propiedad intelectual sufrió profundos cambios con el transcurso del tiempo. Ya se ha señalado que, en su primera etapa, este parangón se utilizó más como una fórmula política para justificar el reconocimiento legal de la propiedad intelectual, que como una afirmación acerca de la naturaleza jurídica de este instituto. Sin embargo, la propuesta teórica alcanzó un éxito impensado, al punto que algún sector de la doctrina llegó a defender una rigurosa asimilación entre la propiedad intelectual y el dominio. Así, se ha señalado que “... *el derecho de propiedad intelectual debe gozar de una protección tan completa, en su concepto y en su extensión práctica, como el derecho de dominio propiamente dicho*”⁵².

Sin embargo, las diferencias que se han señalado anteriormente revelan lo insostenible que resulta esta postura⁵³. Haciendo eco de esta imposibilidad, la doctrina del derecho de propiedad fue reformulada. Abandonando la tesis de la estricta equiparación, pasó a afirmarse que la propiedad intelectual viene a ser algo así como una propiedad especial, cumpliendo ambos términos una función específica en la defensa de la remozada teoría. Al afirmar que se trata de una “propiedad”, se pretende preservar una continuidad, haciendo aparecer a la nueva postura como un simple perfeccionamiento de la teoría tradicional, y no como un reconocimiento de su insuficiencia. Y al afirmar que es “especial” se pretende justificar las inequívocas diferencias que separan a una y otra clase de derechos. Lo cierto es que la vieja doctrina del derecho de propiedad, en su versión tradicional, ha sido abandonada por los especialistas. A partir de esta revisión crítica de la doctrina tradicional, tan sólo se acudirá a la equiparación con el dominio a los efectos de destacar que la propiedad intelectual presenta dos notas fundamentales que también están presentes en el derecho de propiedad: a) se trata de un señorío o poder sobre un bien exterior al titular; y b) el titular está facultado por el ordenamiento jurídico para ejercer ese poder sobre el objeto de un modo directo e inmediato. Amén, por supuesto, de otras características, como son la patrimonialidad y la transmisibilidad, que no sólo se comparten con el derecho de dominio, sino también con los demás derechos reales y, asimismo, con los derechos de crédito. Es en este nuevo sentido, pues, que se afirma que el derecho intelectual constituye una propiedad especial.

Lógicamente, esta revisada versión de la vieja teoría resiste cómodamente las críticas referidas, ya que no postula una estricta y completa equiparación entre los derechos intelectuales y el derecho de dominio. Sin embargo, justifica dos comentarios adicionales. En primer lugar, merece destacarse lo poco afortunada que resulta, desde el punto de vista semántico, esta remozada versión. Se provoca, así, un indeseable estiramiento del término “propiedad”, que poco contribuye a dotar al derecho de un lenguaje riguroso que permita abordar con seriedad el análisis de los problemas que esta disciplina presenta. En segundo lugar, se hace evidente que la doctrina ya no sirve como fórmula política

justificante de los derechos intelectuales. Junto con la vieja doctrina cae, asimismo, la premisa menor del silogismo referido *supra*: ya no cabe considerar a los derechos intelectuales como una clase de dominio o propiedad, lo cual, lógicamente, afecta el contenido de la conclusión. En consecuencia, se hace necesario buscar para la categoría de los derechos intelectuales un fundamento propio.

Tradicionalmente, la teoría del derecho de propiedad se ha estudiado como una doctrina relativa a la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales. Si se observa la función histórica que ha cumplido, se advierte que se trata de una solapada apología del reconocimiento legal de los derechos cuya naturaleza jurídica pretende explicar. Por lo tanto, parece que su lugar propio de estudio es en el capítulo relativo al fundamento de los derechos intelectuales. Y, en esta sede, puede aventurarse que, más que una justificación de los derechos intelectuales, la teoría del derecho de propiedad representa un notable recurso argumental -más brillante que serio- utilizado históricamente para soslayar la necesidad de justificar el reconocimiento de los mismos, mediante su inadmisibile equiparación con el derecho de propiedad.

3.1.2. Derecho natural del inventor

Conforme a esta línea argumentativa, el creador de una determinada tecnología tiene el derecho natural de explotarla en forma exclusiva durante un cierto plazo, para así poder apropiarse de una parte de los beneficios que se derivan de su creación. En definitiva, el intento de equiparar a la propiedad intelectual con el derecho real de dominio, no fue más que una construcción rebuscada pero efectista para otorgar un fundamento iusnatural a la propiedad intelectual. Sea en su versión directa, o en su versión indirecta del “derecho de propiedad”, la pretensión de fundamentar desde el derecho natural a los derechos intelectuales se encuentra en baja en la actualidad⁵⁴. Sin embargo, no parece que sea conveniente descartar esta postura sin someterla a una reflexión previa.

La indiscutida vigencia actual de los derechos intelectuales -por lo menos, a nivel normativo- puede conducir al menosprecio de este argumento. Sin embargo, su función histórica merece ser destacada. Con relación al sistema jurídico anterior, en el cual la patente era una concesión graciosa del monarca, el nuevo régimen de propiedad intelectual, difundido durante el siglo XIX en la legislación mundial, significó tres cambios fundamentales, con relación a los siguientes aspectos: a) quién concede la patente; b) por qué se concede la patente; y c) a quién le es otorgada.

Con respecto a la primera cuestión (quién concede la patente), cabe señalar que, en el viejo régimen, la patente era concedida por el monarca, mientras que en el nuevo, quien la otorga es el Estado democrático⁵⁵. Esta afirmación, por cierto, admite numerosas excepciones. Sin embargo, merece destacarse la relación existente entre el sistema político y el régimen de patentes: los estados democráticos tienden a concebir la patente

como un derecho del inventor, mientras que para los no democráticos -o menos democráticos- significa tan sólo una concesión graciosa del Estado.

En relación con la segunda cuestión (por qué se concede la patente), puede verificarse, igualmente, una evolución histórica. En el sistema antiguo, el acto de otorgamiento del derecho intelectual era una concesión graciosa del monarca, que carecía -o, mejor, no necesitaba- de justificación alguna (que no fuera la simple voluntad del rey). Por el contrario, en la concepción decimonónica, la patente es concebida como un verdadero derecho económico y moral del inventor, que no puede ser desconocido por la ley y el gobierno, que se encuentra constreñido a reconocerlo y otorgarlo en todo caso en que exista una verdadera invención ⁵⁶.

Finalmente, y con relación a la tercera cuestión (a quién se concede la patente), era usual que en el sistema de la concesión real la patente se otorgara a los gremios o corporaciones. Por el contrario, durante el siglo XIX se afirmó la idea de la patente como un verdadero derecho individual del inventor ⁵⁷.

Los evidentes adelantos que la concepción del derecho natural del inventor implicó, que pueden parecer irrelevantes en un contexto histórico como el actual, en el cual el proceso de reconocimiento -aunque sea formal- de los derechos intelectuales se encuentra plenamente consolidado. En efecto, en la actualidad no resulta seriamente defendible el sistema de la concesión graciosa. Sin embargo, la reducción del fundamento de los derechos intelectuales a argumentos puramente económicos supone el desconocimiento del derecho del creador a obtener algún tipo de reconocimiento, y no sólo moral, por su aporte tecnológico. Valga, entonces, esta referencia histórica para destacar que no se trata de una cuestión baladí, o que deba ser sobreentendida. Conviene, pues, no ignorar los datos que la experiencia histórica revela, en el sentido de que existe una clara relación entre el sistema político y la ideología imperante, por un lado, y la concepción o justificación de las patentes, por el otro, y que puede reflejarse sintéticamente en los siguientes términos:

- “monarquía absoluta = patente como privilegio o concesión graciosa”, “estados democráticos = patente como derecho de carácter económico y/o político”;

- “monarquía absoluta = patente como derecho de una corporación o gremio”, “estados democráticos = patente como derecho individual”.

Sin embargo, ya se ha señalado: la justificación iusnaturalista de los derechos intelectuales se encuentra en retirada ⁵⁸. En la actualidad, tiende a reducirse el análisis de la institución a sus aspectos puramente económicos. Conviene, pues, analizar cuáles han sido los principales motivos invocados para rechazar el fundamento iusnatural del derecho de los creadores. A este efecto, puede partirse de una afirmación básica: aquellos que no aceptan la existencia de un derecho natural jamás aceptarán, lógicamente, una justificación iusnaturalista del derecho del inventor, por el sencillo motivo de que no la admiten respecto de ningún derecho subjetivo en general. El debate sobre la existencia de un derecho natural excede, obviamente, el objeto del presente trabajo. Existen, además, críticas específicas a esta postura, que cuestionan no tanto la eventual existencia de un derecho natural, sino que éste pueda fundamentar el derecho del creador de una nueva

tecnología. A continuación, se reseñan y analizan las principales críticas que se han vertido respecto de esta fundamentación:

1) Se afirma que el derecho del inventor no es un derecho natural, dada la dificultad de su protección, o la facilidad con que puede ser infringido impunemente ⁵⁹, dificultad que se explica por la posibilidad de goce simultáneo de una misma tecnología por parte de distintos sujetos, es decir, porque se trata de un bien público ⁶⁰. En este sentido, se ha señalado que “... *el inventor, por el hecho mismo de la invención, no tiene ningún derecho sobre la invención misma... Y la prueba es que si empieza la explotación o divulga el invento sin haberlo patentado, tal invento se le escapará de las manos, no lo podrá retener para él solo, pasará al dominio público, a ser explotable por cualquiera. Si tuviera realmente un derecho sobre el invento podría conservarlo, es decir explotarlo él sólo, guardar el goce para él solo. Pero esto no es así*” ⁶¹.

El presupuesto de esta crítica es que, para que un derecho subjetivo pueda ser considerado natural, es necesario que, por sus características, resulte fácticamente inviolable o, por lo menos, infringible sólo con cierto grado de dificultad. Tal sería el caso del derecho de dominio, en el cual la posesión por su titular excluye la posibilidad de una conducta similar por parte de un tercero ⁶². En consecuencia, entiende esta postura crítica, que no puede ser considerado un derecho natural aquel que, por sus características (en este caso, por la naturaleza de su objeto), es fácilmente infringible (dada la posibilidad de su goce simultáneo por varios sujetos).

Se advierte en esta crítica un error fundamental: la confusión del deber ser con el ser, del derecho con el hecho, del orden de validez con el orden de vigencia. La existencia jurídica de un derecho subjetivo no depende de su observancia o respeto ⁶³. Reduciendo la cuestión al absurdo, debería concluirse que el derecho subjetivo desaparece con su infracción, con lo que, en definitiva, no existirían los comportamientos antijurídicos, ya que: a) cuando existe el derecho subjetivo, no hay infracción; y b) cuando el derecho subjetivo es infringido, deja de existir, y al dejar de existir el derecho subjetivo, mal puede hablarse de una infracción al mismo.

2) El derecho del inventor no puede ser considerado un derecho natural, ya que su contenido es exclusivamente negativo: se limita a otorgar al titular la facultad de prohibir a terceros la explotación de su invención (*ius prohibendi*) ⁶⁴. Ante este razonamiento, pueden formularse dos observaciones. En primer lugar, presupone que, en cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales, son válidas las teorías negativas, lo que es, por lo menos, discutible. Segundo, y éste pareciera ser el punto decisivo, no parece razonable el presupuesto de esta crítica, que sería el siguiente: no puede ser un derecho natural aquel que consiste en un mero *ius prohibendi*. No se advierte el motivo. Y, en todo caso, lo que se dice de los derechos intelectuales podría afirmarse, si se es coherente, de otros tantos derechos subjetivos, cuya justificación iusfilosófica jamás se ha hecho depender del contenido positivo o negativo de sus facultades.

3) El derecho del inventor no es de carácter natural, ya que se encuentra temporalmente limitado ⁶⁵. Según parece, el presupuesto de esta crítica es que los derechos naturales son perpetuos. Nuevamente, no alcanza a advertirse la necesidad de

semejante conexión. Son numerosos los ejemplos que pueden recordarse de derechos elementales cuya duración es temporalmente limitada, muchas veces por períodos harto menores al de una patente, un derecho de autor u otra clase de derecho intelectual. Así, los hijos sólo tienen derecho a alimentos, en principio, hasta que adquieren la mayoría de edad. Y, en todo caso, es uno de los más típicos derechos naturales, por lo menos entre quienes aceptan la existencia de una ley natural. Lo mismo puede predicarse del derecho de dominio, cuando recae sobre cosas consumibles: su ejercicio importa, por definición, la extinción del derecho. Una reflexión similar cabe respecto de la obligación del deudor de satisfacer el derecho de crédito. Siguiendo esta línea de pensamiento, debería concluirse que el derecho de marcas (que resulta indefinidamente renovable) estaría en condiciones de aspirar a la jerarquía de derecho natural, mientras que aquellos derechos intelectuales cuya duración se encuentra acotada deberían conformarse con un modesto fundamento positivo. En suma, no parece que del carácter temporalmente limitado de un derecho pueda realizarse algún tipo de inferencia con relación a su justificación filosófica o política. No cabe confundir el carácter intemporal de las normas integrantes de un hipotético derecho natural con la duración de los derechos subjetivos concretos derivados de ellas ⁶⁶.

4) Se ha observado que el derecho del inventor no es un derecho natural, ya que se encuentra gravado con cargas, v.gr., deber de explotación, pago de tasas anuales de mantenimiento, etc. ⁶⁷. El presupuesto de esta crítica es que los derechos naturales están, o deben estar, libres de cargas. Al igual que en los casos anteriores, no se advierte la necesidad de esta vinculación. Por el contrario, pueden encontrarse numerosos ejemplos de derechos fundamentales cuyo reconocimiento se halla condicionado al cumplimiento de determinadas conductas, positivas o negativas, por parte de sus titulares. Así, el derecho de los padres de educar a sus hijos. Se trata de una facultad derivada de la patria potestad, la cual, conforme a la definición incluida en el Código Civil, constituye un derecho-deber ⁶⁸. Y el incumplimiento grave de los deberes que la patria potestad apareja puede provocar su privación para el progenitor que los haya incumplido ⁶⁹.

En suma, la jerarquía natural o exclusivamente positiva de un derecho subjetivo no depende de la circunstancia de que éste se encuentre o no libre de cargas.

5) Los derechos intelectuales, también se ha objetado, no pueden considerarse de carácter natural, dado su reciente reconocimiento histórico ⁷⁰. El presupuesto de esta crítica es que, para que pueda admitirse el carácter natural de un derecho subjetivo, debe haber sido históricamente reconocido en todos los tiempos o, por lo menos, desde hace larga data. Y, como es sabido, no es éste el caso de los derechos intelectuales. La crítica no parece compartible: nuevamente, se confunde el derecho con el hecho, el plano del deber ser con el del ser. De ningún modo resulta convincente la idea de que la jerarquía -en cuanto a su fundamento- de un derecho subjetivo pueda depender de la mayor o menor prosapia histórica de su reconocimiento positivo. En contra de este razonamiento pueden citarse casos de derechos subjetivos elementales cuyo reconocimiento generalizado resulta -desde una perspectiva histórica- relativamente reciente. Así, la igualdad ante la ley, la prohibición de la esclavitud, los derechos civiles y políticos de la mujer, por citar tan sólo algunos ⁷¹. Parece, por lo tanto, que la justificación iusfilosófica de un derecho no

de pende de su mayor o menor grado de reconocimiento positivo en otros períodos históricos.

Sin embargo, en esta crítica se encuentra latente un argumento de peso en contra de la pretendida jerarquía “natural” del derecho subjetivo analizado: su carácter contingente e instrumental, que explica su reciente reconocimiento histórico. Se trata, efectivamente, de derechos subjetivos que han sido reconocidos recientemente, *sin que se pueda considerar esta circunstancia como un defecto de los derechos históricos que no reconocieron esta categoría de derechos subjetivos*. En otros términos: su reconocimiento actual puede llegar a resultar justificado, pero, de ningún modo pueden considerarse inicuos los ordenamientos jurídicos históricos que los desconocieron. Así, resultaría anacrónico reprochar al derecho romano la falta de previsión normativa de los derechos intelectuales. El argumento histórico analizado, de este modo, se transforma. Ya no se invoca el *hecho* del no reconocimiento de esta clase de derechos como un argumento contrario al pretendido rango de derechos naturales. El argumento va más allá: no sólo no fueron reconocidos, sino que no resultaba axiológicamente exigible que lo fueran. Se traza, pues, un salto del ser al deber ser. Y, entonces sí, cabe reconocer que los valores “... *son tanto más altos cuando más duraderos*”⁷². Y, en consecuencia, tanto más bajos cuanto menos duraderos, como es el caso de esta categoría de derechos subjetivos.

Como puede advertirse, la cuestión transita, en más de una oportunidad, por carriles puramente semánticos. En definitiva, habría que precisar qué se quiere significar cuando se afirma que un derecho es de carácter “natural”. Si con esta expresión se pretende indicar que se trata de un derecho difícilmente infringible, de contenido positivo, temporalmente ilimitado, libre de cargas y reconocido a nivel positivo desde tiempos remotos, entonces, parecen compatibles, con las salvedades apuntadas, las críticas que rechazan que la propiedad intelectual tenga una fundamentación iusnatural. Si, en cambio, con esta expresión pretende destacarse que el reconocimiento de los derechos intelectuales es intrínsecamente justo, en concreto, en los tiempos y en las circunstancias actuales, muchas de las críticas reseñadas deben ser descartadas.

En todo caso, conviene insistir en que la discusión sobre un eventual fundamento iusnatural del derecho del inventor puede plantearse en dos niveles diversos. En un primer nivel, lógicamente previo, el debate puede referirse a si existe o no un eventual derecho natural (en sentido objetivo, esto es, como norma jurídica natural). Obviamente, quienes nieguen su existencia negarán, coherentemente, toda justificación iusnaturalista de cualquier derecho subjetivo en general, incluyendo, entre ellos, a los derechos intelectuales. Obviamente, esta disputa excede con holgura los objetivos de la presente tesis.

Un segundo nivel del debate, lógicamente posterior, puede plantearse en estos términos: admitida o, por lo menos, supuesta la existencia de un derecho natural (en sentido objetivo), ¿puede aceptarse que el derecho del inventor es un derecho natural (en sentido subjetivo)? Analizando, aunque sea brevemente, este plano de la discusión, parece que no es oportuno o acertado rastrear un fundamento natural del derecho de

patentes, si se acepta, desde una perspectiva iusfilosófica tomista, que el derecho natural se reduce a un conjunto muy reducido de principios elementales de justicia.

Pareciera, por lo tanto, que la pretensión de fundar desde el derecho natural a los derechos intelectuales excede ese contenido mínimo, que la prudente concepción del aquinate aconseja. Esta pretensión incurre, quizás, en los excesos de la escuela racionalista de la Edad Moderna, con su vana -e históricamente refutada- pretensión de concebir o descubrir un derecho natural regulador de la vida social hasta en sus más mínimos detalles ⁷³.

Sin embargo, parece que esta línea de justificación de los derechos intelectuales puede ser rescatada, si se la somete a un remozamiento, en su concepto central: el acto de justicia que implica reconocer algún tipo de derecho subjetivo al autor de una creación intelectual (ya se trate de una obra, un invento, un signo distintivo, una variedad vegetal, etc.). Despojando al debate de su trascendencia iusfilosófica, puede ser considerado en un plano más elemental: es justo reconocer algún tipo de derecho al creador de una obra intelectual, permitiéndole apropiarse, en una medida razonable, de los frutos eventuales que su creación genere para la sociedad. En este sentido, parece justo otorgar algún tipo de posibilidad de apropiación de su propia obra a quien la ha creado, y en la medida en que ésta haya resultado realmente provechosa para la sociedad.

Concluyendo el análisis de este argumento, parece que por éste se rescata la necesaria dosis de justicia que el reconocimiento del derecho del inventor implica. De lo contrario, se corre el riesgo de caer en un completo utilitarismo economicista, reduciendo el examen sobre la oportunidad del reconocimiento de un derecho subjetivo al mero estudio de su impacto económico. Llevado al absurdo, no pareciera oportuno sostener que la indemnización en favor del expropiado debe resolverse exclusivamente sobre la base de argumentos económicos: no hay duda que existe un fundamento de justicia que exige indemnizar a aquel a quien se priva de su propiedad. Parece, pues, que este criterio no debe ser abandonado al analizar la justificación de los derechos intelectuales.

En suma, parece que, si se evitan extremos, es saludable rescatar de esta postura que existe un fundamento de justicia en la pretensión del inventor de obtener algún beneficio por su aporte al desarrollo tecnológico ⁷⁴. Más discutible resulta, en cambio, que a partir de ese fundamento tan general puedan resolverse aspectos eminentemente técnicos de la materia. Con todo, el diseño del régimen jurídico deberá hacer honor al fundamento de justicia que lo inspira. Finalmente, conviene destacar que esta argumentación no debe considerarse necesariamente incompatible con los argumentos económicos, que serán analizados a continuación, como no resulta necesariamente incompatible la justicia con la utilidad. Pareciera que, en buena medida, estas dos líneas argumentales pueden llegar a complementarse y a potenciarse recíprocamente.

3.1.3. Recompensa o remuneración del inventor

Conforme con esta postura, mediante la patente se le otorga al inventor un premio, de carácter económico, por el avance tecnológico que ha realizado. En este sentido, puede leerse en la exposición de motivos de la ley portuguesa que regula el derecho de obtentor que la concesión del derecho intelectual implica “asegurarle” al titular una recompensa justa por sus habilidades y su trabajo ⁷⁵.

Esta postura es pasible de, al menos, dos objeciones. En primer lugar, implica una descripción inadecuada de la realidad. Equiparar el otorgamiento de un derecho intelectual (en el caso, una patente o un derecho de obtentor) a la concesión de un premio de carácter económico parece ser una simplificación excesiva, cuando no una distorsión de lo que sucede en la mayoría de los casos. Es cierto que mediante el otorgamiento de un derecho intelectual se concede un derecho temporario de explotación exclusiva, pero esta exclusividad en modo alguno garantiza la obtención de utilidades económicas. De hecho, del total de los derechos intelectuales que se conceden, tan sólo una minoría llega a fructificar económicamente, sin que esta circunstancia esté necesariamente vinculada al mérito intrínseco de la creación. Como bien se ha señalado, *“una innovación relevante, puede llegar a ser nada más que una virtud técnica, mientras que una innovación con modestas pretensiones intelectuales, puede -por su parte- originar un negocio de alta rentabilidad”* ⁷⁶. En todo caso, parece más acertado apuntar que el inventor tiene derecho a un premio o recompensa, aunque de carácter condicionado. Se le otorga, mediante el derecho de explotación exclusiva, la posibilidad de apropiarse de una porción de los beneficios económicos que su invento genere. Pero que este “premio” se traduzca, efectivamente, en un beneficio económico dependerá, por lo tanto, del éxito económico de la explotación del invento.

La postura analizada, entonces, parece más ajustada para describir el régimen establecido en el art. 75 inc. 19 C.N., en el que se alude a otro mecanismo para alcanzar el desarrollo científico y tecnológico: las “recompensas de estímulo”. En efecto, la norma citada establece como una atribución del Congreso proveer lo conducente al progreso del país, enumerándose entre los medios utilizables a ese efecto las “... concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”. En el pensamiento de Alberdi, las “concesiones temporales de privilegios” son los derechos intelectuales ⁷⁷, y mediante las “recompensas de estímulo” se alude a la entrega de medallas, primas, honores, tierras y premios pecuniarios, como así también a las exenciones remuneratorias ⁷⁸. Al respecto, se ha señalado: *“Las recompensas pueden ser premios, subsidios u otros beneficios que el Estado otorga a los particulares para fomentar y estimular las investigaciones, el desarrollo de alguna ciencia, de algún arte, etc. Así, por ejemplo, cabe mencionar, entre otros, los premios nacionales a las artes, a las ciencias, las becas y subsidios a investigadores, las condecoraciones, etc.”* ⁷⁹. Como puede advertirse, el fundamento analizado resulta más oportuno en relación con el sistema de recompensas establecido en el art. 75 de la Constitución, que con respecto al régimen de propiedad intelectual reconocido en el art. 17 del mismo cuerpo normativo.

Si bien el sistema de recompensas ha tenido algún grado de aplicación ⁸⁰, en la actualidad se encuentra claramente postergado, concentrándose en el sistema de

patentes las expectativas de incentivo del desarrollo tecnológico. En efecto, se considera que el mecanismo de las recompensas resulta imperfecto para impulsar el desarrollo tecnológico, por varios motivos entre los que pueden destacarse los siguientes:

a) Resulta extremadamente difícil obtener la información necesaria para establecer un adecuado sistema de recompensas. En este sentido, se ha señalado que es preferible dejar que el mercado decida qué invenciones son provechosas, como sucede en el caso de las patentes. En un sistema de recompensas, por el contrario, es un organismo estatal el que decide el otorgamiento del premio, lo que puede resultar arbitrario, dada la dificultad de prever cuál será la utilidad social de la invención. Al respecto, es conocida la postura de John Stuart Mill, quien prefería el sistema de patentes, ya que no dejaba nada librado a la discreción, siendo la recompensa del inventor proporcional a la utilidad de la invención ⁸¹.

Frente a esta crítica, se ha señalado que el gobierno puede basar el sistema de recompensas en diversos factores que no resultan necesariamente inaccesibles, v.gr., las ventas ⁸². Ciertamente, la crítica analizada es plenamente compatible si se pretende establecer el premio o recompensa antes del lanzamiento del producto al mercado. Pero si, en cambio, el premio se determina con posterioridad, y a través de un reajuste anual, la crítica pierde buena parte de su peso ⁸³. Además, cabe agregar, este defecto puede superarse si se adopta un sistema mixto, en el cual el inventor pueda optar por la patente o la recompensa. En este caso, si la recompensa es baja, el inventor optará por la patente ⁸⁴.

b) Los fondos para recompensar provienen del Estado, que probablemente los obtendrá a través de impuestos, con el consiguiente efecto distorsivo del sistema de precios que esto implica ⁸⁵.

c) La administración del sistema de recompensas genera costos (v.gr., aquellos derivados del procedimiento para determinar si será otorgada una recompensa, a quién y cuál será su monto), como así también los eventuales litigios que el sistema pueda disparar ⁸⁶. Según se verá, el sistema de patentes presenta desperfectos similares.

d) El sistema de recompensas puede conducir a una sobreinversión en investigación y desarrollo, ya que varias empresas podrían embarcarse simultáneamente en proyectos de investigación similares, estimuladas por la posibilidad de obtener el premio, lo que resulta socialmente indeseable. Frente a esta crítica, pueden formularse dos observaciones: i) se trata de un defecto compartido con el sistema de patentes, por lo que no justifica la preferencia por un sistema o por otro ⁸⁷; y b) el gobierno está en condiciones de reducir la recompensa en aquellas áreas en las que considera que existe sobreinversión en investigación y desarrollo ⁸⁸.

e) Resulta demasiado compleja la determinación de la recompensa para una invención que representa una mejora respecto de otra ya recompensada. Este problema, por cierto, es compartido por el sistema de patentes. Es famoso el caso ocurrido a fines del siglo XVIII, en el que Watt, titular de una patente sobre un motor de vapor, no llegó a un acuerdo y se negó a otorgar una licencia a Hornblower y a Trevitchik, quienes habían desarrollado un motor de vapor de alta presión, por lo cual estos últimos debieron esperar

la expiración de la primera patente para poder explotar su invención⁸⁹. En un sistema de recompensas, esto no hubiese podido ocurrir, ya que el primer inventor no hubiese gozado de monopolio alguno. Con todo, debe reconocerse la dificultad inherente a la tarea de determinar las recompensas en este tipo de casos, circunstancia que impide aducir este factor en apoyo de uno u otro sistema de estímulo del desarrollo tecnológico⁹⁰.

En todo caso, puede contabilizarse en beneficio del sistema de recompensas el hecho de que éste no implica la concesión de un monopolio⁹¹, como así también que la magnitud de la inversión en investigación y desarrollo de una determinada tecnología puede ser seleccionada, indirectamente, por el gobierno⁹².

Retomando el análisis de esta fundamentación del sistema de patentes, puede añadirse una segunda crítica: esta teoría tan sólo describe -según se ha visto, sin demasiada precisión- lo que sucede al otorgarse un derecho intelectual, pero de ningún modo explica por qué el ordenamiento jurídico reconoce esta clase de derechos. En suma, este enfoque permanece en el plano de lo puramente descriptivo, pero no aporta elementos nuevos en lo que se refiere al fundamento, a las causas justificantes del reconocimiento del instituto jurídico analizado. En consecuencia, parece que esta postura sirve tan sólo para explicar, e imperfectamente, *qué* se le otorga al inventor mediante la concesión de un derecho intelectual, pero no *por qué* se realiza esta concesión.

3.1.4. Teoría pactista

Conforme con esta postura, entre el inventor y el Estado se celebra una suerte de contrato, por el cual el primero acepta divulgar su invento y, a cambio, el Estado le concede un monopolio temporario sobre su explotación. Esta postura ha recibido críticas desde diversos ángulos, entre las que pueden destacarse las siguientes:

a) No resulta posible admitir contratos con eficacia *erga omnes*, dada la previsión de los arts. 1195 y 1199 del Código Civil⁹³. El pretendido contrato celebrado entre el Estado y el creador de la nueva tecnología, estaría afectando, en forma evidente, a terceros, ya que les impediría fabricar y comercializar con relación al ámbito de exclusividad del titular de la patente. Sin embargo, esta crítica es igualmente pasible de objeciones, ya que: i) las normas del Código Civil (en el caso, los arts. 1195 y 1199) tienen, en cuanto a su jerarquía normativa, rango legal, por lo que pueden ser modificados por otra ley (v.gr., ley de patentes, ley de creaciones fitogenéticas, etc.); y ii) la doctrina mayoritaria interpreta que lo que las normas referidas prohíben es que un contrato engendre obligaciones a cargo de terceros, lo que de ningún modo significa que no les sea oponible y pueda, en su caso, afectar sus intereses⁹⁴.

b) Es contradictorio que, por un lado, el Estado promueva la divulgación de inventos (por la vía de las patentes, del derecho de obtentor o de otro derecho intelectual) y, por el otro, proteja su ocultamiento o reserva (por la vía del régimen de los secretos industriales, regulado en la ley 24.766)⁹⁵. Frente a esta objeción, cabe apuntar que: i) en todo caso, esta crítica no afectaría exclusivamente a la postura que se está analizando,

sino también al régimen de los derechos intelectuales que protegen información potencialmente protegible mediante el régimen de la ley de confidencialidad; y ii) más que de contradicción, es preferible hablar de una relación de complementariedad, ya que resulta perfectamente entendible que el Estado adapte el régimen legal a las diversas características de la tecnología que desea proteger.

c) No cabe referirse a un supuesto contrato en un ámbito donde está tan recortada la autonomía de la voluntad: el régimen de las patentes y los demás derechos intelectuales están preestablecidos legalmente, y la mayoría de sus normas revisten carácter imperativo⁹⁶. Sin embargo, puede señalarse que: i) la acusada intervención y limitación de la autonomía de la voluntad es un fenómeno común a la generalidad de los contratos, que se acentúa particularmente en determinados negocios jurídicos, a los que ninguna doctrina ha pretendido negar su carácter contractual; y ii) aun en este caso que se analiza, la autonomía de la voluntad no ha sido eliminada, ya que subsiste una de sus manifestaciones más elementales: la libertad de contratar.

Sin embargo, las críticas a esta postura merecen una observación de fondo que, en buena medida, explica los desacuerdos referidos. Las discrepancias señaladas parten de una confusión semántica básica: mientras que los defensores del argumento hablan de un contrato para referirse a un mero acuerdo, las críticas a la postura entienden al presunto contrato que fundamentaría el régimen de los derechos intelectuales en su sentido más técnico, esto es, el que se desprende del Código Civil. Sin duda que, así entendido, el fundamento contractualista difícilmente pueda resistir las críticas más elementales que un análisis técnico riguroso le pueda disparar. Pero no parece ser ésta la interpretación más fiel de la doctrina justificatoria que se analiza. Más bien, debe entenderse a esta postura como defensora de un hipotético acuerdo entre el Estado y el inventor -que no pretende, por cierto, constituir un contrato válido conforme con las exigencias técnicas del Código Civil-. Reduciendo al absurdo, criticar por esta vía el fundamento contractual de los derechos intelectuales sería lo mismo que rechazar las teorías políticas y filosóficas pactistas sobre el origen de la sociedad (o sociedad civil) sobre la base de argumentaciones técnicas extraídas del régimen contractual del Código Civil argentino.

Aclarado, pues, que no se comparten las críticas referidas, cabe señalar que el fundamento analizado presenta una serie de insuficiencias llamativas. No caben dudas que, en un sentido no técnico, la concesión de una patente es fruto de un acuerdo entre el creador de la tecnología y el Estado. Al presentar el inventor su solicitud, se sujeta a un régimen preestablecido por el ordenamiento jurídico, que incluye, como paso previo a la concesión del derecho, la divulgación de la invención. A cambio, pretende que se le otorgue un derecho temporario de explotación exclusiva. Por su parte, el Estado se manifiesta predispuesto a celebrar este tipo de acuerdos, desde el momento en que así lo establece en su normativa vigente. Pero lo que esta doctrina no explica es *por qué* se celebra este “contrato” (interpretado en sentido lato) por parte del Estado. Fundamentalmente, no analiza qué motivos aconsejan la concesión de semejante “privilegio”. Desde esta perspectiva, la teoría contractual merece ser considerada como meramente descriptiva y completamente inútil para responder la cuestión de fondo

abordada en este capítulo: por qué (o para qué) debe concederse un potencial monopolio temporal a quien contribuye al desarrollo tecnológico mediante determinada invención.

3.1.5. Fomento de la innovación tecnológica

3.1.5.1. Introducción

Hacia mediados del siglo XIX, se fue afianzando una nueva concepción del sistema de patentes, que terminó opacando -hasta desplazarlo casi por completo- al paradigma de la patente como un derecho moral o natural del inventor, hasta entonces imperante. La diferencia fundamental es que en el modelo anterior la patente se reconocía como un derecho individual del inventor, mientras que en el nuevo sistema se la concibe como un instrumento necesario para promover o incentivar el desarrollo tecnológico y, por lo tanto, el bienestar económico ⁹⁷. En el sistema de los derechos individuales, la patente se concede prioritariamente para beneficiar al inventor; en el sistema del incentivo tecnológico, para beneficio de la sociedad y del Estado ⁹⁸. Desde esta perspectiva, se considera que el crecimiento económico está sustancialmente afectado por el progreso tecnológico ⁹⁹, el que puede ser incentivado a través del régimen de la propiedad intelectual ¹⁰⁰. El reconocimiento del derecho del inventor pasó de ser un fin en sí mismo a ser un simple medio (en concreto, un medio para estimular el desarrollo tecnológico) ¹⁰¹. El fundamento, por lo tanto, se desliza desde el ámbito filosófico-político al económico.

En su devenir histórico, este argumento atravesó dos etapas. Durante el siglo XIX, y la primera mitad del siglo XX, se consideró la cuestión a escala nacional-estatal: cada Estado estimula su desarrollo tecnológico a través de la implantación de un sistema de patentes. La segunda etapa se fue forjando a lo largo del siglo XX, y se orientó hacia la necesidad de implantar el sistema de propiedad intelectual a nivel mundial, para evitar de ese modo que algunas economías nacionales aprovecharan de los beneficios del sistema sin contribuir a soportar sus costos. Se trata, por cierto, de la concepción dominante en la actualidad entre quienes propugnan la adopción del régimen de la propiedad intelectual ¹⁰².

Una breve mirada a la legislación comparada sobre el derecho de obtentor revela la existencia de alusiones explícitas a esta justificación del sistema, entre las que se pueden destacar las siguientes:

“La presente decisión tiene por objeto:... b) Fomentar las actividades de investigación en el área andina” ¹⁰³.

“Estas normas están formuladas para proteger los derechos sobre las nuevas variedades de plantas, para fomentar la cría y el uso de nuevas variedades de plantas, y para promover el desarrollo de la agricultura y de la silvicultura” ¹⁰⁴.

“El propósito de la ley es desarrollar la industria de semillas y contribuir a la estabilidad de la agricultura, la silvicultura y la pesca...” ¹⁰⁵.

“Por tanto, no es más que justicia que se le concedan conceder derechos de obtentor en la forma de un título de protección para tales variedades, los que, junto al aseguramiento de una justa recompensa por sus habilidades y su trabajo, al mismo tiempo los motiven fuertemente a desarrollar su trabajo de mejoramiento vegetal, y por lo tanto a contribuir a la defensa y al enriquecimiento del patrimonio genético nacional”¹⁰⁶.

“La existencia de un sistema de protección del derecho de los obtentores de variedades vegetales tiene un impacto positivo en la economía nacional en general y en el sector agrícola en particular, que se concreta en el estímulo de la investigación y el consecuente incremento de los recursos privados destinados a esta actividad...”¹⁰⁷.

“... Considerando que el sistema debe tener en cuenta también los avances de las técnicas de mejora vegetal, incluida la biotecnología; que, con objeto de fomentar la mejora y el desarrollo de nuevas variedades, es conveniente mejorar la protección de todos los obtentores, en comparación con la situación actual, sin perjudicar por ello injustificadamente el acceso a la protección, bien de manera general o en el caso de determinadas técnicas de mejora;...”¹⁰⁸.

“La experiencia ha demostrado que el reconocimiento del derecho del obtentor mediante la concesión de un derecho de obtentor de una variedad vegetal, es un medio de gran eficacia para estimular las actividades de obtención”¹⁰⁹.

Por otro lado, ya se ha analizado que esta fundamentación también se encuentra presente en el régimen jurídico argentino del derecho de obtentor¹¹⁰. Esta repetida tendencia a destacar el efecto-incentivo del sistema del derecho de obtentor no resulta extraña, si se toma en consideración que se trata de un sector de la tecnología que requiere la inversión de importantes recursos (económicos, humanos, temporales, etc.) para poder desarrollarse¹¹¹.

En suma, se entiende que mediante el otorgamiento del derecho de explotación exclusiva de un invento a su creador se incentiva la asignación de recursos en el desarrollo tecnológico¹¹². Se trata, probablemente, del fundamento más aceptado en la actualidad entre los defensores del sistema de patentes¹¹³. El análisis de este argumento exige introducir sumariamente dos temas objeto de estudio de la economía política: los bienes públicos y las externalidades. En ambos casos, se alude a imperfecciones que presentan ciertos mercados.

3.1.5.2. Mercados imperfectos

3.1.5.2.1. Bienes públicos

Se denomina bienes públicos a aquellos en los que coinciden dos características: la posibilidad del consumo conjunto y la imposibilidad de excluir de su aprovechamiento a quien no pague el precio correspondiente. La confluencia de estas dos características en un mismo bien impide el adecuado funcionamiento del mercado, dado que cualquiera puede disfrutar del bien o servicio sin necesidad de pagar.

Normalmente, el consumo de un bien implica la apropiación por parte del comprador, y la exclusión del resto de los consumidores, del derecho a consumir ese bien, si no es por

una liberalidad del adquirente originario. Sin embargo, existen ciertos bienes susceptibles de consumo conjunto, fenómeno que ocurre cuando un mismo bien puede ser utilizado simultáneamente por un amplio grupo de sujetos, sin que el consumo de cada uno de ellos haga disminuir el de los demás. Tal es el caso, por ejemplo, de los músicos que tocan en una plaza pública. Sin embargo, esta sola circunstancia no impide el funcionamiento del mercado, en la medida que sea posible impedir el acceso a quienes no paguen por el bien. Así, siguiendo con el ejemplo, los artistas de la plaza pueden ir a tocar su música a un teatro, excluyendo, de este modo, al oyente que no paga.

Pero hay ciertos bienes respecto de los cuales no es posible, por sus características, lograr tal exclusión, con lo cual aparece la figura del “usuario aprovechado” (*free rider*)¹¹⁴. Tal es, por ejemplo, el caso del pararrayos, o el de la defensa nacional: resulta imposible, con los recursos actuales, impedir que el tercero que no paga se vea privado del disfrute del bien en cuestión. Cuando en un mismo bien concurren las dos características apuntadas, se afirma que se trata de bienes públicos. El problema radica en que estos bienes no podrán ser atendidos satisfactoriamente por el mercado, excepto que los costos de transacción sean muy reducidos (como sería el caso de un pueblo chico que quiere instalar un pararrayos), o que su provisión pueda financiarse por vías distintas al pago de los usuarios (como sucede, por ejemplo, con los programas de radio, que se financian con la publicidad).

Y sucede que la tecnología es, en muchos casos, un bien público^{115 116}. Al ser un bien público, el mercado de competencia perfecta fracasa como mecanismo de asignación óptima de recursos¹¹⁷. En consecuencia, y dada la importancia estratégica que la tecnología presenta para el desarrollo y el crecimiento económico de un país, se hace necesario considerar e implementar alternativas que permitan superar las insuficiencias que el mercado tecnológico puede, en numerosos casos, presentar¹¹⁸.

3.1.5.2.2. *Externalidades*

En un mercado no intervenido, el punto de equilibrio viene determinado por las opciones de los oferentes y de los demandantes que interactúan. Normalmente, oferentes y demandantes valoran adecuadamente sus opciones, ya que los beneficios y los costos derivados de su elección recaen sobre ellos.

Pero hay supuestos en que, además de esos beneficios y costos directos (los que recaen sobre oferentes y demandantes), existen otros costos y beneficios indirectos (los que recaen sobre otros sujetos). En estos casos se presentan las denominadas “externalidades”. Teóricamente, los agentes económicos producen hasta que su costo marginal¹¹⁹ iguala al precio de mercado (que reflejaría la utilidad marginal¹²⁰ de los consumidores).

El presupuesto para que el sistema funcione adecuadamente es que los beneficios y los costos derivados de la producción y el consumo recaigan sobre los agentes intervinientes (oferentes y demandantes). Pero si esto no sucede, el mercado libre deja de ser un mecanismo eficiente de asignación de recursos, como sucede cuando existen externalidades. Las externalidades se clasifican, tradicionalmente, en positivas y

negativas. Se denominan externalidades positivas (o economías externas) a “... *los beneficios que se derivan del consumo o de la producción de un bien o servicio para algún sujeto o grupo de sujetos distinto del que lo consume o produce*”¹²¹. Y externalidades negativas (o deseconomías externas) “... *cuando lo que se derivan son costes con el mismo carácter indirecto*”¹²².

El problema de las externalidades es que los oferentes y demandantes sólo valoran los costos y los beneficios que repercuten sobre ellos (costos y beneficios directos), ignorando los costos y beneficios indirectos a la hora de decidir qué, cuánto y a qué precio producir y consumir.

En consecuencia, el funcionamiento del mercado, libre de intervenciones, lleva a una producción inferior a la socialmente óptima -cuando existen externalidades positivas-, o a un nivel de producción superior al económicamente deseable -cuando existen externalidades negativas-¹²³.

En la mayoría de los casos, las externalidades no presentan demasiada importancia, por lo que el Estado no está interesado en intervenir¹²⁴. Pero cuando adquieren determinada relevancia, se hace necesaria la intervención estatal. La decisión que al respecto se adopte depende de diversos factores, entre los que tienen especial relevancia la importancia relativa de las externalidades, y su valoración social. En caso de intervención estatal, los mecanismos pueden ser de lo más diversos: prestación directa por el Estado, promoción a través del financiamiento, rebajas impositivas, regulación (fijación de precios máximos y mínimos), imposición tributaria, prohibición, punición delictual, entre otros.

En síntesis, un mercado que presenta externalidades es un mercado imperfecto, ya que el nivel de producción y de consumo se aleja (en más o en menos) del nivel socialmente óptimo o deseable, lo que justifica la intervención del Estado, a los efectos de reducir o eliminar esta brecha. Queda por analizar si el mercado tecnológico presenta externalidades, para lo cual conviene trazar una distinción entre: a) conocimientos técnicos que pueden conservarse en secreto; y b) conocimientos técnicos que no pueden conservarse en secreto. En el supuesto a), no existen mayores inconvenientes: adoptando las debidas precauciones, puede evitarse la apropiación por terceros de la tecnología que ha sido desarrollada, a pesar de su explotación. Esta situación se encuentra tutelada por el régimen jurídico de los secretos industriales¹²⁵. Pero cuando no puede evitarse que, con la explotación comercial del producto, los conocimientos técnicos en que se sustenta sean apropiados por los competidores, aparece un supuesto típico de externalidad positiva derivada de la producción.

Todo indica que la predisposición a invertir recursos para desarrollar este tipo de conocimientos se verá, en cierta medida, afectada, ya que quien lo haga deberá soportar en forma aislada los costos del desarrollo, pero se verá forzado a compartir -contra su voluntad y sus intereses económicos- los beneficios con sus competidores. Es en este último caso donde encuentran su campo de aplicación el régimen de las patentes y el del derecho de obtentor, signados por la finalidad de proteger aquellos conocimientos técnicos que no pueden ampararse en el régimen de los secretos industriales. Dicho brevemente:

mediante la concesión de un monopolio temporario sobre una invención, el régimen de propiedad industrial apunta a permitir que quien desarrolla una tecnología se pueda apropiar de los beneficios que de ella se derivan, incentivando así la inversión en investigación y desarrollo ¹²⁶.

3.1.5.2.3. El derecho como promotor del desarrollo tecnológico

Partiendo del diagnóstico de que el mercado de la tecnología suele presentar externalidades positivas derivadas de la producción, se ha sostenido que, de no existir un régimen de propiedad industrial, el inventor se ve expuesto a sufrir que los beneficios derivados de su actividad sean apropiados por otros, particularmente, sus competidores, lo que hace que carezca de interés en invertir en actividades inventivas, cuyos beneficios no podrá acaparar ¹²⁷. En teoría, el sistema de patentes evita este resultado, permitiendo al titular la explotación exclusiva de su invención durante un período limitado de tiempo ¹²⁸. La existencia del sistema de propiedad industrial puede justificarse, por lo tanto, como un mecanismo de corrección de mercados que presentan externalidades positivas derivadas de la producción ¹²⁹. El régimen de propiedad industrial constituye otra manifestación de la tendencia dinámica que caracteriza al derecho del último siglo, que no se limita a consagrar realidades existentes, sino que asume como misión fundamental modificar y adaptar esas realidades a las necesidades de la sociedad ¹³⁰.

En un sentido semejante, se ha observado que la creación de tecnología conlleva riesgos, lo que desincentiva la inversión ¹³¹. Por ejemplo, puede que no se alcance el resultado tecnológico propuesto, que la nueva tecnología no sea comercialmente explotable, que la comercialización del producto no sea exitosa, que un competidor desarrolle una tecnología superior o comercialmente preferible, etc. ¹³². Esta circunstancia se acentúa particularmente en el caso de las empresas proveedoras de semillas genéticamente modificadas ¹³³. Para evitar que este fenómeno frene o desacelere el proceso de innovación tecnológica, se observa, es conveniente promover la inversión y la asunción de riesgos, mediante la concesión de un derecho temporario de explotación exclusiva (patente, derecho de obtentor, etc.) ¹³⁴.

Obviamente, el régimen de propiedad intelectual no es el único sistema de incentivo de la innovación. Por lo pronto, el mismo mercado suele, en muchos casos, “incentivar” la innovación, ya que el primer oferente de un producto novedoso gozará, de hecho, de un período de tiempo durante el cual podrá obtener rentas monopólicas, dada la inexistencia de competidores, circunstancia que incluso ha sido invocada para denunciar la innecesariedad del régimen de la propiedad intelectual ¹³⁵. Este “monopolio” de hecho se extenderá hasta que sus competidores estén en condiciones de lanzar un producto competitivo al mercado. Sin embargo, y según ya se ha señalado, el libre funcionamiento del mercado no suele resultar un incentivo suficiente en todos los casos, por lo que es de interés del Estado intervenir, a través de diversos mecanismos, entre los que se cuenta el régimen de la propiedad industrial ¹³⁶. Detalles al margen, el régimen referido adopta dos estrategias opuestas -aunque complementarias- para alcanzar esa misma finalidad. Por un lado, y mediante el sistema de patentes y de derechos análogos, otorga la explotación

exclusiva y temporaria de una determinada tecnología o invención, exigiendo a cambio su revelación precisa ¹³⁷. Por el otro, mediante el régimen del secreto industrial, protege el mantenimiento en secreto de las invenciones, aunque sin otorgar monopolio alguno de explotación, de modo que cualquier tercero que acceda lícitamente a los conocimientos técnicos preservados en secreto puede, sin obstáculo alguno, explotarlos.

En todo caso, el titular de la nueva tecnología optará por el régimen que le resulte más beneficioso. Si puede, apostará al régimen de los secretos industriales (que, entre otros beneficios, no le exige la divulgación de la invención y no está temporalmente limitado), lo que no siempre le resultará accesible ¹³⁸. En su defecto, acudirá a las patentes, que vienen, así, a jugar un rol complementario con respecto al del secreto industrial. Particularmente, el régimen del secreto industrial no suele resultar el más adecuado en materia de variedades vegetales, circunstancia que destaca la importancia de admitir la protección de los desarrollos tecnológicos en esta área por la vía complementaria de otros derechos intelectuales.

Esta justificación ha recibido dos críticas fundamentales, que pueden actuar complementariamente en países como Argentina: a) el costo del sistema de patentes supera los supuestos beneficios que de él se derivan; y b) el sistema de patentes sólo favorece a los países centrales, en perjuicio de los subdesarrollados. Con relación a esta última objeción, ver *infra*, N° 4. Con respecto a los costos económicos del sistema de patentes, base de la crítica señalada en: a), cabe igualmente efectuar una remisión *infra*, N° 3.2.2. Sin embargo, conviene adelantar algunos aspectos de su tratamiento ya que, como es obvio, el argumento y su crítica están íntimamente relacionados.

La postura crítica afirma que el régimen de patentes (entendido *lato sensu*) implica la creación de un monopolio innecesario. Para superar esta objeción, se ha señalado que el costo del sistema de patentes ha sido incorrectamente contabilizado, ya que, de no existir el incentivo que este régimen implica, no existirían las invenciones que los críticos del sistema quieren poner al libre alcance de la comunidad. En otros términos: el presupuesto de la crítica es que las invenciones también existirían, aun en ausencia de un régimen de patentes. La estructura básica de esta crítica consiste en comparar dos escenarios:

- escenario 1: la invención existe, y está patentada; y
- escenario 2: la invención existe, pero no está patentada (ya que no existe el régimen de patentes).

La diferencia entre el escenario 1 y el 2 es que en el primero la tecnología patentada se comercializará en condiciones monopólicas, mientras que, en el escenario 2, al no existir las patentes, los oferentes deberán competir, con los efectos que esto acarrea respecto del precio y la cantidad de equilibrio. En suma, la corriente crítica adjudica al sistema de patentes los mayores costos que el escenario 1 implica respecto del escenario 2; es decir, le imputa los costos del monopolio.

En tren de refutar la crítica, se puede señalar que el escenario 2 es utópico, ya que si no existiese el sistema de patentes, la invención en cuestión tampoco existiría. Por lo

tanto, conforme con esta postura defensiva del sistema, los escenarios que deberían compararse son los siguientes:

- el ya referido escenario 1, en el que la invención existe, y está patentada; y
- escenario 3, en el que el sistema de patentes no existe, pero tampoco la invención en cuestión (justamente, por la inexistencia del sistema que hubiera estimulado su creación).

Sobre la base de que el escenario 2 es imposible, se afirma, la comparación debe efectuarse entre los escenarios 1 y 3. Y de esta comparación pueden resultar dos supuestos. El primer supuesto es que el nuevo producto beneficie a su potencial consumidor en una medida tal que justifique pagar el precio que su oferente, ejercitando el monopolio derivado de la patente, fije. La segunda posibilidad es que ese beneficio que introduce el nuevo producto sea inferior, a los ojos del consumidor, al mayor costo que éste implica respecto de los productos sustitutivos ya existentes. En este caso, lógicamente, los consumidores se abstendrán de consumir el nuevo producto, por resultarles antieconómico. Continuarán, por lo tanto, consumiendo en las condiciones en que lo hacían antes de la introducción del producto patentado en el mercado¹³⁹.

De esta defensa se deriva, en forma lógica, que el sistema de patentes no resulta socialmente antieconómico, dado que: a) si los consumidores optan por adquirir el producto patentado, es porque les reporta una beneficio que excede el sobreprecio fijado por el titular de la patente; y b) si el nuevo producto no justifica el precio que hay que pagar por él, a los consumidores siempre les queda la alternativa de adquirir los productos sustitutivos preexistentes. En suma: en la primera hipótesis, el sistema de patentes habrá influido para aumentar el bienestar de la población (o, por lo menos, de los potenciales consumidores del producto patentado); mientras que, en la segunda hipótesis, el sistema de patentes habrá resultado económicamente neutro (si bien los consumidores no estarán mejor que antes, tampoco estarán peor, ya que pueden adquirir los productos resultantes de la tecnología preexistente).

En definitiva, todo depende de una incógnita: qué sucedería con el desarrollo tecnológico si no existiese el sistema de patentes; es decir, cómo impacta el régimen de patentes en el desarrollo tecnológico. Si la invención del ejemplo referido igualmente hubiese existido, aun en ausencia de un régimen de patentes, es correcta la crítica que le imputa al sistema de patentes la totalidad del costo del monopolio. En este caso, pues, habría que atribuir al sistema de patentes la integridad del perjuicio que surge de comparar el escenario 1 (en el cual existen tanto la invención en cuestión como el sistema de patentes) con el escenario 2 (en el cual existe la invención, pero no el sistema de patentes, por lo que la invención se comercializa en condiciones competitivas)¹⁴⁰. Reaparece, pues, el interrogante que quedó en suspenso en el análisis anterior: si es posible la existencia del escenario 2, esto es, si hubiese existido la invención, en ausencia de un régimen de patentes. Por cierto, las opiniones al respecto están divididas. Por un lado, se sostiene que las invenciones ocurrirían aun sin un sistema de patentes que las incentive. A favor de esta postura cuentan, fundamentalmente, los argumentos que se exponen y analizan a continuación:

a) El hombre inventa por naturaleza¹⁴¹, o por el afán de obtener prestigio, sin que esto dependa de la existencia de un régimen de propiedad industrial¹⁴². Como prueba, se aduce que el hombre no comenzó a realizar invenciones recién en los últimos siglos, sino que lo ha venido haciendo desde siempre, cuando aún no existían los regímenes de patentes. A partir de este dato, se concluye que el régimen de la propiedad industrial no es una condición necesaria para lograr el progreso y el desarrollo tecnológico.

Frente a esto, cabe observar que, si bien es cierto que algunas invenciones se han creado o se crearían aun sin las patentes -básicamente, aquellas que no requieren de una inversión importante en investigación y desarrollo-, existe toda otra categoría de invenciones que sólo existirá en presencia de un régimen de patentes que proteja a sus creadores¹⁴³.

Una segunda objeción que puede plantearse es que este planteo ignora una variable clave en el proceso de innovación tecnológica: el tiempo. La pregunta no es si existirían invenciones en ausencia de un régimen de patentes. Es obvio que sí, y una mínima ojeada histórica así lo revela. En todo caso, lo correcto es preguntarse qué grado de desarrollo tecnológico existiría en la actualidad si no se hubiese implementado, en los últimos siglos, el régimen de patentes. O si se lo hubiese implementado desde mucho antes. Lamentablemente, parece que no es posible responder con la precisión que sería deseable ninguno de estos interrogantes, lo que conduce a un segundo argumento contrario a la eficacia del sistema de patentes, que será tratado a continuación, en el apartado b).

Desde otra perspectiva, cabe acotar que este argumento resulta un tanto anacrónico. Conforme a él, pareciera que el desarrollo tecnológico depende, básicamente, de la creatividad de un individuo. Sin embargo, como se ha señalado con respecto al sistema de patentes, *“una de las transformaciones fundamentales de aquel sistema estuvo asociada a la pérdida de importancia relativa del creador individual, como resultado de la emergencia de las empresas como agentes principales del cambio tecnológico. A medida que la innovación se constituyó en un objetivo específico de las empresas industriales, y que el costo y complejidad de la investigación y desarrollo (IyD) requirió mayores recursos y el trabajo en equipo, las empresas pasaron a ser las principales usuarias y beneficiarias potenciales del aquel sistema”*¹⁴⁴. En la actualidad, pues, el proceso de innovación tecnológica depende básicamente de la inversión, y no sólo de la creatividad individual. Y, por cierto, no cabe esperar que los inversores aporten recursos si no estiman probable obtener un retorno satisfactorio por su inversión.

b) No existen pruebas fehacientes de que el sistema de patentes logre el efecto-incentivo que sus defensores le adjudican¹⁴⁵. Con esta crítica se toca, probablemente, el punto más sensible del repertorio argumental construido en apoyo del sistema de patentes. Aunque algunos autores insistan en declamar los pretendidos beneficios derivados del régimen¹⁴⁶, aun entre los defensores del sistema hay quienes reconocen como cierto que faltan estadísticas que demuestren su capacidad estimuladora del desarrollo tecnológico¹⁴⁷.

Es difícil, aun con las herramientas disponibles en la actualidad, demostrar empíricamente los efectos concretos del sistema de patentes, ya que son demasiados los

factores perturbadores o fuentes de interferencia. Mucho más difícil aún es hacerlo con respecto a otros períodos históricos. Pero esto no significa que tales efectos no existan. En todo caso, es un argumento bifronte. Y, como señala Cabanellas, “... *el hecho de que no puedan obtenerse pruebas econométricas sobre los efectos de la legislación aquí analizada no implica que tales efectos no existan... La imposibilidad de realizar experimentos obliga a las ciencias sociales a utilizar métodos deductivos... que no existe razón [para] abandonar en materia de los efectos de la legislación de patentes*”¹⁴⁸. Y parece razonable -aunque no sea comprobable empíricamente- afirmar que no es probable que una empresa invierta recursos en investigación y desarrollo, si luego no estará en condiciones de apropiarse, en una medida importante, de los beneficios económicos derivados de su inversión. Por otro lado, si se pretendiera sujetar a este tipo de precauciones científicas toda medida legislativa que quiera adoptarse, no sería posible dictar ni una sola ley.

Con todo, también pueden aportarse argumentos “deductivos” en contra de la implementación de un sistema de patentes. Entre otros: el que será referido en el punto d), por el que se subraya que determinados sectores tecnológicos se desarrollaron sin el apoyo de un régimen de patentes; o que el “premio” por ser primero en lanzar un nuevo producto al mercado es incentivo suficiente para invertir en la innovación tecnológica, por la posibilidad de obtener rentas monopólicas que ello implica.

c) La historia revela casos recientes de países que se desarrollaron tecnológicamente aun sin contar con un régimen de propiedad industrial. Tal ha sido, por ejemplo, el caso de Holanda, que derogó su ley de patentes en 1869, para restablecer el régimen recién en 1910.

Sin embargo, conviene señalar que, aun en este tipo de casos, es muy difícil medir el impacto del sistema de patentes, ya que influyen otros factores en el desarrollo tecnológico de un país, además del reconocimiento legal de un régimen de propiedad intelectual, entre los cuales uno de los más destacados es, sin duda, que los sistemas de patentes extranjeros continúan funcionando, incentivando de ese modo la inversión mundial en investigación y desarrollo. Con lo cual el argumento analizado se ve fuertemente desvalorizado, *si con él se pretende refutar el impacto general del sistema de patentes*. Cuestión distinta es que se pretenda, sobre la base de esa experiencia histórica, abogar por la derogación del sistema nacional de patentes, especulando que será posible, de todos modos, aprovechar la tecnología desarrollada por el incentivo que las patentes extranjeras, en su conjunto, implican. En este caso, lejos de negarse el valor de las patentes como incentivo de la tecnología, se lo estaría admitiendo, y tan sólo se estaría argumentando en favor de la conveniencia de aprovechar de los beneficios del sistema sin tener que soportar sus costos¹⁴⁹.

d) Existen sectores tecnológicos que se desarrollaron sin haber contado con el amparo del régimen de patentes, u otro análogo. Tal es, por citar algunos ejemplos, el caso del sector biotecnológico y el de los semiconductores¹⁵⁰. Ciertamente, el fenómeno ha ocurrido¹⁵¹, pero esto no significa que los casos en cuestión sean necesariamente generalizables. Con todo, estos casos valen para afirmar que, en determinados supuestos, la propiedad industrial no es condición indispensable, o no es la única alternativa para lograr cierto

grado de desarrollo en determinados sectores de la tecnología. En suma, para pretender a partir de estos casos denegar toda eficacia al sistema de patentes habría que demostrar que son generalizables. De lo contrario, tan sólo valen como argumentos sectoriales, históricamente circunscriptos. Por otro lado, y aun en estos casos, sigue resultando imposible conocer con certeza cuál habría sido el grado de desarrollo tecnológico alcanzado en dichos sectores, si se hubiese contado con el respaldo del sistema de patentes.

e) El régimen de patentes es demasiado lento con relación a la tasa de innovación tecnológica actual: dada la velocidad del cambio tecnológico, la protección vía propiedad intelectual aparece tardíamente. En consecuencia, cuando se la necesita, no está; y cuando está, ya no se la necesita. Si bien esta crítica no puede ser generalizada, resulta válida para muchos sectores tecnológicos.

Lamentablemente, en la actualidad no parece alcanzable una conclusión suficientemente sólida sobre la real capacidad incentivadora del régimen de propiedad industrial. Como señalara Correa: *“Mucho se ha discutido respecto del valor real de las patentes como estímulo a la investigación. No existe, por cierto, evidencia concluyente respecto de una relación positiva protección-innovación”*¹⁵².

Sin embargo, esto no impide agregar algunas reflexiones que, por lo menos, puedan acotar el problema. Existe una evidente conexión entre el impacto del sistema de patentes y la posibilidad de preservar en secreto la tecnología que se quiere explotar. Al respecto, se ha señalado que *“la poca evidencia empírica disponible parece indicar que cuanto mayor es la probabilidad de mantener con éxito un cierto secreto técnico, menor resulta la propensión de los agentes económicos al patentamiento. Siendo ello así parece razonable inferir que sólo llegan al estadio de patentes de invención procesos y/o productos que **de todas formas** hubiera sido difícil mantener en secreto por un período razonable de tiempo. Se sigue, entonces, que la concesión de una patente sólo sirve para crear una situación monopólica, y la consiguiente restricción a la difusión de información, a cambio de lograr dar estado público a un conjunto de conocimientos que de una forma u otra hubieran alcanzado dicho estado público sin necesidad de compensación”*¹⁵³. Con todo, parece conveniente hacer un análisis más complejo, distinguiendo tres tipos de tecnologías:

I. Tecnología que puede conservarse en secreto por un lapso superior al de la duración de la patente.

II. Tecnología que no puede conservarse en secreto.

III. Tecnología que puede conservarse en secreto, pero por un tiempo inferior al de la duración de la patente.

Los beneficios y los costos del sistema actúan de manera distinta según el tipo de tecnología de que se trate. Con respecto a la tecnología referida en I -es decir, aquella que puede conservarse en secreto por un tiempo mayor al de la duración de la patente-, parece claro que el sistema de patentes resulta, en principio, irrelevante a los efectos de incentivar su desarrollo. Un mínimo análisis de la situación le indica al titular de la tecnología que no le conviene patentarla, ya que su conservación por la vía del secreto

industrial le resultará más provechosa, permitiéndole aprovechar con exclusividad su invención durante un período de tiempo más prolongado que el que resultaría de la patente¹⁵⁴.

Con respecto a la tecnología II -aquella que no puede conservarse en secreto-, se plantea la situación inversa¹⁵⁵. Parece claro que, en ausencia de un régimen de patentes, nadie se sentirá interesado en invertir recursos en el desarrollo de tecnología de cuyos beneficios no podrá apropiarse en una medida razonable. En este caso, pues, parece que el sistema de patentes influye positivamente en el sentido de incentivar el desarrollo tecnológico. Por cierto, cuestión distinta es que este beneficio compense los costos derivados del monopolio temporal¹⁵⁶.

Más problemático parece el análisis de la tecnología III, es decir, aquella que puede conservarse en secreto, pero por un tiempo inferior al de la duración de la patente. Parece bastante claro que el titular de la tecnología optará por patentarla, logrando así un período de exclusividad más prolongado que el que le permitiría el mantenimiento en secreto de su invención. Cabe preguntarse qué rol juega el sistema de patentes en este caso. Al respecto, es conveniente hacer una discriminación entre dos supuestos:

- Supuesto 1: el período durante el cual la tecnología puede ser conservada en secreto es suficiente para incentivar la inversión requerida para su desarrollo.

- Supuesto 2: el período durante el cual la tecnología puede ser conservada en secreto es insuficiente para justificar y estimular la inversión requerida para su desarrollo.

En el caso descrito en el supuesto 2, cabe remitirse a la reflexión efectuada al analizar la tecnología II -esto es, la tecnología que no puede preservarse secreta-. Pareciera, en síntesis, que sin la intervención del sistema de patentes, esta clase de tecnología no sería desarrollada. Se mantiene, también, la incertidumbre acerca de los costos del monopolio. Aunque, en este caso, y recordando siempre que se trata de un escenario hipotético (pues, según se analizó, esta tecnología nunca se hubiera desarrollado sin las patentes), el costo del monopolio es menor que en II, ya que debe deducirse el derivado del período de tiempo durante el cual la tecnología hubiera podido ser explotada monopólicamente, en razón de su mantenimiento como secreto industrial.

Con relación a la tecnología descrita en el supuesto 1, que es aquella que puede ser conservada en secreto durante un tiempo suficiente para incentivar la inversión requerida para su desarrollo, se trata del caso en el que resulta menos defendible el sistema de patentes. En efecto, el titular de la tecnología puede conservarla en secreto durante un cierto tiempo, que no llega a abarcar todo el plazo de duración de la patente; sin embargo, ese plazo le resulta suficiente para justificar la inversión requerida para su desarrollo. Por lo tanto, se trata de tecnología que hubiera sido desarrollada con independencia de la existencia de un régimen de patentes. Analizando su situación, es probable que el titular de la tecnología opte por patentarla, ya que de esa forma logrará extender su monopolio durante un período más prolongado. En este caso, resulta claro que el sistema de patentes sólo arroja costos, sin presentar casi beneficio alguno¹⁵⁷. En consecuencia, todos los costos que se derivan de la explotación monopólica adicional -es decir, aquella que media entre el día hasta el cual la tecnología hubiera podido

conservarse en secreto y aquel en que vence la patente- deben imputarse al sistema de patentes. Queda, como siempre, la incertidumbre acerca de la cuantía de esos costos. Pero, en este caso, hay certeza acerca de los beneficios derivados del sistema: son nulos. Luego: con respecto a este tipo de tecnologías, no cabe duda que el sistema de patentes influye negativamente, ya que sólo arroja costos, siendo sus beneficios inexistentes.

En suma, se advierte que el sistema de patentes merece distintas evaluaciones, según el tipo de tecnología respecto del cual se analice. En todos los casos, su costo resulta difícil de precisar¹⁵⁸. Con relación a sus beneficios, en ciertos casos resulta altamente probable que cumpla una función estimuladora del progreso tecnológico, en otros resulta irrelevante. Esta es una consecuencia de la amplitud objetiva del derecho de patentes, que resulta aplicable -en principio- a todo tipo de invenciones.

Enfrentado a este dilema, el mismo régimen de patentes procura evitar su aplicación perjudicial, delimitando con la mayor precisión posible cuándo una invención es patentable, a través de los llamados requisitos objetivos (o requisitos de patentabilidad): novedad, altura inventiva y aplicación industrial. La idea subyacente es que la tecnología que no cumple con los requisitos objetivos sería desarrollada de todos modos, con independencia del otorgamiento de una patente. Por lo tanto, en estos casos no sería sensato conceder patentes: se estarían pagando los costos sociales del monopolio, sin obtener a cambio beneficio alguno. Por el contrario, la tecnología que cumple con los requisitos objetivos, supuestamente, no sería desarrollada sin el incentivo de una patente. Luego, el derecho de patentes debería intervenir, protegiéndola: en este caso, los costos del sistema se verían compensados por sus beneficios.

Sin embargo, resulta imposible discriminar, con reglas tan generales, todas las situaciones que pueden llegar a plantearse. En más de una oportunidad, se verifica que una tecnología que es patentable se hubiera desarrollado igualmente sin el incentivo de la patente¹⁵⁹. Y, en otros, se advierte que tecnología que no es patentable no será desarrollada espontáneamente por el mercado, a pesar de que esto sería socialmente deseable¹⁶⁰. Esto es lo que sucede, en líneas generales, con la tecnología de mejoramiento vegetal.

Frente a este tipo de situaciones, se pueden adoptar dos actitudes: a) no alterar el régimen de propiedad industrial (es decir, mantener dicha tecnología sin protección jurídica), con el consiguiente desincentivo tecnológico que esto implica; o b) modificar el régimen de propiedad intelectual, para así lograr la pretendida promoción. Si se adopta la segunda opción, el camino más obvio sería “bajar” los requisitos de patentamiento, de modo de permitir el acceso a la protección a aquella tecnología que no está en condiciones de alcanzar los estándares mínimos que el sistema tradicionalmente requiere¹⁶¹. Sin embargo, esto traería un efecto colateral indeseable: para permitir el ingreso de la tecnología que se desea proteger se debería tolerar, asimismo, el patentamiento de otras invenciones que no precisan del incentivo de las patentes para ser desarrolladas. Probablemente, el costo de esta opción supere sus beneficios. Otra opción, en la línea de b), sería crear un derecho intelectual *ad hoc*, como sucede en el caso el derecho de obtentor. De este modo, se consigue el efecto buscado -incentivar un sector tecnológico

puntual, v.gr., la actividad fitomejoradora- sin incurrir en costos indeseables -la concesión de patentes a tecnologías que no la precisan para su desarrollo-.

3.1.5.3. *El principio de territorialidad: su influencia*

Tal como se ha desarrollado hasta aquí, el análisis supone la existencia de un solo mercado, en el cual regiría un solo sistema de patentes. Este supuesto ha sido utilizado a los efectos de mostrar, del modo más simple, el impacto que el régimen de patentes produce. Cumplida esa finalidad, es necesario introducir nuevos elementos al modelo. La realidad legislativa mundial indica que no existe una patente de validez internacional, ya que rige en la materia el principio de territorialidad, en virtud del cual la patente que emite un Estado sólo tiene validez en su territorio. Esto implica que todo aquel que desee gozar del derecho de exclusiva en la totalidad del mercado mundial (o, si se prefiere, en la totalidad de los mercados mundiales) debe solicitar la concesión de una patente en cada uno de los países del mundo.

Como se ha señalado, la carencia de una patente de validez mundial lleva a que “... unos países pueden aprovechar los beneficios del sistema de patentes implantados por los demás, sin cargar con los costos resultantes de él”¹⁶². Esto es posible porque la tecnología suele ser un bien público¹⁶³. Según se ha visto, cada Estado puede eliminar o, por lo menos, reducir temporariamente su carácter público, mediante un sistema que permita su apropiación individual (v.gr., patentes, derecho de obtentor, derecho de autor, etc.). Pero la eficacia de estas medidas, en virtud del principio de territorialidad, se reduce notablemente. Así las cosas, y sobre la base de un cálculo cortoplacista, a cada Estado podría parecerle conveniente suprimir su régimen de apropiación de la tecnología. De este modo, dejaría de pagar el costo del monopolio: en su territorio, dicha tecnología podrá ser libremente explotada. Y lo mejor es que seguiría gozando de los beneficios, ya que los regímenes de patentes del resto de los países del mundo, aún vigentes, servirían de suficiente incentivo para el desarrollo tecnológico, del cual podría continuar beneficiándose “gratuitamente”¹⁶⁴. La tentación, en suma, es transformarse en un *free rider* (a escala nacional).

El problema es que este beneficio no es sostenible a largo plazo, ya que los demás países advertirían que están financiando, con su esfuerzo -soportando el monopolio-, que otros se benefician a sus anchas -aprovechando la tecnología cuya creación esos monopolios ajenos han incentivado-. Y, al advertirlo, comprenderían que también a ellos les conviene ser *free riders*, dejando que otros paguen el costo. Se llegaría así a un punto en el que los regímenes restantes no tendrían entidad suficiente como para cumplir eficazmente su función incentivadora. Esto ocurrirá cuando la utilidad que puede obtenerse en los países que sí conceden la patente ya no fuese suficiente para justificar la inversión requerida para desarrollar una nueva tecnología¹⁶⁵. En suma, “... la coexistencia de regímenes nacionales de patentes crea un fuerte incentivo para la erosión gradual de los derechos de los patentados, hasta llegar a la desaparición total o parcial de tales derechos”¹⁶⁶.

Dado que aún no existe una patente de validez internacional, se busca paliar los efectos perjudiciales del principio de territorialidad mediante la celebración de tratados internacionales que garanticen una protección mínima en materia de propiedad intelectual, lo que explica la proliferación y la importancia de los tratados en esta materia.

Por cierto, el presupuesto del análisis anterior es que la tecnología que se desarrolla en un país puede resultar útil en cualquier otro. Si bien, esto es, en líneas generales, lo usual, el principio admite excepciones. En ciertos casos, se hace necesario que la tecnología sea desarrollada *in situ*, porque las necesidades tecnológicas de un país no pueden ser cubiertas con la tecnología desarrollada en el extranjero. En buena medida, este es, lo que sucede con la actividad fitomejoradora. En este caso, las posibilidades de que el país se transforme en un *free rider* se reducen, y renace con toda su fortaleza el argumento de que el régimen de propiedad industrial resulta fundamental para fomentar el desarrollo tecnológico.

3.1.6. Incentivo para la divulgación de conocimientos tecnológicos

En el apartado anterior se ha analizado el efecto inmediato que el régimen de propiedad industrial produce (o pretende producir) respecto del desarrollo tecnológico, esto es, que a través de las patentes se pretende incentivar la creación de nueva tecnología. Se ha observado que, además, las patentes cumplen también un efecto mediato de incentivación, ya que la tecnología desarrollada al calor del régimen de propiedad industrial se hace pública, sirviendo de base para futuros desarrollos tecnológicos¹⁶⁷. La idea central de este argumento es que mediante el sistema de patentes se logra la divulgación de conocimientos técnicos que, de lo contrario, quedarían secretos. Ciertamente, estos conocimientos -ya divulgados- no serán explotables, mientras conserve su vigencia la patente. Recién con su extinción, la invención pasará al llamado “dominio público”. Sin embargo, que la tecnología esté patentada no impide que pueda ser parcialmente aprovechada, aun antes de la extinción de la patente, ya que es posible el aprovechamiento “puramente intelectual”¹⁶⁸ de la invención. Estrictamente, la vigencia de una patente sólo impide el aprovechamiento material de la obra o creación protegida, es decir, la materialización de la creación¹⁶⁹.

Por lo tanto, bien puede decirse que la tecnología es libremente accesible desde el momento mismo de su revelación, en lo que refiere a su aprovechamiento intelectual. Revelación que se anticipa al exigir los sistemas de patentes y de derechos análogos el develamiento de la tecnología antes de conceder el derecho intelectual, bien sea mediante su descripción, o a través del depósito de un ejemplar que materializa la creación.

La alternativa a la divulgación es el mantenimiento en secreto de la invención. En efecto, es difícil que el inventor esté dispuesto a divulgar gratuitamente su tecnología. La patente incentiva esa divulgación, al otorgar un premio potencial a su titular: las ganancias que se deriven de la explotación de la invención al amparo del monopolio legal.

El presupuesto de este argumento es que es deseable que los conocimientos técnicos se divulguen, teniendo en cuenta los efectos nocivos que el mantenimiento del secreto conlleva: 1) conduce a una duplicación de los esfuerzos en investigación y desarrollo, con perjuicio para: a) el perdedor en la carrera por patentar, y b) la sociedad en su conjunto, que ve cómo se despilfarran sus recursos escasos; 2) el conocimiento que no es hecho público no servirá como base para el desarrollo de futuras invenciones ¹⁷⁰; y 3) el conocimiento no patentado es más difícil de licenciar ¹⁷¹.

Se ha criticado este argumento, observando que la pretendida anticipación de la revelación no es, en realidad, un resultado que deba atribuirse al sistema de patentes. A ese efecto, se señala que deben distinguirse dos clases de tecnologías patentables: a) la que puede mantenerse en secreto durante un plazo superior a la duración de la patente; y b) la que no puede preservarse en esa condición durante el plazo señalado ¹⁷². Al respecto, se ha señalado críticamente que la tecnología referida en a) no será, posiblemente, patentada, ya que al titular le conviene, naturalmente, preservarla en secreto, gozando de ese modo de la posibilidad de explotarla en forma exclusiva por un lapso de tiempo superior al que contaría de solicitar la patente, amparado por el régimen de los secretos industriales. En este caso no habrá, por lo tanto, divulgación de la tecnología.

En lo que respecta a la tecnología que no puede mantenerse secreta por un plazo superior al de la duración de la patente, todo indica que el titular preferirá patentarla. Señalan los críticos que tampoco en este caso debe atribuirse al sistema de patentes la divulgación de la invención, ya que, dado que esta tecnología no podía mantenerse en secreto, igualmente se hubiese divulgado con su explotación. En consecuencia, en este caso, la tecnología no se divulga gracias al sistema de patentes, sino porque no es posible explotarla y, al mismo tiempo, conservarla bajo secreto. Peor aún: en este caso, el sistema de patentes provoca que se postergue el momento a partir del cual se puede explotar materialmente la tecnología que ya se ha divulgado. En suma, pareciera que en ninguno de los dos casos el sistema de patentes es el que provoca la divulgación de la tecnología.

No parece, sin embargo, que esta crítica pueda ser aceptada por completo. Con respecto a la tecnología que puede preservarse en secreto por un plazo superior a la duración de las patentes, la postura crítica es compartible: probablemente, esta tecnología no será patentada ni, por lo tanto, divulgada. O no lo será, por lo menos, a raíz de la intervención del sistema de patentes. En todo caso, el sistema de patentes cumplirá, al respecto, un rol neutral.

Menos aceptables parecen las críticas referidas al analizar la tecnología referida en b) -es decir, aquella que no puede preservarse secreta durante el plazo referido-. En apariencia, es correcto afirmar que la tecnología se hubiera divulgado igualmente aún en ausencia de un régimen de patentes dado que, por definición, se trata de tecnología no preservable bajo secreto. Sin embargo, cabe preguntarse si esta tecnología hubiese *existido* en ausencia de una protección patentaria u otra similar. Se advierte, pues, la íntima vinculación que existe entre la incentivación inmediata (analizada en el punto anterior) y la mediata (analizada en este punto). La postura crítica de este argumento presupone que la tecnología en cuestión existiría. Se ha visto, en el punto anterior, que la

cuestión no es tan clara. Sin perjuicio de remitir al lector *supra*, N° 3.15, parece conveniente recordar que la tecnología analizada en b) justifica una ulterior división, en orden a evaluar los potenciales efectos incentivadores del sistema de patentes sobre la misma. Ya que, aun cuando se trata de invenciones no preservables en secreto por el plazo de duración de la patente, no es una cuestión menor preguntarse si ese plazo rescatable de confidencialidad -inferior a los 20 años- sería o no suficiente para recuperar la inversión en el desarrollo de la tecnología en cuestión. Así, cabe trazar una subdivisión, con relación a la tecnología señalada en b):

b.1) El período durante el cual la tecnología puede ser conservada en secreto es suficiente para justificar la inversión requerida para su desarrollo.

b.2) El período durante el cual la tecnología puede ser conservada en secreto es insuficiente para justificar la inversión requerida para su desarrollo.

Por los motivos referidos *supra*, N° 3.1.2, todo indica que la tecnología referida en b.2 no sería desarrollada sin la intervención del sistema de patentes. Lógicamente, tampoco podría ser divulgada. Por lo tanto, no resulta descabellado, en este caso, atribuirle al sistema de patentes el mérito de la divulgación de una tecnología que, si el mismo no interviniera, no existiría.

Con relación a la tecnología referida en b.1), se ha destacado oportunamente que se trata de la categoría en la que resulta menos defendible el sistema de patentes, ya que aún cuando éste no existiera, la tecnología en cuestión habría sido igualmente desarrollada. En este caso, resulta claro que el sistema de patentes sólo arroja costos, sin presentar -aparentemente- beneficio alguno. En consecuencia, todo los costos que se derivan de la explotación monopólica adicional -es decir, aquella que media entre el día hasta el cual la tecnología hubiera podido conservarse en secreto y aquel en que vence la patente- deben imputarse al sistema de patentes. Queda, como siempre, la incertidumbre acerca de la cuantía de esos costos. Por lo tanto, cabe afirmar que, con respecto a este tipo de tecnologías, el sistema de patentes influye negativamente, ya que genera costos sin compensarlos con beneficio alguno. Sin embargo, la afirmación anterior debe rectificarse, si se introduce en el análisis el beneficio prospectivo (efecto incentivo mediato). Al solicitarse la patente, la tecnología se divulga desde su publicación. Si no existiese el régimen de patentes, esta tecnología sólo se haría pública en el momento en el cual al titular ya no le resulta posible, de facto, conservarla en secreto. De este modo, se retrasaría el momento en el cual se difunde la nueva tecnología, retrasándose asimismo la aparición de las nuevas tecnologías basadas en aquella. En suma: en este caso, el sistema de patentes no cumple el efecto incentivo inmediato, aunque sí adelanta en el tiempo la divulgación de la invención (efecto incentivo mediato).

En resumen, no puede darse una respuesta unívoca al presunto efecto prospectivo del sistema de patentes. Queda claro que, con respecto a las invenciones encuadrables en el supuesto a) -las que pueden preservarse en secreto por más de 20 años- el sistema de patentes no influye en absoluto en su revelación, ya que no serán patentadas. En lo que respecta a las invenciones encuadrables en b.2) -es decir, las que no pueden preservarse en secreto por más de 20 años, y resultando su potencial período de preservación bajo

secreto insuficiente para justificar la inversión en su desarrollo-, ya se ha señalado que sin el sistema de patentes las mismas no existirían y, por lo tanto, no podrían ser reveladas. Finalmente, en lo que respecta a la tecnología b.1) -esto es, la que no puede preservarse en secreto por más de 20 años, pero en las que su potencial período de preservación bajo secreto resulta suficiente para justificar la inversión en su desarrollo-, no puede atribuirse al sistema de patentes su desarrollo -efecto incentivo inmediato-, aunque sí puede adjudicársele su revelación anticipada -efecto incentivo mediato-, por el tiempo que media entre la publicación de la solicitud y el tiempo -siempre inferior a 20 años- en el cual la tecnología hubiese dejado de ser secreta.

Ciertamente, el efecto-difusión también se ve afectado por el principio de territorialidad. Dado que Argentina funciona a la zaga del progreso tecnológico internacional, el efecto-difusión no se produce por el patentamiento de la invención en Argentina, ya que se supone que la invención ya ha sido patentada y, por ende, difundida en el extranjero¹⁷³. Al respecto, ver *infra*, N° 4.2.4.

Sin negar el efecto-difusión que el sistema de patentes produce, también es cierto que, por otro lado, propicia la preservación bajo secreto de los resultados investigativos y el retardo de su publicación, comportamientos empresariales indispensables si se quiere resguardar la novedad de la invención, pero que implican un retaceo en la información disponible para la comunidad científica y, por ende, un retardo en la tasa social de innovación¹⁷⁴.

3.1.7. Incentivo para comercializar

En el análisis anterior, se ha considerado exclusivamente el incentivo que la patente implicaría respecto de la creación o desarrollo de la tecnología. Sin duda, los costos de investigación y desarrollo suponen una parte relevante del costo total que implica el lanzamiento de un producto al mercado. Sin embargo, no deben menospreciarse los costos involucrados en la producción en gran escala de un nuevo producto, su adaptación a las preferencias del consumidor, su publicidad y su promoción. Se ha observado que difícilmente una empresa esté dispuesta a asumir estos costos si sabe que, una vez instalado el producto, los competidores se lanzarán a disputarle el mercado, con la tranquilidad que supone saber que el producto ha sido aceptado por sus consumidores¹⁷⁵.

Así planteado, este argumento puede ser rebatido desde diversos ángulos. En primer lugar, cabe insistir en que el primer empresario que lanza un producto al mercado corre con ventaja, ya que obtiene temporariamente rentas monopólicas, siendo esto, por lo general, un incentivo suficiente. Además, se deriva para él otra ventaja, ya que logra posicionar la marca, particularmente si el producto ha obtenido éxito comercial.

Sin embargo, y debidamente morigerado con las reflexiones anteriores, el argumento puede conservar algo de valor: la concesión de una patente sobre un determinado producto incentiva su introducción en el mercado, ya que la empresa que asume esta tarea tiene la tranquilidad de saber que -derecho intelectual mediante- no ha de verse expuesta a una posterior competencia¹⁷⁶. Pareciera que, por sí solo, este argumento no

convence, ya que difícilmente se compensen los costos del sistema con el incentivo adicional que la patente supone respecto a los mecanismos del mercado. De ser autónomamente válido, debería concederse una patente para todo producto que se quiera comercializar, lo que tanto la experiencia como el sentido común desaconsejan. En todo caso, vale como un argumento complementario respecto del referido *supra*, N° 3.1.5, permitiendo una mirada más abarcativa, que contemple que, entre los costos que desincentivan la introducción en el mercado de un nuevo producto, no han de contabilizarse exclusivamente los relativos a la investigación y el desarrollo, sino también aquellos involucrados en la producción a gran escala y la comercialización del producto en cuestión, si existe incertidumbre acerca de las inclinaciones futuras de los clientes.

3.1.8. Incentivo para “inventar alrededor”

Se ha señalado que el sistema de patentes, al delinear con relativa precisión el ámbito de lo reservado para la explotación exclusiva del titular del derecho intelectual, permite a los terceros “inventar alrededor”¹⁷⁷, con la tranquilidad que supone saber que no están infringiendo una patente¹⁷⁸. De lo contrario, se argumenta, estos terceros no estarían dispuestos a invertir recursos en esta actividad periférica de investigación y desarrollo, cuya importancia para el progreso tecnológico no debe ser menospreciada.

Este argumento no es sostenible, ya que si no existiera el sistema de patentes, la “invención alrededor” jamás podría ser considerada una infracción, por más que suponga ingresar dentro de los “límites” de la tecnología desarrollada por un tercero. Puede coincidir en que, existiendo el sistema de patentes, uno de los beneficios *de la divulgación* de la tecnología protegida es que los terceros pueden tener claro cuándo infringen y cuándo no el régimen de propiedad intelectual, y así investigar tranquilos. Pero si el producto no se patenta, el tercero no sólo puede “inventar alrededor”, sino “reinventar”, sin que esto constituya una infracción. Frente a esto, puede argumentarse que el beneficio es que se evita la duplicación de esfuerzos. Así entendido, el argumento ya ha sido tratado *supra*, N° 3.1.6.

3.1.9. Creación de un sistema de información sobre el estado de la técnica

El sistema de patentes cumple una función informativa respecto de la tecnología existente, conformando una suerte de banco de datos sobre el estado de la técnica¹⁷⁹. Este sistema de información presenta una serie de ventajas, entre las que pueden destacarse las siguientes: a) la información contenida es reciente, actualizada; b) la información contenida no suele estar a disposición del público por otros medios; c) la información suele estar presentada en un formato uniforme; y d) el sistema cubre los más diversos ámbitos de la tecnología¹⁸⁰.

Este argumento está fuertemente emparentado con el referido con respecto al efecto-difusión. Sin embargo, no deben ser confundidos. Mediante el argumento analizado *supra*, N° 3.1.6, se destaca que el sistema de patentes incentiva la divulgación de la

tecnología que una persona o empresa ha desarrollado. Mediante el argumento ahora analizado, se destaca que el sistema de patentes, además, implementa un sistema de información sobre el estado de la técnica. Es decir, sobre la tecnología que ya se ha divulgado o hecho pública.

Parece que este beneficio derivado del sistema no puede compensar -por sí sólo- sus costos, ya que existen otras alternativas que igualmente permiten lograr esta difusión del estado de la técnica no siendo, por lo tanto, necesario conceder un potencial monopolio a ese efecto ¹⁸¹. A esto cabe agregar que, en el caso de la actividad fitomejoradora, este sistema de información existe en forma independiente del régimen del derecho de obtentor, por lo menos en lo que se refiere a las variedades comerciales. En efecto, la ley 20.247 ha creado el Registro Nacional de Cultivares, en el que debe inscribirse toda variedad que se pretenda comercializar. Al respecto, ver *supra*, N° 1.5.2.5.

3.1.10. Fomento de la circulación de tecnología

La circulación de tecnología patentada se ve posibilitada o favorecida por la seguridad que el derecho intelectual concedido otorga a los contratos de licencia. En efecto, un régimen de propiedad intelectual eficiente predispone favorablemente al titular de la tecnología a transferirla a terceros, vía contratos de licencia, al garantizarle la debida protección de su invención o tecnología ¹⁸². A esto deben agregarse los beneficios que para los potenciales contratantes -licenciante y licenciataria- implica que el derecho intelectual que sirve de base a ese contrato se encuentre debidamente respaldado -en cuanto a su existencia y validez- por el título emitido por la oficina estatal competente. La Decisión 345 de la Comunidad Andina, que regula el derecho de obtentor comunitario, alude explícitamente a este presunto beneficio: “La presente decisión tiene por objeto:... c) Fomentar las actividades de transferencia de tecnología al interior de la subregión y fuera de ella” ¹⁸³.

Con todo, no conviene sobredimensionar los beneficios que el régimen de la propiedad intelectual pueda tener en relación con la circulación de tecnología. En primer lugar, no basta con proteger la tecnología patentada, ya que la mayoría de los contratos de licencia de patente incluyen, asimismo, el licenciamiento de conocimientos técnicos no patentados. Si estos últimos no cuentan con una adecuada cobertura, se dificulta su eventual transferencia, por muy prolijo y eficiente que resulte el régimen de patentes. En consecuencia, la transferencia de tecnología requiere no sólo de la protección de las patentes, sino también de una adecuada protección jurídica de los conocimientos técnicos no patentados ¹⁸⁴.

Con respecto a la pretendida garantía de validez de la patente que el otorgamiento del título estatal implicaría, parece conveniente formular algunas acotaciones. Si bien en Argentina existe un régimen de examen previo, tanto para la concesión de una patente como de un derecho de obtentor, el otorgamiento del título de ningún modo garantiza la validez del derecho concedido. Siempre queda el recurso, para todo tercero disconforme,

de solicitar judicialmente la declaración de nulidad¹⁸⁵. En suma, la concesión del título tan sólo implica una presunción *iuris tantum* de validez del derecho, que puede ser desvirtuada mediante una declaración judicial. En consecuencia, conviene no sobreestimar el poder de esta declaración provisional de validez en orden a dotar de seguridad a una eventual contratación relativa a la transferencia de la tecnología protegida.

Analizando la cuestión desde la perspectiva de los intereses locales, es conveniente recordar que el TRIPs, en su art. 27.1 establece que "... las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país". En suma, se prohíbe toda discriminación por importación. Esto se debe a que, aprovechando las economías de escala, las empresas multinacionales fabrican o producen en un determinado lugar, y con dicha producción abastecen todo el mercado mundial. Esto significa que, en la mayoría de los países, el derecho de explotación exclusiva, tan ampliamente concebido, se reduce en su ejercicio a la importación exclusiva del producto protegido. Si bien, para el titular, esta política puede ser la más conveniente desde un punto de vista económico, no debe desconocerse que, al reducirse la actividad local a la mera importación de productos terminados o semiterminados, no existe -prácticamente- transferencia de tecnología ni inversión extranjera directa¹⁸⁶.

En este caso, la transferencia de tecnología -sea que la actividad importadora la realice el mismo titular, sea que lo haga un licenciataria- asume un rol, en el mejor de los casos, modesto.

Sin embargo, existe otra vía mediante la cual el régimen de patentes y el del derecho de obtentor pueden favorecer el licenciamiento de tecnología. Si bien es cierto que también los conocimientos técnicos no patentados pueden licenciarse -y, de hecho, se licencian-, el camino se allana en una gran medida si se trata de tecnología patentada, no tanto porque la patente sea una suerte de garantía estatal -ya se ha señalado que no lo es-, sino porque la revelación del invento o descubrimiento ya ha sido realizada al tramitar el procedimiento de concesión del derecho intelectual. Luego, el titular de la tecnología no teme revelarla, dado que: a) ya lo ha hecho, al tramitar la concesión del derecho; y b) cuenta con un mecanismo de protección civil y penal frente a su uso no autorizado. Visto desde la perspectiva opuesta: el titular de los conocimientos técnicos no patentados se enfrenta con un dilema, ya que, si no le comunica su invención al potencial contratante, es probable que este último no esté dispuesto a celebrar un acuerdo. Si, por el contrario, le revela en qué consiste la tecnología, la habrá divulgado gratuitamente, con todo el riesgo que esto implica¹⁸⁷. Es por esto que se afirma que, al fomentar la divulgación de la información, y al proteger la información así divulgada, el sistema de patentes facilita la celebración de los contratos de licencia¹⁸⁸.

3.1.11. Protección de las pequeñas y medianas empresas

En buena medida, este argumento es una variante, o una aplicación específica de la teoría del efecto-incentivo del desarrollo tecnológico, pero merece ser tratado separadamente, ya que destaca el potencial impacto benéfico que el régimen de patentes provoca respecto de las pequeñas y medianas empresas que se dedican a la actividad fitomejoradora. Figuradamente, puede afirmarse que existe una “cadena de valor” en la agricultura actual, cuyos eslabones son las distintas etapas de agregado de valor, que existen desde el inicio del proceso de producción hasta que el bien en cuestión llega al consumidor final.

La cuestión es la siguiente: excepto que las firmas involucradas en la etapa de investigación y desarrollo del producto confíen en que podrán apropiarse de una porción relevante de los beneficios que se derivan de sus invenciones en las etapas subsiguientes de la cadena de valor, es difícil que estén dispuestas a invertir. Justamente, los derechos intelectuales son una forma de lograr esa apropiación, ya que la existencia de una patente o un derecho de obtentor le permiten a la empresa obtener precios superiores a los de competencia perfecta, o regalías provenientes de las licencias. En suma, mediante el régimen de los derechos intelectuales, la firma inventora evita que terceros que no costearon la actividad de investigación y desarrollo puedan apropiarse, en las etapas siguientes de la cadena de valor, de los frutos que su actividad ha generado¹⁸⁹.

Entre otros motivos, la ola de fusiones y alianzas que se han producido en la industria biotecnológica en los últimos años puede explicarse, en gran medida, como un intento de crear una integración vertical, que permita a las empresas intervinientes apropiarse de una buena parte de los beneficios que su innovación genera en varios estadios de la cadena de valor (v.gr., investigación y desarrollo y comercialización)¹⁹⁰. Esta estrategia no suele estar al alcance de una empresa pequeña o mediana, o no, por lo menos, en condiciones convenientes desde el punto de vista económico. En consecuencia, pareciera que para una empresa de este tipo que hace investigación y desarrollo, esta pretensión de apropiarse del valor agregado “aguas abajo” es una utopía. Sin embargo, la integración vertical no es el único camino para lograrlo, ya que, patentando su invención, la empresa está en perfectas condiciones de licenciar su tecnología, participando -por la vía de las regalías- de los beneficios que se obtienen en etapas posteriores de la cadena de valor¹⁹¹.

Conforme lo adelantado, este argumento es una profundización del referido *supra*, N° 3.1.5. En particular, tiene la virtud de destacar los beneficios que se derivan del régimen de propiedad intelectual, cuando la firma que desarrolla la tecnología es una empresa pequeña o mediana. Con todo, también se ha señalado que el sistema de patentes favorece la concentración empresarial y la tendencia hacia los mercados monopólicos, en particular en el sector de la biotecnología y el mercado de semillas. Al respecto, ver *infra*, N° 5.2.4.

3.1.12. Protección del comercio internacional

En las últimas décadas del siglo XX comenzó a difundirse la convicción de que la observancia del régimen de propiedad intelectual es una condición necesaria para el libre y aceitado funcionamiento del comercio internacional ¹⁹². Así, el régimen de los derechos intelectuales pasó a ser considerado como un elemento indispensable de la infraestructura que requiere el desarrollo del comercio internacional, por diversos motivos, entre los que pueden destacarse los siguientes:

- Dado que la tecnología puede ser copiada impunemente, en el país que no brinda protección a la propiedad intelectual proliferan los productos copiados, quitándole exportaciones a los productos “originales”.

- Sabiendo que va a ser copiado a la brevedad, el titular del producto original lo comercializa con un sobreprecio, para compensarse por las pérdidas que va a sufrir posteriormente, lo que perjudica tanto al titular del producto como a sus consumidores.

- Potencialmente puede resultar dañada la reputación del titular del producto original, por la mala calidad de las copias.

- Disminuyen los incentivos en investigación y desarrollo, particularmente cuando se trata de productos que requieren del mercado mundial para recuperar la inversión.

Lógicamente, esta convicción condujo a los principales actores del comercio internacional a transformarse en los paladines de la difusión y el fortalecimiento del régimen mundial de los derechos intelectuales. La cuestión fue incorporada a la agenda del GATT, de resultas de lo cual surgió el acuerdo TRIPs. Aludiendo específicamente a esta finalidad del régimen, se señala en el primer párrafo del preámbulo del TRIPs que el tratado ha sido convenido por el deseo de los miembros de “... reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo, y teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de velar porque las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo...”.

La paradoja es llamativa: en el siglo XIX, la defensa del libre comercio fue la plataforma ideológica común de las posturas contrarias al mantenimiento del sistema de patentes ¹⁹³, mientras que en las postrimerías del siglo XX se transformó en el principal argumento aducido para defender su implantación a escala mundial. Sin embargo, se han objetado frente a este argumento las siguientes críticas:

- Las cifras que se invocan son poco fiables, lo que impide medir el impacto real de la falta de protección. En particular, por dos motivos: a) se parte del discutible presupuesto de que existe una perfecta sustituibilidad entre los productos copiados y los originales; y b) generalmente, las fuentes de la información son las mismas empresas que se declaran afectadas ¹⁹⁴.

- El argumento presupone la legitimidad de la protección de la propiedad intelectual, y considera ilegítimo todo ingreso logrado a costa de la desprotección. En consecuencia, presupone la legitimidad del sistema cuya legitimidad pretende fundamentar. Se trata, pues, de un argumento circular. En referencia a los cálculos relativos al daño provocado a las empresas por una deficiente protección de la propiedad intelectual, se ha destacado

que “ellos presuponen la legitimidad universal de determinadas formas y niveles de protección, ignorando la validez de las decisiones nacionales que, atendiendo al carácter de la propiedad intelectual como instrumento de política industrial y tecnológica o a otros intereses públicos, pueden excluir o limitar el alcance de la protección”¹⁹⁵.

Por otro lado, también se ha denunciado que la estandarización internacional del régimen de la propiedad intelectual beneficia exclusivamente a los países centrales. El tema será objeto de consideración *infra*, N° 4.

3.1.13. Presión internacional

Conforme lo analizado *supra*, N° 3.1.5.4, el principio de territorialidad permite que un país aproveche buena parte de los beneficios derivados del sistema sin tener que pagar sus costos. A este efecto, le basta con derogar o debilitar el régimen de propiedad intelectual. Como se ha señalado, “sin requisitos mínimos en materia de patentes, a nivel internacional, existe un fuerte incentivo a que cada país debilite individualmente la protección de las invenciones, intentando aprovechar la actividad de creación tecnológica que no puede ser protegida mediante confidencialidad o secreto, que sea efectuada en otros países”¹⁹⁶. Aunque esto es jurídicamente posible, el derecho comparado muestra un panorama diverso, en el cual el régimen de propiedad intelectual se encuentra generalizadamente reconocido, al punto que casi podría afirmarse que se trata de una institución de derecho de gentes. Por cierto, el proceso a través del cual las legislaciones nacionales fueron adoptando un régimen de protección mínima en materia de propiedad intelectual se vio fuertemente influido por la presión de los países centrales, interesados en el reconocimiento y en la observancia de los derechos intelectuales.

En efecto, el régimen de los derechos intelectuales ha experimentado, durante el último siglo, un proceso de internacionalización, que se ha visto acentuado durante la década pasada. Esta internacionalización ha fructificado, fundamentalmente, en la armonización de los derechos nacionales reguladores de la materia, a instancias de los compromisos asumidos a través de diversos acuerdos internacionales. Otra manifestación de la relevancia internacional que ha asumido la cuestión se evidencia en la creación e importancia que han asumido diversos organismos internacionales que, en forma directa o indirecta, resultan interesados en la materia, entre los que cabe destacar a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Organización Mundial del Comercio (OMC) y, con relación específica al derecho de obtentor, la Unión para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV).

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC-TRIPS), es el tratado internacional de mayor alcance en relación con los derechos intelectuales. Establece una protección mínima de los derechos intelectuales, que puede ser “elevada” por los países miembros¹⁹⁷. Los Miembros se comprometen a implementar, a través de sus regulaciones nacionales, un régimen que cumplimente ese mínimo acordado en el tratado, si bien gozan de libertad para establecer

el método que consideren más adecuado, en el marco de su sistema jurídico¹⁹⁸. El Estado que incumple su compromiso puede verse sometido a un procedimiento multilateral de solución de diferencias, que cuenta con un mecanismo de coacción más eficiente que el de los principales tratados que le precedieron en la regulación de la propiedad intelectual.

Si Argentina no cumple con los estándares mínimos de protección en materia de propiedad intelectual, puede verse expuesta a sanciones y represalias, lo que significa una amenaza de singular importancia, dada su vulnerabilidad actual¹⁹⁹. Ciertamente, esta circunstancia no puede ser ignorada al analizar la conveniencia de adoptar un determinado régimen de propiedad intelectual. Por supuesto, esto no implica que deba asumirse una postura resignada, pero desconocer la existencia de los compromisos asumidos, y de las sanciones y represalias que recaerán sobre el país si no son cumplidos, sería proceder con poco realismo.

Sin embargo, es importante reconocer que existe un margen de libertad para cada país en la implementación de esos estándares mínimos, por lo que Argentina debe aprovechar al máximo esos espacios, adoptando aquellas soluciones que mejor se concilien con la defensa de sus intereses locales. En particular, el campo de opciones es bastante amplio en lo que tiene que ver con la protección de la tecnología de mejoramiento vegetal. En efecto, el art. 27.3 del TRIPs permite excluir la patentabilidad de las plantas, aunque a continuación exige que las obtenciones vegetales sean protegibles mediante patentes, o un sistema eficaz *sui generis* o una combinación de ambos. Argentina ha dado cumplimiento a esta exigencia, a través del establecimiento del régimen del derecho de obtentor. Queda por analizar si la opción señalada es la más conveniente. Sin embargo, sea a través de las patentes, o del derecho de obtentor, parece que es conveniente -aunque más no sea para liberarse de las eventuales sanciones o represalias que puedan llegar a aplicarse- reconocer algún tipo de derecho intelectual, que satisfaga los estándares mínimos exigidos por los compromisos internacionales asumidos.

3.2. Argumentos contrarios al reconocimiento del régimen de patentes

Si bien la generalizada difusión internacional del régimen de propiedad intelectual puede sugerir lo contrario, la discusión en torno a la conveniencia del sistema no está, ni siquiera en forma remota, agotada. A continuación, se expondrán los principales argumentos que han sido invocados para justificar la derogación -o, en su caso, no implantación- del régimen de patentes. Por cierto, aquellas líneas de pensamiento que son simples oposiciones a los argumentos favorables al sistema, han sido tratadas juntamente con éstos. Sin embargo, existen otros argumentos que son independientes de los ya estudiados, que no consisten en una mera oposición a éstos, y que serán tratados a continuación.

3.2.1. Sobreinversión en investigación y desarrollo

Se aduce que el sistema de patentes provoca una sobreinversión de recursos en investigación y desarrollo, superior a la socialmente deseable, que asume diversas manifestaciones. En primer lugar, las empresas, en su afán por lograr el “monopolio” que la patente promete, realizan ingentes esfuerzos para desarrollar productos o procedimientos que puedan merecer la protección del derecho intelectual en cuestión. Esto implica, desde una perspectiva de conjunto, una multiplicación de esfuerzos en investigación y desarrollo, que resulta ser la previsible consecuencia de un régimen como el de patentes, donde el ganador se queda con todo²⁰⁰. De este modo, se sacrifican recursos que se podrían destinar a alternativas más útiles para la sociedad, lo que implica, en términos económicos, despilfarro.

De todos modos, cabe acotar que esta duplicación de esfuerzos existiría, en alguna medida, aun en ausencia de un régimen de patentes, por el incentivo que implica ser el primero en lanzar un producto al mercado²⁰¹. En consecuencia, no puede imputarse al sistema de patentes la totalidad del costo que implica la duplicación de esfuerzos en investigación y desarrollo, sino sólo los costos adicionales que el sistema implica respecto de aquellos que, de todos modos, se realizarían.

Por otro lado, la sobreinversión no se explica sólo por los recursos destinados a obtener la tecnología protegida mediante un derecho intelectual, sino también aquellos que se vuelcan a desarrollar invenciones que -patentables o no- compitan económicamente con aquella, tanto por parte del titular de la patente como por sus competidores. Los motivos que explican este comportamiento son de lo más diversos. En lo que respecta al titular de la tecnología objeto del derecho intelectual, si bien se encuentra razonablemente protegido por la interpretación amplia del objeto patentado que la doctrina de los equivalentes implica, el derecho de exclusividad tiene un límite. Aunque la patente implica un monopolio de derecho, no necesariamente habrá de cristalizarse en un monopolio de hecho: esto dependerá, en buena medida, de que existan o no productos alternativos al patentado, que resulten accesibles a sus demandantes. Como se ha señalado, *“según sea la relevancia de la invención patentada en un mercado determinado, éste puede conferirle una posición dominante en dicho mercado”*²⁰². El titular de la patente, consciente de esta circunstancia, recibe así un incentivo para desarrollar y patentar otros productos alternativos que si bien no aumentan el bienestar del consumidor, le permiten impedir el ingreso de potenciales competidores, logrando de ese modo que su monopolio de derecho lo sea también en términos económicos²⁰³. Si bien esto puede resultar ventajoso para el titular de la tecnología, constituye -desde la perspectiva de la sociedad en su conjunto- una asignación ineficiente de recursos, ya que:

a) provoca una innecesaria sobreinversión en investigación, en productos cuyo valor social añadido ya ha sido cubierto por otro; y b) agrava los costos del monopolio que la concesión de la patente puede implicar, por favorecer su transformación -por la combinación con otras patentes del mismo titular- en un verdadero monopolio de hecho

²⁰⁴

Por cierto, el titular de la patente no es el único interesado en “inventar alrededor” de la tecnología patentada: también sus competidores tratarán de hacerlo, fuera del ámbito objetivo de validez de la patente, destinando recursos para desarrollar tecnologías

alternativas -patentables o no- que les permitan competir con el invento patentado, aunque no impliquen una verdadera mejora tecnológica²⁰⁵. Como contrapartida, con este tipo de estrategias se evita que la patente concedida permita obtener rentas monopólicas.

Con todo, es innegable que la duplicación de esfuerzos investigativos existe. Sin embargo, esta circunstancia no resulta completamente negativa, ya que el aumento de la competencia puede, eventualmente, mejorar el desempeño en I+D de las empresas competidoras²⁰⁶. Asimismo, este defecto inherente al sistema de patentes se encuentra parcialmente moderado a través de diversos medios: a) al informar cuáles patentes han sido concedidas o solicitadas, se le indica a las demás empresas qué investigaciones deben ser discontinuadas o redireccionadas²⁰⁷; b) la descripción de la invención, que se revela al solicitar la patente, le permite a los competidores “pararse sobre los hombros” de patentado, ahorrando de este modo esfuerzos investigativos innecesarios²⁰⁸; c) el requisito de la altura inventiva desincentiva la actividad investigativa en proyectos de bajo vuelo tecnológico, dado que no serán patentables²⁰⁹; d) la doctrina de los equivalentes desincentiva la inversión en proyectos imitativos, ya que la explotación del producto duplicado puede significar la infracción a una patente; y e) la regla del primer solicitante incentiva la revelación temprana de la invención, lo que permite que las demás empresas se enteren tempranamente si sus esfuerzos investigativos tienen o no sentido²¹⁰.

Como suele suceder en este ámbito, resulta imposible medir con exactitud a cuánto asciende esta sobreinversión, lo que no implica que ésta no exista²¹¹. Parece razonable, pues, contabilizar este rubro -de magnitud incierta, aunque no menos imprecisa que la de otros que se han invocado a favor o en contra del sistema de patentes- como un costo económico del sistema de patentes.

3.2.2. Costo social del monopolio

Conforme se ha visto *supra*, Nº 3.1.5, el principal argumento que se invoca en la actualidad para justificar la vigencia del régimen de patentes es que, a través de él, se incentiva la innovación tecnológica. Sin embargo, esta intervención genera costos, los que deben ser analizados, al igual que ya se hiciera con los eventuales beneficios, para luego efectuar, de ser posible, un balance que indique si el sistema es, desde una perspectiva integral, el socialmente deseable.

Desde mediados del siglo XIX fue cobrando fuerza una tendencia contraria al mantenimiento del sistema de patentes, y que aun hoy convoca numerosas adhesiones. Su soporte argumental es de carácter económico: se considera que las patentes constituyen una injustificada restricción a la competencia y el libre comercio, siendo los costos derivados de esta distorsión del funcionamiento del mercado superiores a sus supuestos beneficios. Al argumento económico, entonces, se opone otro de la misma naturaleza; se defiende el sistema por su eficiencia, se lo ataca por su ineficiencia²¹². Esta crítica, en cambio, es inútil para refutar la postura del derecho natural del inventor, que de ningún modo pretende fundar la concesión de la patente en su presunta eficiencia

económica. En todo caso, la crítica económica servirá para destacar los costos sociales que el sistema implica, pero no para sostener su derogación. Son argumentos que se mueven en distintos planos. Si bien esta perspectiva crítica se mantiene vigorosa aún en la actualidad, la indiscriminada difusión de las patentes a nivel mundial demuestra que, en los hechos, la balanza se ha inclinado hacia aquellos que defienden el sistema. Con todo, cabe destacar que esta línea crítica llegó a poner en jaque la subsistencia misma del sistema de patentes, allá por la segunda mitad del siglo XIX²¹³.

La declinación del dogma del libre comercio, concebido a ultranza, supuso la caída de esta crítica al sistema de patentes, por lo menos, en su versión inicial. Aun los defensores de la libre competencia admitieron, en el siglo XX, un mayor grado de intervención del Estado en la economía, a los efectos de corregir aquellas imperfecciones que el libre mercado puede presentar. Ciertamente, la crítica aún subsiste, aunque, en forma sutil, ha sido remozada y adaptada. En lo que a este punto respecta, el debate se ha desideologizado, no girando ya en torno a la cuestión de si corresponde o no intervenir en el libre funcionamiento de los mercados, sino que ha desembocado en planteos más pragmáticos: si conviene o no mantener el sistema de patentes, en función de sus beneficios y sus costos. Cuestión que, por cierto, no resulta sencillo dilucidar.

El analizado es, sin duda, uno de los argumentos de mayor peso que se han invocado en contra del régimen de patentes. Al establecerse por medio de la patente un monopolio, se producen los efectos nocivos de esta clase de mercados: mayor precio, menor demanda, menor producción. De no existir el monopolio que la patente establece, el precio sería menor, y la demanda y la producción aumentarían. En este sentido, se ha subrayado lo absurdo que resulta que un país se preocupe de dictar leyes de defensa de la competencia mientras que, por otro lado, otorga derechos subjetivos que adjudican un verdadero monopolio en favor de su titular. En suma: para esta corriente crítica, el sistema de patentes, al instalar un monopolio, consagra un sistema de asignación de recursos que es socialmente ineficiente, lo que beneficia exclusivamente al titular del derecho intelectual, a costa del resto de la sociedad (en particular, de sus competidores y de los consumidores del bien protegido).

Esta crítica ha sido, a su vez, atacada desde dos ángulos diversos. Por un lado, impugnando la equiparación “patente-monopolio”²¹⁴. Por el otro, destacando que la concesión de un monopolio temporario es el precio que la sociedad debe pagar para promover el desarrollo tecnológico, resultando los beneficios sociales de este “intercambio” netamente superiores a sus costos, razón por la cual estos últimos se encuentran plenamente justificados. A continuación, se analizan estas dos cuestiones.

Con respecto a la equiparación “patente-monopolio”, se ha señalado que la concesión de un derecho intelectual sobre determinada tecnología no entraña, necesariamente, un monopolio. A los efectos de evitar discrepancias puramente semánticas conviene, pues, comenzar aclarando en qué sentido se utiliza, a los efectos de este trabajo, el término “monopolio”. En líneas generales, los autores coinciden en señalar que es monopólico aquel mercado en el que existe un único oferente del bien o servicio correspondiente, y en el que cualquier alternativa para los demandantes resulta inadecuada o excesivamente costosa²¹⁵. La experiencia indica que esto sólo ocurre cuando a los potenciales

competidores les resulta imposible ingresar en ese mercado, pudiendo los impedimentos ser de diversa índole: legales, técnicos, etc.. Justamente, se critica al sistema de patentes porque impone barreras de entrada -de origen legal- a determinados mercados, lo que conduce necesariamente situaciones monopólicas. Con todo, esta equiparación merece ser cuestionada. El interrogante admite, por lo menos, dos niveles de análisis, semántico y económico, que serán considerados a continuación.

En buena medida, y sin que esto implique reducir la disputa a un nivel puramente verbal, la respuesta depende del alcance o significado con que se utilice la expresión “monopolio”. Pues, como señala Gimeno, *“si se quiere caer en una postura extrema, podríamos defender tanto que no existe ningún monopolio como que todo oferente es un monopolista”*²¹⁶. En un extremo, puede afirmarse que casi no existe la posibilidad de un monopolio, ya que es usual que todo bien o servicio tenga algún sustitutivo²¹⁷. En última instancia, aun un monopolista tiene competidores. Pero lo que sucede es que, en su caso, la competencia es indirecta, ya que las alternativas están netamente diferenciadas, por lo cual su influencia recíproca es reducida. Desde la postura opuesta, puede argumentarse que la mayoría de los oferentes son monopolistas, dada la individualidad de sus productos o servicios, que rara vez son idénticos a los de sus competidores²¹⁸. En suma, la cuestión depende de la amplitud (industrial, comercial, espacial, etc.) con que se defina al respectivo mercado que se está evaluando²¹⁹. Cuanto más abarcativa sea la definición, menores serán las posibilidades de admitir la existencia de un monopolio, y a la inversa.

Aclarado el sentido del término “monopolio” -o, relativizada, al menos, su aparente precisión- puede revisarse si es correcta su equiparación con la patente. Sin duda, el titular de la patente se encuentra jurídicamente autorizado para impedir a otros la explotación del producto o procedimiento patentado. Sin embargo, no es usual que un producto equivalga a un mercado²²⁰. Para que exista monopolio -según se ha visto- no basta con que exista un único oferente del bien o servicio, sino que es necesario que cualquier alternativa para los demandantes resulte inadecuada o excesivamente costosa. Por cierto, es excepcional que con un solo producto se pueda alcanzar semejante poder de mercado, dado que, normalmente, existen otros bienes aptos para satisfacer las mismas necesidades²²¹. En realidad, lo único que puede hacer el titular de un derecho intelectual es impedir a los terceros la explotación comercial del producto protegido, pero no puede evitar que esos terceros compitan con él con productos distintos del patentado²²². El monopolista, en cambio, puede excluir a cualquier tercero del mercado. La diferencia es clara: el titular de un derecho intelectual no puede impedir que terceros compitan con él en un mismo mercado, siempre que lo hagan con productos distintos del que se encuentra protegido²²³. Podrá argumentarse que, en ciertos casos, un mercado resulta abarcado por un solo producto, y que, de estar tal producto protegido por un derecho intelectual, tal mercado sería monopólico. Si bien esto es posible, se trata de una situación excepcional²²⁴.

En síntesis: la propiedad intelectual no equivale a lo que en la ciencia económica se denomina “monopolio”, lo que implica que los efectos adversos que se verifican en los mercados monopólicos no son necesariamente predicables respecto de los derechos intelectuales. Sin duda, el titular de un derecho intelectual se encuentra en una posición de ventaja, pero de ningún modo ésta consiste, por regla, en un monopolio de un

determinado mercado. Por lo tanto, el titular del derecho intelectual deberá, a la hora de fijar el precio de su producto, atender a las condiciones del mercado en que deberá competir, lo que le impedirá obtener -como los detractores de la propiedad intelectual invocan- rentas monopólicas. Con todo, en casos excepcionales el titular del derecho puede convertirse en un auténtico monopolista; particularmente, si la invención protegida no es fácilmente sustituible por tecnologías alternativas.

Así las cosas, parece que los argumentos referidos en defensa del sistema son insuficientes para negar que: a) por lo menos en ciertos casos, la patente conduce a un monopolio; y b) aun en los casos en que no exista, en términos económicos, un verdadero monopolio, la patente implicará, cuanto menos, una cierta restricción para los potenciales competidores del titular, lo que le permitirá obtener un sobreprecio. En cualquier caso, se trata de costos que son inherentes al sistema de patentes y que, aunque sea con imprecisión, pueden englobarse bajo la expresión “costos del monopolio”.

Con todo, este costo debe ser revisado y reducido a sus límites reales. En efecto, no es correcto afirmar que la totalidad de las “rentas monopólicas” que obtiene el titular de la patente deban atribuirse al derecho intelectual cuestionado. Con independencia de la concesión del derecho, el titular de la tecnología hubiese sido -probablemente- el primero en lanzar el producto al mercado. Esta circunstancia le hubiese permitido, de hecho, operar durante un cierto tiempo en condiciones “monopólicas”, período de tiempo que se hubiese extendido hasta que sus potenciales competidores estuviesen en condiciones de lanzar un producto competitivo al mercado. Esto hubiese ocurrido con independencia de la eventual concesión de una patente. En consecuencia, a la hora de hacer un balance entre los costos y los beneficios del sistema, debe restarse del rubro “costos” este inevitable período monopólico de hecho, ya que el titular de la tecnología hubiese gozado igualmente durante él de un mercado en condiciones “monopólicas”.

Con este argumento adicional se ha acotado, todavía más, el costo del sistema que denuncian sus críticos. Con todo, resta un importante costo que debe imputarse al sistema cuestionado: el que resulta de aquellos casos en que, efectivamente, la patente le permite a su titular obtener rentas monopólicas, durante todo el tiempo que media entre el momento en el cual, de no existir la patente, los demás oferentes hubiesen estado en condiciones de competir con él y el día en el que se extingue la patente, lo que conduce al tema de la duración óptima de la patente.

Como se ha observado, se trata de uno de los problemas centrales que deben sortearse al trazar una política sobre propiedad intelectual²²⁵. La respuesta teórica es sencilla: la patente debe durar el tiempo mínimo necesario para incentivar la inversión en investigación y desarrollo, ya que: a) si la duración es inferior a la óptima, no va a haber inversión (en este caso, no se logra el efecto-incentivo); y b) si la duración es superior a la óptima, se estará pagando un costo mayor al necesario para alcanzar el resultado buscado (en este caso, el efecto-incentivo se logra a un costo innecesariamente alto). En la actualidad, no resulta posible precisar cuál es esa duración óptima, y menos en forma genérica, pretendiendo abarcar con un mismo plazo a todas las áreas tecnológicas, y a todos los desarrollos que se producen en cada área. Sin embargo, pareciera que la

dificultad del examen se allana un tanto cuando, como en el caso del derecho de obtentor, la protección tiene por objeto un área específica de la tecnología.

En suma, resulta incierto a cuánto ascienden los costos del monopolio o pseudomonopolio. Si a esto se suma que, como se ha visto, los beneficios económicos resultan también imprecisos, se hace difícil realizar un balance económico sobre la conveniencia de adoptar el sistema de patentes²²⁶. Con todo, la carencia de información no impide efectuar un juicio de sentido común: si el sobreprecio que fija el titular de la patente excede al beneficio que el nuevo producto le depara al consumidor, a este último siempre le queda la posibilidad de abstenerse de adquirirlo (es decir, de colocarse en la posición en la que estaba antes de la aparición del producto en el mercado). Si, por el contrario, adquiere el producto, estará probando, implícitamente, que, en lo que a él respecta, los beneficios derivados de éste superan a sus costos. Aunque, por supuesto, toda esta argumentación se derrumba si se prueba que el producto, aun en ausencia de un sistema de patentes, hubiese sido igualmente desarrollado, cuestión que, según se ha visto *supra*, Nº 3.1.5.3, permanece irresuelta.

3.2.3. Costos de administración del sistema

El sistema de patentes genera una serie de costos sociales, que deben ser considerados a la hora de evaluar la conveniencia de mantenerlo, adoptarlo o reformarlo, entre los que se destacan los siguientes rubros: a) presupuestos de las oficinas nacionales administradoras del sistema (en el caso del derecho de obtentor, los costos que genera el funcionamiento del Registro Nacional de la Propiedad de Cultivares); y b) el costo social que la creciente litigiosidad en la materia implica (en términos de retribuciones a los abogados, funcionarios del Poder Judicial, auxiliares, etc.)²²⁷.

En términos relativos, estos costos son de escasa magnitud, si se los compara con los supuestos beneficios que el sistema genera. Por otro lado, es posible reducirlos, a través diversos mecanismos (v.gr., mediante tasas, impuestos y otros desembolsos que corran por cuenta de los usuarios o beneficiarios del sistema). Por cierto, la cuestión no se reduce al -eventual- déficit estatal que la administración y la protección del sistema puede generar. El problema reside en el despilfarro que implica destinar cuantiosos recursos a actividades socialmente improductivas (v.gr., litigios sobre la validez del derecho), lo que destaca la necesidad de hacer lo más eficiente posible el procedimiento de concesión del derecho intelectual, desarrollando alternativas de menor costo. Tal puede ser el caso de la eliminación del examen previo, o la realización de exámenes en las dependencias del solicitante, o la validación de exámenes realizados en oficinas extranjeras, dejando siempre a salvo, por supuesto, una instancia de revisión judicial si existiera alguna diferencia. Con todo, de pretender adoptarse este último temperamento, deberán sopesarse los mayores costos que un sistema de concesión menos riguroso pueda implicar en relación con un aumento de la litigiosidad sobre la validez de las patentes. No obstante

lo anterior, la experiencia indica que no existe una relación inequívoca entre “examen previo-menor litigiosidad”.

En el ámbito del derecho de obtentor, tanto a nivel local como internacional, se ha desarrollado un sistema bastante eficiente en términos de relación costo-beneficio. En efecto, los costos relativamente bajos del procedimiento de concesión no han gravitado, hasta el momento, en un aumento de la litigiosidad.

3.2.4. *Desincentivo de la innovación*

Al obtener el titular del derecho intelectual una suerte de “coto de caza” donde actuar monopólicamente -esto es, el ámbito de exclusividad definido por la patente o el derecho de obtentor-, sus potenciales competidores pierden incentivo para investigar en esa área²²⁸. Particularmente, esto puede ocurrir si la invención protegida no es fácilmente sustituible por tecnologías alternativas, circunstancia que puede generar un cierto quietismo en el titular de la patente -propiciado por la seguridad que le otorga el monopolio patentario-, y que sus competidores potenciales carezcan de interés en desarrollar artículos alternativos, dado que sus eventuales desarrollos podrían resultar invasivos del ámbito de exclusividad del titular de la patente, y, por ende, ilícitos²²⁹. Se trata, como puede advertirse, de otra consecuencia de la regla básica del sistema de patentes, en el que el ganador se lleva todo²³⁰.

Se trata, por cierto, de un costo inherente al sistema de patentes, cuyo impacto varía en función del criterio que se utilice para interpretar el objeto del derecho intelectual. En efecto, cuanto más ampliamente se interprete el objeto del derecho intelectual, mayor será la cantidad de productos que el derecho alcance, lo que implicará: a) una mayor extensión del ámbito del *ius excluendi* del titular del derecho; y b) una mayor extensión del estado de la técnica, que redundará en una reducción de las posibilidades de patentamiento de otros productos, tecnológicamente relacionados con el ya patentado. En suma, al efectuarse esta interpretación extensiva se potencian e incrementan los costos referidos en este punto, socavándose así la investigación futura²³¹. Por el contrario, una interpretación restrictiva del objeto del derecho intelectual implicará: a) una menor extensión del ámbito del *ius excluendi* del titular del derecho; y b) una menor extensión del estado de la técnica, que redundará en un incremento de las posibilidades de patentamiento de los productos que estén tecnológicamente relacionados con el patentado. En este caso, se reduce al mínimo el costo que se está analizando, aunque a riesgo de sumir al titular del derecho intelectual en una situación de indefensión, ya que se encontrará expuesto a que cualquier tercero pueda explotar la invención patentada, realizándole una ligera modificación, o, peor aún, pedir una patente sobre el producto resultante de esa modificación mínima²³².

3.2.5. *Implementación de prácticas anticompetitivas*

Suele destacarse que la concesión del derecho intelectual permite a su titular incurrir impunemente en prácticas anticompetitivas, postulando, por ende, la existencia de un potencial conflicto entre el régimen de patentes y el de defensa de la competencia. Mientras que con este último se pretende proteger el correcto funcionamiento del libre mercado, con el primero se lo restringe mediante el otorgamiento de un monopolio. En lo que respecta específicamente al mercado de semillas, se observa una marcada tendencia mundial a la concentración²³³.

Por mucho que se insista en que la patente no implica necesariamente un monopolio, es evidente que los derechos intelectuales, en mayor o menor medida, afectan la libre concurrencia²³⁴. Con todo, parece que conviene distinguir entre el ejercicio del poder de exclusión inherente a la patente y la realización de prácticas anticompetitivas que exceden el ámbito de ese *ius excluendi*. El costo derivado del ejercicio del poder de exclusión inherente a la patente ya ha sido considerado *supra*, N° 3.2.2, y, definitivamente, no puede ser considerado ilegal. Goza, incluso, de protección constitucional.

Con respecto a las prácticas anticompetitivas que exceden este poder inherente de exclusión, puede que, en ciertos casos, el régimen de patentes favorezca su realización. Sin embargo, esta circunstancia no parece ser una justificación suficiente como para rechazar el reconocimiento legal de la propiedad intelectual. En todo caso, parece más sensato velar por la efectiva aplicación de la ley de defensa de la competencia, que es el recurso previsto en forma específica para evitar este tipo de prácticas abusivas. El abuso o ejercicio ilegítimo de un derecho no es motivo suficiente para justificar su supresión, sino más bien para encauzarlo a un ejercicio regular, sancionando, en su caso, a quienes se excedan de ese marco.

La solución de este problema, pues, debe buscarse en la aplicación efectiva del régimen de defensa de la competencia y, en su caso, en las mismas normas sobre propiedad intelectual.

Al respecto, la ley de patentes 24.481, art. 44, regula las licencias obligatorias por prácticas anticompetitivas. En lo que se refiere al derecho de obtentor, la ley 20.247, en los arts. 28 y 29, regula el uso público restringido, que viene a ser, en sustancia, un régimen de licenciamiento obligatorio. Su aplicación está prevista para cuando sea necesario "... asegurar una adecuada suplencia en el país del producto obtenible de su cultivo...", y siempre que el titular del derecho de obtentor no esté "... supliendo las necesidades públicas de semilla de tal cultivar en la cantidad y precio considerados razonables"²³⁵.

En suma, tanto la ley 25.156 de defensa de la competencia, como las normas sobre propiedad intelectual, establecen mecanismos que, aunque perfectibles, permiten neutralizar aquellas conductas del titular del derecho de obtentor que impliquen un comportamiento anticoncurrencial ilícito. Parece exagerado postular la completa derogación de un régimen de propiedad intelectual cuando las prácticas anticompetitivas

ilegítimamente practicadas bajo su amparo formal pueden remediarse mediante dispositivos más específicos.

3.2.6. *La invención como parte del patrimonio común de la humanidad*

Como se ha destacado: “... ninguna obra o invento intelectuales, literarios o artísticos, es fruto exclusivo de una labor individual. En su realización interviene la suma de esfuerzos anteriores, de conquistas logradas, de perfeccionamientos adquiridos y de evolución cultural operada impersonalmente en la sociedad”²³⁶. En lo que respecta específicamente a la actividad fitomejoradora, se ha afirmado que “... los nuevos regímenes de propiedad intelectual, que están siendo universalizados mediante el Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual Relacionada con el Comercio, están permitiendo a las grandes compañías usurpar los conocimientos sobre las semillas y monopolizarlos al reclamarlos como su propiedad privada”²³⁷.

Partiendo de esta base, pueden construirse dos argumentaciones marcadamente diversas: a) que no debe existir un régimen de propiedad intelectual²³⁸; y b) que debe regularse el régimen de la propiedad intelectual, pero tomando en consideración que el objeto protegido no es creación exclusiva de su autor o inventor. De acuerdo con la primera postura, que es la que se analiza en este punto, se considera injusto conceder un monopolio a un inventor cuya actividad se ha basado, predominantemente, en los conocimientos que la humanidad en su conjunto ha conseguido alcanzar, porque implica privatizar el fruto de un esfuerzo colectivo.

Este argumento, probablemente la contracara del argumento iusnaturalista favorable al reconocimiento del derecho intelectual, presenta aspectos que merecen ser rescatados. Sin embargo, termina disolviendo en una colectividad anónima los frutos de un esfuerzo que, si bien se basa en los conocimientos precedentes, puede que contenga innegables y meritorios aportes individuales. Más que un argumento contrario al reconocimiento de los derechos intelectuales, el presente puede ser entendido como un llamado de atención, en cuanto a no otorgar derechos de exclusividad a aquellas creaciones que constituyen un avance mínimo y obvio respecto del bagaje de conocimientos ya existente.

Asimismo, esta dependencia entre el aporte individual del inventor y el bagaje de conocimientos científicos precedentes ha sido tomada en consideración para justificar su limitación temporal. En este sentido, se ha observado que, con relación a la propiedad intelectual, “... la Constitución prevé una regulación legal distinta que la de otras formas de propiedad, anticipando la posibilidad de **extinción del derecho por el transcurso del tiempo**, y ello quizás porque en la propiedad intelectual la creación del autor, sin perder el carácter personal a que hemos aludido, aprovecha necesariamente de la cultura que es patrimonio colectivo de la comunidad toda”²³⁹.

El argumento contenido en este punto presenta notables peculiaridades cuando se aplica específicamente al mercado de semillas y a la actividad fitomejoradora, cuestión que será considerada *infra*, N° 5.2.1.

4. Las patentes y los países en desarrollo

El análisis efectuado en el capítulo anterior se ha efectuado prescindiendo por completo de las características y circunstancias del país que ha de implementar el régimen de propiedad intelectual. Sin embargo, todo indica que los aspectos referidos no pueden ser ignorados al sopesar la conveniencia de adoptar un determinado régimen legal sobre la materia. Como se ha observado: “... *el argumento que legitima el sistema de patentes no debe considerarse universalmente válido: no se aplica a todas las invenciones ni a todos los países*”²⁴⁰.

Parece, pues, que las consideraciones vertidas en el capítulo anterior sólo valen como un planteo inicial de la cuestión abordada, que necesita ser completado y, en su caso, corregido en función de: a) la situación económica y el desarrollo tecnológico del país; y b) el sector tecnológico que se está estudiando. Dado que Argentina es un país que se encuentra rezagado en lo que respecta a su capacidad de innovación tecnológica, en este capítulo se abordará la problemática específica de la propiedad intelectual y de su impacto en los países en desarrollo. Asimismo, la actividad fitomejoradora es un sector de la tecnología que presenta peculiaridades, circunstancia que debe tomarse en consideración a la hora de ponderar cuál es el régimen de propiedad intelectual más conveniente para su protección, cuestión que será abordada en el capítulo siguiente.

El impacto de la propiedad intelectual con relación a los países en desarrollo desata posturas encontradas. Mientras que algunos confían en que este régimen es uno de los componentes indispensables para permitir el despegue económico y tecnológico de los países más retrasados del orden mundial, otros entienden que se trata de una herramienta adicional que refuerza la relación de subordinación, explotación y dependencia que caracterizan al sistema económico actual. A continuación, se exponen y analizan los aspectos más destacados de esta disputa.

4.1. Argumentos favorables a su reconocimiento local

Entre otros beneficios derivados del sistema de patentes, se han destacado los siguientes:

- Favorece la inversión extranjera²⁴¹.

- Fomenta la transferencia de tecnología, a través de su licenciamiento²⁴². En buena medida, una preocupación relevante de los países en desarrollo al negociar el TRIPs, ha sido el establecimiento de un régimen de propiedad intelectual que favorezca esta difusión²⁴³. Supuestamente, una sólida estructura legal en relación con la propiedad intelectual fomentaría la transferencia tecnológica, al incrementar los costos de imitación

y reducir el riesgo de la empresa extranjera titular del derecho intelectual de tener que competir con los productores locales de un producto imitado y más barato²⁴⁴.

- Incentiva el desarrollo tecnológico local²⁴⁵.

Con todo, en la segunda mitad del siglo pasado se fue abriendo paso una renovada postura crítica al sistema de patentes, basada en el impacto económico negativo de la propiedad intelectual respecto de los países menos desarrollados y tecnológicamente dependientes²⁴⁶, cuyos principales argumentos serán considerados en el punto siguiente.

4.2. Argumentos contrarios a su reconocimiento local

Si bien, como se ha visto, hay quienes entienden que el régimen de patentes forma parte de la infraestructura necesaria para permitir que los países en desarrollo avancen en el camino del crecimiento económico y el progreso tecnológico, un sector importante de la doctrina destaca los efectos nocivos que este régimen provoca en los países periféricos. A continuación, se considerarán los principales argumentos que se han invocado para sostener esta última postura.

4.2.1. Incremento en los costos de adquisición de tecnología

Al permitirse el patentamiento, aumenta el precio de los productos protegidos y, por ende, aumentan los costos de adquisición de la tecnología. Por lo tanto, mediante la supresión del derecho intelectual se eliminaría la capacidad del titular de la tecnología de obtener rentas monopólicas. Dado el principio de territorialidad, el país en vías de desarrollo que no reconociera derechos intelectuales podría aprovechar los beneficios derivados de innovación tecnológica mundial -dado que la tecnología es, por lo general, un bien público- sin tener que pagar sus costos. La incentivación del desarrollo tecnológico se dejaría, pues, en manos de los sistemas extranjeros de propiedad intelectual, como así también sus costos. En suma, desde esta perspectiva, la idea es transformar al país en un *free rider*. Por lo tanto, aquí no se trata de discutir si, en pureza, los costos del sistema de patentes se ven compensados por sus supuestos beneficios, sino que, simplemente, se propone que el país en vías de desarrollo aproveche sus beneficios sin pagar sus costos. Esta postura se edifica sobre cuatro supuestos, que pueden resultar, en algunos casos, discutibles, y que a renglón seguido se analizan²⁴⁷.

El primer supuesto es que la tecnología estará presente en el país, aun en ausencia de un régimen local de protección de la propiedad intelectual. Aunque el carácter público que suele presentar la tecnología dota de cierto aliento a esta suposición, esto no significa que la transferencia tecnológica al país esté garantizada. Puede suceder que la empresa que esté dispuesta a explotar su tecnología en un determinado país no lo haga si no se brinda una protección legal adecuada. O, también, que prefiera fabricar en un país que

brinde una protección razonable, y limitarse a exportar sus productos al país que no lo hace. Asimismo, puede que las necesidades del país en cuestión requieran el desarrollo de tecnologías específicas adaptadas a las características locales²⁴⁸.

El segundo supuesto es que toda patente implica para su titular la capacidad de obtener rentas monopólicas. El tema ya ha sido analizado *supra*, N° 3.2.2.

El tercer supuesto es que la tecnología de imitación es de similar calidad a la original, lo que implica incurrir en una generalización excesiva. Si bien ciertas tecnologías se prestan a ser imitadas, sin que la “copia” sufra desmedro alguno en relación con el original, en otros casos, en cambio, los ejemplares copiados son de calidad inferior.

El cuarto supuesto es que el país que se niega a proteger la tecnología se liberará de los costos del monopolio sin incurrir en otro tipo de costos. Sin embargo, la experiencia indica que el país que niega protección a la propiedad intelectual corre el riesgo de incurrir en algunos importantes costos potenciales, a saber:

a) *Retraso tecnológico*. Normalmente, el copiado de tecnología ajena no entraña su comprensión plena²⁴⁹. Así, se ha señalado que *“en algún punto una tecnología avanzada se torna de comprensión demasiado compleja como para que el copiator pueda continuar, en muchos casos, un copiado exitoso. Los países con una protección sólida de la propiedad intelectual tendrán mejores recursos humanos, mejores habilidades y mejor capacidad para comprender y utilizar una tecnología avanzada. Es probable que el país no protector quede rezagado”*²⁵⁰. Desde una perspectiva opuesta, se afirma que la desprotección de los derechos intelectuales no sólo no disminuye la capacidad tecnológica local, sino que la incrementa, permitiendo así el desarrollo industrial.

b) *Represalias de los países desarrollados*. Al respecto, cabe remitirse *supra*, N° 3.1.13. Se trata, por cierto, de costos reales, cuya entidad resulta difícil predecir, pero que no pueden ser ignorados al escoger la estrategia más conveniente a adoptar en materia de propiedad intelectual.

c) Puede que las empresas titulares de tecnología adopten como política evitar su transferencia a aquel país que no les brinde una adecuada protección²⁵¹. Por cierto, el carácter de bien público de la tecnología puede afectar, en muchos casos, este tipo de políticas restrictivas.

d) La desprotección de la tecnología extranjera se logra a costa de la desprotección de la tecnología desarrollada a nivel local. Lógicamente, el peso de este argumento depende de si existe tecnología propia por proteger, cuestión que no admite una respuesta unívoca. Debe admitirse que, en general, la tecnología patentada en Argentina es mayormente, y por abrumadora diferencia, “extranjera”. Partiendo de este dato, no parece que el costo analizado pueda considerarse de relevancia, dado el escaso impacto de la tecnología “nacional” que debería “sacrificarse” para poder aprovechar libremente la tecnología extranjera. Sin embargo, el panorama cambia sensiblemente en lo que se refiere al sector fitomejorador, en el que la tecnología local presenta una importante participación con relación a los títulos expedidos por el Registro Nacional de Propiedad de Cultivares, cuya relevancia será analizada en el punto siguiente.

En suma, la validez de este argumento depende de una serie de supuestos que presentan diversos grados de convicción. En todo caso, parece que no puede aceptarse en su versión más ingenua, esto es, que al suprimir el régimen de propiedad intelectual, el país subdesarrollado aprovechará todos los beneficios del sistema, sin incurrir en costo alguno.

4.2.2. Debilitamiento de la industria local

Conforme con esta postura, la erosión del régimen de los derechos intelectuales promueve la actividad industrial local, ya que permite que las empresas locales copien impunemente los productos y procesos de las extranjeras. En consecuencia, se propone que, en una primera etapa, se elimine o debilite el régimen de propiedad industrial, permitiendo así el desarrollo de las empresas locales, por la vía de la libre apropiación de la tecnología desarrollada por terceros y que, en una segunda etapa, cuando las empresas locales ya se hayan fortalecido y desarrollado, estando, en consecuencia, en condiciones de competir, se establezca un régimen eficaz de protección de la tecnología, asumiendo que, en esta instancia, estarán dadas las condiciones para que las firmas locales puedan competir con las extranjeras²⁵².

En consecuencia, se estima que en esta etapa de su desarrollo tecnológico, los países periféricos no necesitan de un sistema que incentive su capacidad de innovación tecnológica, sino un régimen legal que les permita adquirir la tecnología ya desarrollada en los países centrales²⁵³. Puede que el régimen de propiedad intelectual resulte satisfactorio para los países exportadores de tecnología, pero de ningún modo se encuentra alineado con los intereses de los países que, dado su rezago tecnológico, son netos importadores²⁵⁴. Como gráficamente se ha destacado, con relación a las presiones de los países centrales durante la negociación del TRIPs, *“la modificación propuesta del sistema internacional de propiedad intelectual se da en el marco de una profunda asimetría Norte-Sur en lo que respecta a las capacidades de innovación. En tal contexto, dicha modificación consolidará una división internacional del trabajo entre los países que concentran la innovación y aquéllos que accederán a los resultados de aquélla, principalmente vía el comercio internacional. Dos consecuencias mayores se derivarían de tal esquema. Por un lado, se tendería a consolidar un modelo de difusión de la tecnología basado en el acceso al producto final, y no al conocimiento mismo. Por el otro, se hará más difícil seguir senderos de desarrollo tecnológico imitativo, como el de Japón y los NIC’s [new industrialized countries] asiáticos”*²⁵⁵.

De lo anterior se desprende que los beneficios derivados de la implementación de un régimen de propiedad intelectual en los países en desarrollo son mucho menores de lo que sus defensores sostienen, ya que: a) la mayoría de las patentes son concedidas a empresas extranjeras; y b) los inventos ya han sido divulgados a nivel mundial, por su registración previa en las oficinas de patentes extranjeras²⁵⁶. Y, como se ha destacado, “al reducirse así los beneficios, los costos sociales se presentan como muy desproporcionados”, por lo

que, en consecuencia, “... resulta razonable dudar acerca de la conveniencia de un sistema de patentes para un país que, como Argentina, tiene un apreciable rezago tecnológico internacional y una actividad doméstica que prácticamente no participa en la expansión de la frontera tecnológica mundial”²⁵⁷. Sin embargo, este argumento ha sido cuestionado desde diversos ángulos:

a) El razonamiento descansa sobre un paradigma: que existe una suerte de “curva de aprendizaje”, cuya primera etapa es la copia, y la siguiente, la innovación²⁵⁸. En este sentido, se afirma que muchos países centrales recién implementaron un régimen eficaz de propiedad intelectual una vez que alcanzaron un cierto nivel de desarrollo tecnológico, es decir, cuando pasaron de ser usuarios a ser productores de tecnología²⁵⁹. Contrariamente, se ha sostenido que el fomento de la actividad imitadora conspira contra el desarrollo de una eficaz capacidad de innovación²⁶⁰. En esta línea, el análisis de las empresas tecnológicas exitosas evidencia que, en su origen, se han basado en la innovación, y no en la copia²⁶¹, por lo que “... parece que la protección sólida de la propiedad intelectual no retarda sino que por el contrario contribuye a la promoción de la industria local”²⁶². En suma, se argumenta que, lejos de ser un estado previo y necesario para alcanzar una cierta capacidad tecnológica, la actividad imitativa estanca tecnológicamente a un país²⁶³.

La capacidad de innovación tecnológica de un país depende de numerosos factores, y no sólo del relativo a la propiedad intelectual. Con todo, no se observa la relación tan directa que algunos pretenden entre protección e innovación, a la luz de la experiencia de los países en vías de desarrollo, como lo demuestra el hecho de que en las últimas décadas se ha producido un notable incremento en la protección de la propiedad industrial, sin que redundara en un correlativo incremento de su capacidad de innovación tecnológica. Por el contrario, persiste y se acentúa un modelo de división mundial del trabajo, en el que los países centrales, con los Estados Unidos a la cabeza, se erigen en productores de tecnología, y la inmensa mayoría de los países en desarrollo asume el rol de mero usuario o importador, con el consiguiente deterioro de los términos de intercambio que esto implica.

Paradójicamente, en el siglo XIX, en el seno de los países industrializados, se llegó a afirmar que las patentes servían para promover el desarrollo tecnológico de los países más retrasados, pero que, una vez alcanzado cierto grado de desarrollo, sólo servían para entorpecer el correcto funcionamiento de la economía²⁶⁴. Vale aclarar que este razonamiento fue pergeñado para justificar la derogación del sistema de patentes en los mismos países centrales, siendo por completo ajena a una futura disputa “Norte-Sur” o “países desarrollados - países subdesarrollados”. Simplemente, se consideraba que el sistema de patentes ya había cumplido su función y que, habiéndose agotado, lo más saludable, en términos económicos, era derogarlo. La paradoja es evidente: en esta visión decimonónica, se entendía que las patentes sólo beneficiaban a los países tecnológicamente retrasados, permitiendo o favoreciendo su despegue, mientras que, en la actualidad, una de las principales objeciones contra el sistema consiste en que está diseñado para beneficiar exclusivamente a los países centrales, en perjuicio de los países en vías de desarrollo.

b) A pesar de las resonancias populistas con que pretende adornarse a este argumento, la realidad indica que los beneficios derivados de la derogación -formal o real- del régimen de propiedad intelectual se concentran en manos de los imitadores, siendo la tasa de retorno social, por el contrario, baja. En suma, se considera que la desprotección de la tecnología original implica perjudicar no sólo a sus creadores, sino también a la sociedad, en beneficio de los imitadores²⁶⁵.

c) En su versión más simple, este argumento supone que los costos de la supresión lo pagarán las empresas extranjeras (al no poder patentar), mientras que los beneficios los obtendrán las empresas locales, que podrán imitar libremente la tecnología desarrollada por las primeras. En otros términos, se supone que son las empresas extranjeras las que innovan, y las empresas argentinas las que copian, postura que justifica una mínima revisión.

No cabe duda que, en general, los países en desarrollo presentan, en relación con los países desarrollados, un notable retraso en su capacidad tecnológica, circunstancia que se hace evidente al consultar los registros de las oficinas nacionales de patentes. Como se ha observado, *“la propiedad de las patentes es mayoritariamente extranjera y, sobre todo, esas patentes extranjeras se refieren habitualmente a productos y procesos industriales mucho más importantes por su dinamicidad, contenido tecnológico, etc. Por el contrario, las patentes nacionales suelen estar referidas casi siempre a productos y procesos ligados a industrias tradicionales o a aspectos más bien marginales de la producción industrial”*

²⁶⁶. Pareciera, por lo tanto, que el punto de partida de este argumento crítico es, en general, acertado. Sin embargo, este diagnóstico es, en lo que respecta al sector fitomejorador, incorrecto, por lo que, en consecuencia, el costo de la supresión lo pagarán, también, las empresas nacionales. Las estadísticas son elocuentes al respecto:

- De los 1.326 cultivares inscriptos desde la creación del Registro Nacional de la Propiedad de Cultivares hasta el año 1999, 824 son nacionales (62%) y 502 son extranjeros (38%)²⁶⁷.

- El 39,51% de los títulos de obtentor concedidos en el 2001 por el RNPC fueron otorgados a personas residentes en el país²⁶⁸. A esto cabe agregar que se trata de un porcentaje inferior a los observables en años anteriores: 50% en 2000, 37% en 1999, 43% en 1998, y 47% en 1997²⁶⁹.

- La cantidad de títulos emitidos por la oficina nacional alcanza niveles respetables, aun cuando se le compare con las oficinas extranjeras²⁷⁰. Particularmente, si la comparación se efectúa con los países en desarrollo.

- Argentina alcanza un volumen descollante en materia de títulos concedidos a residentes locales, si se le compara con otros países de Latinoamérica, siendo sólo superada por Brasil²⁷¹.

Por lo tanto, es erróneo considerar que un fortalecimiento de la propiedad intelectual redundará en beneficio exclusivo de las empresas extranjeras. Desproteger a la tecnología de mejoramiento vegetal implica, en Argentina, desproteger a empresas privadas y entes públicos que invierten sus recursos en tal actividad.

En suma, y sin pretender resolver la disputa en su nivel más general, puede advertirse que la validez de este argumento crítico descansa en el supuesto de que la industria local no ha desarrollado aún una capacidad tecnológica destacable. Este supuesto, en lo que respecta a la actividad fitomejoradora, es incorrecto y, por lo tanto, el argumento se cae por su base.

4.2.3. Crítica al efecto-incentivo de la inversión

Anteriormente, se enumeró al fomento de la inversión extranjera entre los supuestos beneficios que el reconocimiento de un sólido régimen de patentes depara a los países en desarrollo. En sentido contrario, se ha afirmado que *“no obstante la argumentación en torno de la relación positiva que existiría entre protección de la propiedad intelectual, inversiones extranjeras y licencia de tecnología, no existen pruebas empíricas que la confirmen de modo general. Más aún, algunos casos indican que es la falta o debilidad de la protección, antes que su robustez, la que puede promover tales inversiones”*²⁷².

Ciertamente, las empresas multinacionales toman en consideración el régimen local de patentes a la hora de decidir si invierten en determinado país. Sin embargo, gravitan sobre esta decisión otros muchos factores, entre los que se destacan la situación geopolítica, las ventajas fiscales, la disponibilidad y el precio de las materias primas, la magnitud del mercado interno, el costo de la mano de obra, la infraestructura en comunicaciones, la seguridad jurídica, la estabilidad política y social, los apoyos gubernamentales, etc.²⁷³. En este complejo marco, el régimen de la propiedad intelectual es sólo uno de los factores que gravitan en la decisión final. Como se ha observado, *“ante la igualdad de circunstancias, lo cual es raro que ocurra, las empresas invertirán en el país que sí ofrezca protección”*²⁷⁴. No cabe aceptar, pues, una relación tan directa entre la inversión extranjera y el régimen de la propiedad intelectual como la que los defensores del sistema invocan.

4.2.4. Crítica al efecto-incentivo de la transferencia

También se ha invocado, según se ha señalado *supra*, N° 4.1, que un régimen de patentes local y eficaz promueve la transferencia de la tecnología desarrollada en el extranjero. Sin embargo, un sector importante de la doctrina considera que esta relación entre patentes y transferencia tecnológica no es aceptable²⁷⁵ invocando, entre otros, los argumentos que se exponen a continuación:

a) La descripción de la patente no es suficiente, en la práctica, para industrializar el producto, sino que se requiere necesariamente un *know how* adicional, como queda evidenciado en los contratos de licencia de tecnología patentada²⁷⁶.

b) La mayoría de los contratos locales de licencia se refieren a tecnología no patentada, lo que no ha impedido su difusión²⁷⁷.

c) La mayoría de las patentes no llegan a ser utilizadas efectivamente en la producción²⁷⁸.

d) Al igual que en el caso de la inversión extranjera, la decisión de transmitir tecnología mediante su licenciamiento depende de numerosos factores, entre los que cabe contar, el reconocimiento del régimen de propiedad intelectual²⁷⁹. Como se ha observado, “se puede afectar el flujo de tecnología, aunque, si la posibilidad de hacer un buen negocio en el país en cuestión existe, la tecnología fluirá”²⁸⁰. La relación, pues, no es tan lineal como se pretende, ni tampoco cabe considerar al régimen de la propiedad intelectual como un prerrequisito para el flujo de tecnología extranjera.

e) Normalmente, la limitada difusión que puede lograrse mediante el régimen de patentes ya ha sido logrado en virtud del patentamiento de la tecnología en las oficinas extranjeras. Luego, no es aceptable considerar que sin la posibilidad de patentamiento local la tecnología permanecerá inaccesible²⁸¹.

f) Existen ejemplos históricos concretos que evidencian que el establecimiento de un sólido régimen de patentes no ha favorecido la transferencia de tecnología a los países en desarrollo²⁸².

g) Muchas veces, el recurso de proteger la tecnología mediante el régimen del secreto industrial es una forma de protección más eficiente que su patentamiento²⁸³.

4.2.5. Inequidad internacional

El régimen de patentes beneficia, de modo inmediato, a las personas y organizaciones que disponen de tecnología que puede ser patentada. A escala internacional, la capacidad de innovación tecnológica se concentra en los países industrializados, tanto en lo que respecta a su participación en el gasto mundial total en investigación, como con relación a los lugares donde se radican los científicos y tecnólogos que participan de esta actividad²⁸⁴. Al ser los países periféricos meros usuarios de las tecnologías producidas por los países centrales, resulta injusto imponerles un régimen legal del cual no pueden obtener casi ningún tipo de beneficio, a cambio de un costo que viene, así, a resultar desmesurado. En este sentido, se ha señalado que el actual sistema de patentes representa la relación más desigual e injusta que puede existir entre los países centrales y los países en desarrollo²⁸⁵.

5. Propiedad intelectual sobre plantas

En el Capítulo 3 se planteó la problemática del patentamiento en su nivel más general y abstracto, prescindiendo por completo de la situación del país y de la rama

tecnológica a la que puede pertenecer la invención. En el Capítulo 4 se introdujo en el análisis la situación específica de los países en desarrollo. En este capítulo, el análisis se circunscribe en función del tipo de tecnología que se pretende proteger. Dado que el derecho de obtentor recae sobre las variedades vegetales, se analiza si es conveniente establecer un régimen de propiedad intelectual sobre las plantas. Recién en el capítulo siguiente se considerará si, de optarse por introducir efectivamente un régimen de propiedad intelectual sobre las plantas, es preferible el régimen del derecho de obtentor o el de las patentes.

Naturalmente, una cuestión tan espinosa como lo es la relativa a la apropiación jurídica de las variedades vegetales, por la vía derechos intelectuales, despierta opiniones encontradas. A continuación, se analizarán los argumentos favorables y contrarios a su reconocimiento legal.

5.1. Argumentos favorables a su aplicación

5.1.1. Aplicación de la teoría de Locke

Conforme con la tesis de Locke, la aplicación del trabajo humano sobre la naturaleza justifica el reconocimiento del derecho de propiedad ²⁸⁶. Este razonamiento ha sido igualmente invocado, por extensión, para justificar la legitimidad de la propiedad intelectual. Aplicado específicamente al ámbito de la materia viva, el principio permitiría justificar la apropiación jurídica sobre las formas de vida “artificialmente” alteradas por la aplicación trabajo intelectual humano sobre los recursos naturales preexistentes.

El presupuesto de este argumento es que el biotecnólogo o el fitomejorador aplican su trabajo sobre una o varias variedades vegetales preexistentes que forman parte de la “naturaleza”. Sin embargo, no parece que el límite entre lo artificial y lo natural resulte tan claro como se lo presupone. ¿Hasta qué punto puede afirmarse que una variedad vegetal actual es un producto natural? ¿Acaso no es fruto de sucesivas actuaciones humanas, cuyos orígenes pueden remontarse hasta el Neolítico?

Cuestionado el límite entre lo natural y lo artificial, se cuestiona asimismo la posibilidad de aplicar el argumento de Locke al ámbito específico de las variedades vegetales. En efecto, si el fundamento del reconocimiento del derecho de propiedad reside en el aporte de trabajo humano, ¿no habrá que participar en ese derecho de propiedad a todos los que han aportado su trabajo, y no sólo a la última persona que efectuó alguna contribución específica? En este sentido, se ha señalado que todo trabajo humano se realiza sobre algo que ya ha sido transformado desde su estado natural y, en consecuencia, debiera compartirse el derecho de propiedad entre los diversos aportantes ²⁸⁷. En definitiva, la postura que acepta la apropiación sobre las plantas vía propiedad intelectual traza, de hecho, una discriminación, para muchos arbitraria, entre quienes han aportado su trabajo para que una variedad vegetal sea lo que es en la actualidad,

atribuyéndole a uno el derecho de explotación exclusiva, y excluyendo por completo a los otros²⁸⁸.

La pertinencia de aplicar el argumento de Locke para justificar el patentamiento de las plantas admite una segunda objeción. No debe olvidarse que este argumento fue elaborado para justificar la propiedad, es decir, el derecho de dominio, que es el que recae sobre una *cosa*, y que, al aplicarlo al ámbito de la propiedad intelectual, se lo está utilizando para justificar la apropiación sobre toda una *categoría de cosas*.

Marginalmente, merece destacarse lo ambigua que resulta la postura que los defensores del patentamiento de las plantas se ven obligados a sostener, con respecto a la naturaleza de las plantas alteradas mediante ingeniería genética. En el campo de la bioseguridad, enfatizan el carácter natural de sus productos, para obtener así la aceptación de los consumidores temerosos de la llamada *frankenfood*, o para evitar el dictado de normas que obliguen al etiquetado. En el campo de la propiedad intelectual, paradójicamente, necesitan destacar su carácter artificial, para justificar la pretensión de apropiación exclusiva²⁸⁹.

En suma, si bien la teoría de Locke puede, eventualmente, servir como fundamento genérico de la propiedad intelectual, no parece ser el soporte teórico más oportuno para justificar el reconocimiento de la propiedad intelectual sobre las variedades vegetales. Por el contrario, puede incluso ser más adecuada para justificar el reconocimiento de algún tipo de derecho a las comunidades aborígenes, al estilo del llamado “derecho del agricultor”.

5.1.2. Producción de alimentos y cambio tecnológico

En la actualidad, la aplicación más inmediata de las variedades vegetales se relaciona con la producción de alimentos. Al respecto, existe una creciente toma de conciencia, a nivel global, de que el crecimiento de la población mundial torna indispensable un avance tecnológico que permita alimentar al mundo y satisfacer sus necesidades²⁹⁰. Por lo tanto, existe una relación directa entre el régimen de la propiedad intelectual y la actual infraestructura de producción de alimentos²⁹¹. Conviene, pues, hacer una referencia a la evolución histórica de esta dimensión infraestructural, para luego analizar qué rol puede desempeñar, en la materia, el régimen del derecho de obtentor o el de patentes.

Los primeros homínidos desconocían completamente la agricultura. En efecto, durante el período Paleolítico, los típicos modos de producción de alimentos fueron la caza y la recolección. Si bien durante este extensísimo período de tiempo se produjeron importantes avances culturales, en lo que respecta a la producción alimentaria el hombre continuó dependiendo de la caza y la recolección²⁹².

Durante el Mesolítico se produjeron intensos cambios ecológicos. En particular, la fundición de los glaciares continentales elevó el nivel del mar, extinguiendo así la megafauna del Pleistoceno. Si bien durante este período la alimentación continuó

dependiendo de la caza, la pesca y la recolección, los cambios climáticos modificaron profundamente el escenario preexistente, y la caza debió trasladarse a los bosques, devenidos refugio de los animales. Aunque no se modificaron los modos de producción alimentaria, se les dio aplicación en un ámbito más amplio, comprensivo de la explotación de moluscos, mamíferos, peces, pájaros, semillas, nueces y otras fuentes alimenticias dispersas²⁹³. Si bien se produjeron rápidos e importantes cambios tecnológicos en materia de transporte, útiles y abastecimiento, sólo implicaron un perfeccionamiento y optimización de los modos de producción ya existentes.

El cambio cualitativo en relación con los modos de producción de alimentos recién se produjo en el Neolítico²⁹⁴, período que se caracteriza por ser la edad de los sistemas culturales basados en la domesticación de plantas y animales, un aumento de la población total, la generación de grupos más grandes, la aparición de asentamientos permanentes o poblados que sustituyeron a los campamentos temporales, modificaciones económicas (aparición de diferencias en riqueza y poder) y políticas (desarrollo de las ciudades, estados e imperios). Sin duda, el cambio más importante, y que precipitó o posibilitó los restantes, fue la domesticación de plantas y animales²⁹⁵. En particular, implicó el tránsito a un nuevo modo de producción alimentaria.

Resulta conveniente detenerse a analizar cómo y por qué se produjo este cambio radical en los modos de producción de alimentos, que condicionó definitivamente la evolución y la historia de la especie humana, y de las demás especies que habitan el planeta. Como se ha señalado, la primera transición se produjo en Oriente Medio, donde, antes de su domesticación, comenzaron a utilizarse en forma creciente los antepasados silvestres del trigo y la cebada²⁹⁶. Estos cereales posibilitaron la vida sedentaria en las aldeas unos 2.000 años antes de la domesticación de plantas y animales, dando lugar a asentamientos preagrícolas. En efecto, el hombre debió adoptar un estilo de vida sedentario, como una adaptación a la necesidad de almacenar el grano silvestre, transformarlo en harina y convertirlo en tortas planas o gachas, dado que la construcción de la estructura necesaria a tal efecto era una inversión demasiado costosa como para ser abandonada y reconstruida en otra región²⁹⁷. Si bien estos asentamientos aún se basaban en la caza y la recolección, fijaron las bases para el tránsito hacia la domesticación, al dar lugar, gradualmente, al cultivo de cereales silvestres y a la domesticación de los animales salvajes atraídos por éstos. Así, la agricultura se originó cuando los habitantes de aquellos asentamientos comenzaron a seleccionar el material a sembrar, para conseguir en la descendencia un raquis más duro (para evitar el desprendimiento de las espigas), cáscaras que se desprendieran con facilidad de la semilla (evitando así procedimientos engorrosos, como el calentamiento en hornos) y, por supuesto, espigas más grandes, con múltiples hileras de semillas²⁹⁸.

Habiendo analizado cómo se produjo el tránsito al Neolítico, particularmente en lo que respecta a la domesticación, resta considerar por qué se produjo este cambio tan relevante en el modo de producción de alimentos. El tema reviste particular relevancia en relación con este trabajo, teniendo en consideración que la producción actual de alimentos enfrenta una crisis cuya gravedad no es menor a la producida por el fin de la era glacial, y existe un fuerte debate a nivel mundial acerca de si el régimen de propiedad intelectual

estaría en condiciones de operar como un disparador del nuevo cambio tecnológico que la situación requiere.

El tránsito del Paleolítico al Neolítico fue, sin duda, propiciado por diversas causas. Entre ellas, hay una que la antropología actual destaca con particular relevancia: los cambios climáticos y ambientales. En efecto, hoy se acepta que fueron los cambios medioambientales de fines del Pleistoceno los que provocaron, o por los menos propiciaron, la transición desde los modos de producción antiguos (caza y recolección) a los nuevos (domesticación de plantas y animales)²⁹⁹. En concreto, con el fin del último período glacial se fundieron las capas de hielo polares y los glaciares continentales, lo que provocó una elevación del mar. Este fenómeno produjo, a su vez, cambios medioambientales de diversa índole según la región del planeta que se estudie. Así, en Oriente Medio, el clima se tornó árido, con veranos prolongados, calurosos y secos, y sequía de lagos y arroyos. En el sudeste de Asia, la elevación del mar anegó la mitad del área continental. En todo caso, lo que importa destacar es que los cambios climáticos provocaron una crisis alimentaria, incapaz de ser resuelta con los modos de producción entonces existentes. Ante la necesidad, y como un proceso adaptativo, comenzó a transitarse un lento camino, que culminó con la domesticación de las plantas y los animales. Fue la crisis alimentaria provocada por los cambios medioambientales, entonces, la que disparó el cambio tecnológico. En buena medida, la situación puede resultar análoga a la que actualmente atraviesa la humanidad, tema que será abordado más adelante.

Ciertamente, la producción -tanto de alimentos como de cualquier otro bien- es una consecuencia de la aplicación del trabajo y la tecnología a los recursos naturales. En lo que se refiere a la producción alimentaria, la cantidad y la calidad de los alimentos que se producen, y el método de su producción, dependen de la interacción entre la tecnología que posee una cultura en un momento dado y las características aprovechables del hábitat al cual esa cultura tiene acceso. Desde una perspectiva histórica, y más allá de los vaivenes transitorios, los avances tecnológicos han incrementado constantemente la cantidad media de alimento disponible por ser humano desde el Paleolítico hasta la actualidad³⁰⁰. Interesa analizar cómo se producen los adelantos referidos en esta área, para luego intentar determinar en qué medida, realmente, la estructura jurídica que proporciona el régimen de la propiedad intelectual resulta idónea para propulsar el apetecido desarrollo tecnológico.

Una perspectiva célebre sobre este tema es la de Malthus, quien predijo que la población mundial crecería por encima de la productividad, por lo que una parte importante de la humanidad se vería condenada a la pobreza, el hambre y la miseria³⁰¹. Como es conocido, la predicción malthusiana tuvo una falla esencial: no tuvo en cuenta el impacto del cambio tecnológico, la acumulación de capital y la capacidad de la humanidad para regular su tasa de crecimiento³⁰². En lo que interesa específicamente a este trabajo, pues, no tomó en consideración el cambio tecnológico, que permitió que el planeta albergara una cantidad de habitantes impensable en aquellos tiempos. Sin embargo, merece subrayarse que todo elemento de la tecnología debe interactuar con factores que se encuentran en un medio ambiente concreto³⁰³.

No conviene incurrir en el error inverso al de Malthus, quien subestimó la importancia de la tecnología, considerándola como algo estable, y en función de los recursos naturales disponibles y la productividad del trabajo humano existentes diagnosticó una capacidad de sustentación del planeta inferior a la que se alcanzó en la fecha crítica. El error opuesto reside en sobreestimar la tecnología o, si se prefiere, en subestimar la influencia del ambiente. Entre ambos factores existe una interacción innegable y, por lo tanto, es errónea la creencia de que las sociedades industriales se han liberado de la influencia del medio ambiente ³⁰⁴. En efecto, el agotamiento y la contaminación de los hábitats agregan costos inevitables a la producción y al consumo de energía. El sistema actual de producción de alimentos genera costos, tanto en términos de los recursos que se consumen para producir como de los desechos que se generan a partir de la producción y su posterior consumo. Más grave aún, todo indica que estos costos seguirán en aumento ³⁰⁵.

Antes de continuar avanzando, es necesario distinguir entre la superación de la capacidad de sustentación y la transgresión del punto de rendimiento decreciente. El sobrepaso de la capacidad de sustentación -es decir, del límite máximo a la cantidad de seres humanos que pueden vivir en un medio ambiente- determina que la producción comience a disminuir como consecuencia del daño irreversible al ambiente, como sucede, por ejemplo, con el agotamiento de los suelos. La transgresión del punto de los rendimientos decrecientes tiene lugar, en cambio, cuando la intensificación hace que se produzca menos por unidad de esfuerzo debido a la creciente escasez o empobrecimiento de uno o más factores ambientales, aun cuando la producción total permanezca estable o se incremente ³⁰⁶. Tal es lo que sucede actualmente, por ejemplo, con la industria pesquera oceánica, la producción de gas y petróleo y la agricultura ³⁰⁷.

En general, los grupos humanos intentarán evitar, mediante la limitación de la expansión de sus esfuerzos productivos, que la razón entre *output* (valor de la producción) e *input* (costos de los factores de producción) caiga por debajo del punto de los rendimientos decrecientes, por la sencilla razón de que nadie desea trabajar más a cambio de igual o menos. En consecuencia, las personas y organizaciones pueden sentir la necesidad de cambiar sus rutinas e instituir innovaciones culturales mucho antes de que se alcance la capacidad de sustentación ³⁰⁸. La necesidad, pues, es la madre del cambio tecnológico.

La afirmación de que la agricultura ha superado su punto de rendimiento decreciente puede resultar llamativa, si se toman en consideración los espectaculares rendimientos agrícolas de los últimos años, en los que incluso se han registrado varias cosechas récord en el país. En este sentido, la producción agrícola mundial pareciera estar respaldando la ley de Leslie White, quien sostuvo que, a medida que las culturas evolucionan, se produce un incremento constante en la cantidad de energía producida *per capita*, como así también en la eficiencia de los medios para ponerla en funcionamiento ³⁰⁹ ³¹⁰. En consonancia con la ley referida, los registros disponibles revelan un notable incremento de la productividad agrícola local, que incluso se dispara en sentido ascendente en la última década. Sin embargo, el cálculo referido es engañoso. La ley de White puede ser aceptada, sin objeciones, en lo que respecta a la cantidad de alimentos -o, mejor, energía

derivada de alimentos- *per capita* que se ha producido. No resulta aceptable, en cambio, que haya aumentado la *eficiencia* de los medios aportados para alcanzar tal producción, excepto que se reduzcan los *inputs* exclusivamente al trabajo humano directo -es decir, el trabajo realizado por los agricultores para obtener la cosecha-. Varios factores permiten afirmar que el cálculo es inexacto, según se verá a continuación.

En primer lugar, una porción relevante de la producción agrícola mundial se destina a la producción de forraje para animales, lo que supone una reducción del 90 por ciento en las calorías aptas para el consumo humano. En segundo lugar, los aportes energéticos requeridos para lograr la producción agrícola no se reducen al proveniente del trabajo humano directo, sino que también deben contabilizarse otros medios que en forma evidente cumplen una función similar, como es el caso del trabajo humano indirecto (por ejemplo, el incorporado para producir tractores, camiones, cosechadoras, petróleo y gas, pesticidas, herbicidas, fertilizantes y, en general, demás insumos utilizados por el agricultor)³¹¹. El descomunal aumento del rendimiento por hectárea se ha logrado a costa de un incremento varias veces mayor de la cantidad de energía combustible invertida por cada caloría de energía alimentaria producida³¹². En concreto, en los Estados Unidos se invertían, hacia 1975, 15 toneladas de maquinaria, 83 litros de gasolina, 91 kilos de fertilizantes y 900 gramos de insecticidas químicos y pesticidas por acre y por año, lo cual representaba un costo de 2.890.000 calorías de energía no alimentaria por acre y año³¹³. Este costo va en aumento desde principios del siglo XX³¹⁴. En efecto, antes de 1910 se obtenían de la agricultura más calorías de las que se invertían en ella, mientras que en 1970 se necesitaban 8 calorías en forma de combustibles fósiles para producir una caloría de alimentos, por no contar las calorías derivadas de otros insumos (como, por ejemplo, aquellas que provienen del procesamiento y empaquetado de los alimentos)³¹⁵. Los datos precedentes permiten afirmar que la ley de White, por lo menos en lo que respecta a la eficiencia energética en la producción de alimentos, es incorrecta.

Este análisis pone en evidencia que el sistema de producción agrícola actual, a pesar del notable incremento en los rindes por hectárea, dista mucho de ser eficiente, en relación con el aprovechamiento de las diversas fuentes de energía. Desde este punto de vista, se ha superado con holgura el punto de rendimiento decreciente. Al mismo tiempo, es claro que el creciente aumento de la población mundial requiere que el incremento de la producción alimentaria no se detenga. Principalmente, existen tres vías para incrementar la producción: la expansión, la intensificación y el cambio tecnológico. La expansión tiene lugar cuando se incrementan proporcionalmente la cantidad de trabajo y el área en que tiene lugar la producción de alimentos (v.gr., se contrata un trabajador adicional y se aumenta el área de sembrado). Pero como los recursos son finitos, la expansión no puede continuar en forma indefinida. Esta limitación es particularmente evidente en la producción agrícola mundial, donde la superficie cultivable, dada la tecnología disponible, ya no puede ser aumentada³¹⁶. Ante esta limitación, existe la posibilidad de acudir a la intensificación, que se produce cuando, sin aumentar el área en que tiene lugar la producción de alimentos, se incrementa la cantidad de otros recursos (v.gr., se contrata más personal o se compra más maquinaria, permaneciendo estable la superficie cultivada). El problema es que, más tarde o más temprano, la intensificación

conduce a sobrepasar, en primer lugar, el punto de rendimiento decreciente y, eventualmente, la capacidad de sustentación.

Queda claro, pues, que la respuesta a la demanda mundial de alimentos vía expansión e intensificación presenta serios límites. La salida de esta encrucijada, por su complejidad, ha de requerir múltiples cursos de acción. Parece seguro que, entre esas vías, indispensablemente, ha de contarse el cambio tecnológico, que es el único recurso hasta ahora probado que permite escapar del círculo vicioso “intensificación- rendimientos decrecientes- superación de la capacidad de sustentación”. Por lo menos, ésta ha sido la respuesta histórica de los ecosistemas humanos que han alcanzado una respuesta exitosa ante este tipo de crisis ³¹⁷. Ante la imposibilidad de optar por la expansión, ante la ineficiencia de perseverar, pasado cierto punto, en la intensificación, se hace indispensable producir un cambio tecnológico, adoptando nuevos modos de producción o, por lo menos, perfeccionando los ya existentes ³¹⁸. Siendo el derecho de obtentor un mecanismo jurídico destinado a fomentar ese avance tecnológico, en lo que se refiere al área del mejoramiento vegetal, es evidente el rol relevante que puede desempeñar en la superación del problema planteado.

Los principios referidos pueden relacionarse, con provecho con la evolución de los modos de producción de alimentos que se ha trazado. La agricultura ha superado el punto de rendimiento decreciente -particularmente, si se pone en suspenso el impacto de las variedades transgénicas-. Bien podría argumentarse que esta circunstancia no debiera ser motivo de preocupación, ya que la experiencia histórica revela que ante una situación de esta índole, más tarde o más temprano, la especie humana reacciona precipitando un cambio tecnológico que la aleja del punto de rendimiento decreciente. El más claro ejemplo que puede aducirse es el del tránsito del Paleolítico al Neolítico, motivado por una crisis alimentaria desatada por los cambios climáticos. En el caso citado, esta crisis no sólo motivó el perfeccionamiento de los modos de producción existentes (caza y recolección), sino que además terminó incentivando la introducción de otros nuevos (domesticación de plantas y animales). Como se ha señalado, “*el ingenio humano siempre ha mantenido las cosechas por encima del crecimiento de la población*” ³¹⁹.

Sin embargo, la toma de conciencia de este proceso histórico también puede conducir a una propuesta alternativa al abstencionismo referido, si se toman en cuenta algunas consideraciones. En primer lugar, si bien es cierto que, desde una perspectiva histórica, a la situación de necesidad le ha seguido el cambio tecnológico, esto no significa que el tránsito haya sido el ideal, o que no haya podido acelerarse. En efecto, los estudios revelan que a pesar de los avances tecnológicos y culturales producidos, la esperanza de vida del Mesolítico llegó a ser inferior a la del Paleolítico. Incluso, en determinadas regiones tal expectativa se redujo, aún más, durante el Neolítico.

En segundo lugar, si bien es cierto que la necesidad dispara el cambio tecnológico, este efecto sólo se produce cuando la necesidad es efectivamente sentida. En lo que respecta a los sistemas de producción de la sociedad actual, están generando una serie de costos ambientales que, si bien han sido largamente difundidos por los medios de comunicación masiva, no han sido asumidos por la sociedad, por lo menos hasta el punto

de producir los cambios drásticos que se requieren para evitarlos. Más aún, en buena medida ese desinterés se explica por el hecho de que la mayor parte de esos costos no va a ser pagada por la generación que los produce, sino por las generaciones sucesivas.

En tercer lugar, si bien es cierto que los avances tecnológicos han incrementado constantemente la cantidad media de energía y alimentos disponible por ser humano desde la época del Paleolítico hasta la actualidad, esto no significa necesariamente que haya crecido proporcionalmente la capacidad humana para controlar la naturaleza, ni que el modo de producción haya aumentado su eficiencia en términos de entrada y producción de energía.

En cuarto lugar, el hecho de que la especie humana haya sabido adaptarse a las sucesivas crisis que la pusieron en jaque no garantiza que vaya a poder hacerlo indefinidamente. Los estudios históricos revelan numerosos casos de especies que no lograron adaptarse a nuevas condiciones, y se extinguieron.

Existen, pues, fuertes motivos para propiciar el desarrollo tecnológico sin confiar ciegamente en su avance espontáneo, tanto porque puede que ese salto no se produzca, como porque puede que ese salto resulte demasiado lento, en términos de supervivencia y calidad de vida, para un sector importante de la población actual y de las poblaciones futuras. Como bien se ha señalado, *“cada vez resulta más evidente que el cambio tecnológico no es un procedimiento mecánico que consiste simplemente en encontrar mejores productos y procesos, sino que para introducir rápidamente innovaciones es necesario fomentar la iniciativa empresarial”*³²⁰.

Frente a este panorama, cabe cuestionarse qué rol le cabe al derecho en el diseño e implementación de esta estrategia adaptativa. El tema ha sido abordado *supra*, N° 3.1.5. Ante la crisis ambiental y alimentaria que la población mundial enfrenta en la actualidad, resulta aconsejable no escatimar medios que propicien su superación, con el menor costo y con la mayor rapidez posible. Queda claro, pues, tras esta breve perspectiva histórica, la relación que puede trazarse entre el régimen de la propiedad intelectual y la evolución de los modos de producción de alimentos. El régimen de la propiedad intelectual es un medio que, supuestamente, propicia e incentiva el desarrollo de la tecnología disponible, ante el desafío real que implica el hecho de que la agricultura actual no se encuentra en condiciones de satisfacer la demanda mundial de alimentos sin superar, en primer lugar, el punto de rendimiento decreciente y, en su caso, la capacidad de sustentación del planeta.

En definitiva, el argumento referido en este punto no es más que una aplicación específica, a la tecnología de producción de alimentos, del argumento general del efecto-incentivo. Puede que el diseño de un régimen de propiedad intelectual como incentivo de la innovación tecnológica forme parte de la estrategia de adaptación exitosa que la humanidad puede pergeñar frente a este nuevo desafío alimentario. En todo caso, lo expuesto en este punto vale como un recordatorio de la necesidad global que requiere urgentemente ser satisfecha.

5.1.3. Fomento del acceso a variedades desarrolladas en el extranjero

Se ha señalado que, de no concederse derechos intelectuales sobre las variedades vegetales, las empresas extranjeras no estarán dispuestas a introducir en el país las variedades que hayan desarrollado y que, en consecuencia, se retrasará el acceso a ese material como fuente de aprovisionamiento en la labor fitomejoradora. En última instancia, el material va a estar disponible, pero con un costo y un tiempo mayor, lo que implica un claro entorpecimiento de la actividad fitomejoradora local.

5.2. Argumentos contrarios a su aplicación

5.2.1. Privatización ilegítima de bienes comunitarios

La tecnología de mejoramiento de plantas, sea que se realice a través de métodos convencionales o mediante modernas técnicas biotecnológicas, se basa en el aprovechamiento de la biodiversidad existente. Esta biodiversidad es fruto de la interacción entre la naturaleza y la labor de mejoramiento que el hombre viene realizando desde hace miles de años. Sin embargo, los regímenes actuales de propiedad intelectual sólo “premián” a quien ha aportado el último eslabón de esta cadena de adaptaciones provocadas, lo que ha sido considerado, a juicio de muchos, una política legislativa injusta y poco eficiente. En última instancia, constituye una apropiación ilegítima de bienes comunes, por parte de las empresas titulares de los títulos de propiedad intelectual ³²¹. Ante esta constatación, se ha propuesto la complementación o el reemplazo del sistema de propiedad intelectual por un régimen jurídico que permita un aprovechamiento compartido entre todos los que han contribuido, en forma directa o indirecta, en el desarrollo de una nueva variedad vegetal, ya sea que se trate de individuos, organizaciones o comunidades ³²². Entre estos aportantes se destacan los granjeros, las comunidades locales, las organizaciones nacionales públicas y privadas y las empresas multinacionales.

El impacto de la revolución biotecnológica, como así también la presión de los intereses políticos y económicos involucrados, pueden llevar a considerar que la única alternativa jurídica que puede dar una respuesta razonable ante esta nueva revolución tecnológica es el reconocimiento de un régimen eficiente de propiedad intelectual, siguiendo el modelo que los países centrales quieren exportar. Sin embargo, el régimen de la propiedad intelectual no es la única alternativa jurídica compatible con esta revolución infraestructural. En suma, la privatización de las plantas y los animales no es una consecuencia inexorable de la revolución biotecnológica, sino más bien del sistema de organización capitalista y de la globalización de la economía ³²³.

Evidentemente, esta crítica se dirige al corazón del régimen de la propiedad intelectual. En efecto, resulta inherente a los regímenes tradicionales de propiedad intelectual conceder al titular del derecho la apropiación exclusiva de un determinado

resultado tecnológico, característica que, según sus críticos, resulta completamente incompatible con las características de la tecnología del mejoramiento de plantas. En suma, los regímenes de propiedad intelectual recompensan a un único actor, excluyendo a quienes han efectuado aportes previos para que ese actor alcanzara un determinado resultado tecnológico ³²⁴.

La crítica no sólo destaca el reparto injusto que el sistema vigente implica, sino también su incapacidad para orientar los esfuerzos en orden a la preservación de los recursos genéticos necesarios para continuar desarrollando en forma sustentable la actividad fitomejoradora. En este sentido, se ha destacado que “... *a no ser que los pequeños agricultores que mantienen las variedades locales reciban una participación en los beneficios, ellos no tendrán ningún incentivo para continuar manteniéndolas. El desafío para las naciones y la comunidad internacional, por lo tanto, es el de encontrar mecanismos que internalicen los costos de conservación dentro de los costos de producción*” ³²⁵.

En este sentido, entre los mecanismos que se han propuesto para corregir y complementar al régimen de propiedad intelectual se destacan los Derechos del Agricultor, reconocidos por las resoluciones 4/89, 5/89 y 3/91 de la FAO. En la segunda de estas resoluciones se los define como derechos que provienen de la contribución pasada, presente y futura de los agricultores a la conservación, mejora y disponibilidad de los recursos fitogenéticos, particularmente de los centros de origen/diversidad. La misma resolución incluye entre sus objetivos permitir a los agricultores, sus comunidades y países en todas las regiones participar plenamente de los beneficios que se deriven, en el presente y en el futuro, del uso mejorado de los recursos fitogenéticos, mediante el mejoramiento genético y otros métodos científicos. Así, por ejemplo, en la India se ha propuesto su reconocimiento mediante la retención de una parte de las regalías percibidas por la venta de semillas, con destino a un fondo para el fortalecimiento de las actividades de los agricultores sobre los recursos fitogenéticos ³²⁶. Como se ha observado, un reconocimiento eficaz de los derechos del agricultor requiere la adopción de medidas a nivel internacional, ya que la mayor parte del germoplasma que se utiliza en cada país proviene del extranjero ³²⁷.

5.2.2. Respeto de la diversidad cultural

Considerando que la vida (en sus diversas manifestaciones) es una creación de Dios, se ha afirmado que no puede ser objeto de apropiación privada ³²⁸. Partiendo de esta premisa de carácter ético y religioso, se rechaza la posibilidad de aplicar el régimen de la propiedad intelectual a los seres vivos en general y, en lo que concierne a este trabajo, a las plantas en particular. Así, se ha afirmado que el patentamiento de las formas de vida implica una denegación total del rol de Dios como creador y fuente de vida ³²⁹. Reclamar la propiedad sobre organismos vivos implica cambiar y devaluar radicalmente la actitud

de respeto y reverencia que el hombre debe tener por la vida humana, reemplazándola por un paradigma de control, poder, competencia y dominación ³³⁰.

En efecto, desde la perspectiva de muchas culturas resulta intolerable una apropiación de la vida al estilo que implican los actuales regímenes de propiedad intelectual. En consecuencia, la imposición, a nivel mundial, de un régimen jurídico que permite este tipo de apropiación supone un atropello sobre un valor fundamental, como es el respeto por la diversidad cultural ³³¹. En muchas culturas, la semilla no es simplemente un objeto que se compra en el mercado, sino un bien que es creado por el uso de recursos naturales (agua, tierra, luz solar) y el conocimiento del granjero, el medio de producción y de reproducción del cual depende la subsistencia del campesino y de su familia. Como puede advertirse, esta postura excede el ámbito de lo puramente económico. Al respecto, se ha observado gráficamente que *“las semillas, para el campesino, no constituyen únicamente la fuente de futuras plantas y alimentos: son el lugar en el que se almacenan la cultura y la historia”* ³³². Evidentemente, esta concepción está destinada a sufrir repetidas fricciones con el plan de los países centrales de estandarizar a nivel mundial un régimen de propiedad intelectual sobre plantas ³³³.

5.2.3. Protección de los países proveedores de materia prima y de conocimientos tradicionales

Como ya se ha destacado, la actividad de mejoramiento vegetal, sea que se base en métodos tradicionales o en la moderna biotecnología, depende de la posibilidad de identificar y utilizar los genes existentes en la diversidad de especies que pueblan el planeta. Dado que la mayoría de esas especies se encuentra en los países subdesarrollados, se ha denunciado la inequidad que implica el régimen de propiedad intelectual vigente a nivel internacional, el que, en definitiva, excluye del derecho sobre las variedades vegetales a quienes han efectuado un aporte sustancial para su desarrollo ³³⁴. En efecto, las empresas extranjeras obtienen el germoplasma en los países subdesarrollados, luego lo modifican, y, finalmente, solicitan la protección de su innovación mediante un derecho intelectual. Resulta injusto que por el valor agregado por los países centrales deba concederse una patente u otro derecho intelectual, mientras que el decisivo aporte de los países subdesarrollados se realice gratuitamente (y más de una vez, incluso, contra su voluntad). El aprovechamiento no se reduce a la apropiación de materia prima, sino que también existe una utilización gratuita de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas acerca de las posibles aplicaciones de las variedades vegetales de su ambiente.

Este argumento crítico evidencia que la cuestión relativa a la propiedad intelectual sobre vegetales no es sólo una materia en la que resulten involucrados intereses puramente particulares, sino también un problema de política y de justicia distributiva entre las naciones desarrolladas y las subdesarrolladas ³³⁵. En el esquema actual, los países periféricos hacen las veces de inmensos reservorios de recursos genéticos. A través

del régimen de la propiedad intelectual, tal como está configurado en la actualidad, se refuerza la tendencia a una división internacional del trabajo entre los países periféricos, como proveedores de material genético gratuito, y los países industrializados, como creadores de nuevas variedades vegetales ³³⁶. En esta distribución de funciones, las corporaciones internacionales sólo retribuyen con una mínima porción de sus ganancias a las comunidades de las que procede el germoplasma, si es que lo hacen ³³⁷. En consecuencia, los países “proveedores” de materia prima experimentan una doble pérdida, ya que no sólo pierden las ganancias que eventualmente hubiesen podido obtener, al industrializar y comercializar ellos mismos la invención, sino que, además, se ven expuestos a pagar por el uso de su propia tecnología o materia prima, en el supuesto que haya sido patentada por una empresa extranjera ³³⁸.

Partiendo de este diagnóstico, se ha considerado que los países proveedores de materia prima maximizarán su bienestar rechazando la adopción del régimen internacional de propiedad intelectual e implementando, en cambio, un sistema al estilo de los derechos del agricultor. Esta política les otorgará a las firmas domésticas una ventaja competitiva, dado que las empresas de los países centrales ya no contarán con un libre acceso al material y a los conocimientos tradicionales. Asimismo, esto constituirá un incentivo para que aumente la inversión mundial en la preservación de la biodiversidad.

Ciertamente, el régimen vigente de propiedad intelectual refuerza esta pauta de división internacional de funciones, en el que los países centrales aportan la tecnología y algunos países periféricos aportan la materia prima, quedándose los primeros con la mayor porción de los beneficios económicos derivados de la comercialización de semillas. Con todo, es una exageración considerar que esta estructura económica es la resultante exclusiva de un determinado régimen jurídico. En definitiva, lo que mejor explica la distinta participación en las ganancias de uno y otro grupo de países es su diversa capacidad tecnológica para valorizar los recursos genéticos brutos ³³⁹. Como se ha observado, “*la gran disponibilidad de estos recursos en los PP [países periféricos] no tiene en sí gran valor, si no se cuenta con la capacidad tecnológica para clasificarlos, evaluarlos y utilizarlos para la creación de nuevas variedades y para forzar, en consecuencia, reglas de intercambio internacional más favorables*” ³⁴⁰.

5.2.4. Acentuación de tendencias oligopólicas

Según se ha observado *supra*, N° 3.2.5, del sistema de patentes se derivan, potencialmente, efectos anticon-currenciales, que trascienden el *ius excluendi* inherente al derecho intelectual. Este peligro se potencia en el caso del mercado mundial de semillas, que presenta una tendencia general hacia el oligopolio ³⁴¹. Esta tendencia a la concentración se vería reforzada de resultar posible el patentamiento de vegetales, como así también por la fusión de las grandes empresas farmacéuticas, agroquímicas y de semillas. En efecto, fruto de las fusiones y adquisiciones de los últimos años, un puñado de empresas controlan los mercados de semillas y agroquímicos. Desde esta posición

dominante, las empresas pueden utilizar sus títulos de propiedad intelectual como un instrumento para el control del mercado, imponiendo a agricultores, por ejemplo, condiciones sobre la utilización de insumos determinados y altas regalías, tanto sobre la semilla originariamente adquirida como sobre la semilla reservada³⁴². Tal sería el caso, por ejemplo, de una empresa semillera que impone el uso de su propio herbicida. En la versión más urticante de esta postura crítica, se ha afirmado que existe un “... *totalitarismo alimentario, en el que un puñado de grandes empresas controla toda la cadena alimentaria y destruye alternativas para que las personas no tengan acceso a alimentos diversos y seguros producidos ecológicamente*”³⁴³.

Las fronteras tradicionales que separaban a la industria de semillas, de agroquímicos y biotecnológicas están desapareciendo, producto de fenómenos de integración de carácter vertical. Como consecuencia de este proceso, se presenta un mercado global de semillas dominado por las autodenominadas “industrias de la vida”, cuya meta no es otra que apropiarse de las ganancias provenientes de la innovación biotecnológica y de la tecnología química³⁴⁴. Según se ha estimado, esta tendencia a la concentración se acentuará en los próximos años, siendo probable que sólo subsistan en el mercado mundial tres o cuatro industrias semilleras - agroquímicas - biotecnológicas³⁴⁵.

En sentido contrario, se ha destacado que los peligros del monopolio se ven morigerados por la moderada elasticidad que presenta la demanda de semillas, dada la disponibilidad de bienes sustitutivos³⁴⁶. Esta circunstancia impide que los proveedores de semillas impongan precios monopólicos.

Conforme a lo referido *supra*, N° 3.2.2, no basta con obtener un título de propiedad intelectual sobre una variedad vegetal para tener garantizado un monopolio. Tampoco cabe asociar necesariamente la titularidad de un derecho intelectual con la implementación de prácticas anticompetitivas ilícitas³⁴⁷. En todo caso, las reflexiones contenidas en este punto sirven para destacar que la protección de las plantas mediante la propiedad intelectual se inserta en el marco de un mercado que, de por sí, muestra una acusada tendencia hacia la concentración, con los consiguientes riesgos que esto implica.

5.2.5. Erosión genética

Si bien los regímenes de propiedad intelectual pueden ser un incentivo eficaz para el desarrollo de variedades comerciales, no resultan igualmente idóneos para fomentar la preservación de la biodiversidad. Incluso, se ha sostenido que constituyen un impedimento para una gestión sustentable de los recursos biológicos³⁴⁸, ya que: a) impiden el acceso a los recursos biológicos, lo que perjudica la innovación y la mejora³⁴⁹; b) acentúan la brecha que existe entre los grandes jugadores de la agricultura comercial y los granjeros que no participan de los derechos intelectuales; y c) fomentan la producción y diseminación de variedades comerciales, que desplazan a las variedades silvestres. En suma, y conforme a esta postura crítica, el reconocimiento de derechos intelectuales sobre plantas conduce a la erosión genética.

La biodiversidad es uno de los principales recursos para lograr un crecimiento sostenible de la producción de alimentos, dado que posibilita la adaptación a condiciones agroecológicas cambiantes ³⁵⁰. El problema es que el “valor de uso” de los recursos genéticos -es decir, su valor como base para la producción de alimentos- no se ve acompañado de un “valor de intercambio”, lo que explica su acelerada erosión y evidencia lo indispensable que resulta encontrar un mecanismo que permita incorporar estos costos de conservación en los costos de producción ³⁵¹.

Partiendo de este diagnóstico con relación a los regímenes actuales de propiedad intelectual, se ha propuesto su complementación a través del reconocimiento de los derechos del agricultor, como un mecanismo para incentivar la inversión en protección y disponibilidad futura de recursos genéticos ³⁵². Como se ha señalado, *“los Derechos del Agricultor no son sólo una cuestión de justicia y equidad, sino que permitirían además asegurarse de que los recursos fitogenéticos, de los cuales todos dependemos, continúen estando disponibles”* ³⁵³.

6. Las patentes y el derecho de obtentor

En el Capítulo 3 se planteó la problemática del patentamiento en su nivel más general y abstracto, prescindiendo por completo de la situación del país y de la rama tecnológica involucrada. En el capítulo siguiente, se introdujo en el análisis una circunstancia específica, como es la referida al grado de desarrollo alcanzado por el país. En el capítulo precedente se ha circunscripto el estudio al ámbito de las variedades vegetales, intentando precisar si es recomendable su protección a través de un régimen de propiedad intelectual. Según se ha visto, no se trata de una cuestión cerrada, sino que existen opiniones encontradas sobre la materia.

Sin embargo, el dato de la realidad normativa es que Argentina ha aprobado y ratificado el acuerdo TRIPs, cuyo art. 27.3.b, si bien permite excluir el patentamiento de las plantas, establece que “... los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquellas y éste”. En suma, el tratado exige la protección de las variedades vegetales a través de la propiedad intelectual, aunque deja librado a cada Estado Miembro la elección de cuál régimen en particular le conviene adoptar, en la medida que sea eficaz. Como se ha señalado, *“actualmente el problema principal parecería ser el de evaluar las ventajas relativas de las diferentes formas de protección de las variedades vegetales, sus alcances e instrumentación, antes que continuar la discusión sobre si ellas deberían ser o no protegidas”* ³⁵⁴. Surge, entonces, el interrogante de si es preferible optar por el patentamiento o por la protección a través del derecho de obtentor. Se trata de una cuestión debatida, que será tratada a continuación, procurando, en lo posible, separar los argumentos favorables a la implantación del derecho de obtentor de aquellos otros que avalan el recurso de las patentes.

6.1. Argumentos favorables al reconocimiento del derecho de obtentor

6.1.1. Adaptación específica a la protección de variedades

Según se ha visto *supra*, N° 1.4, el derecho de obtentor surgió como una reacción frente a las dificultades que el derecho de patentes presentaba para brindar protección a las nuevas variedades vegetales. Es decir, el derecho de obtentor nació como un derecho intelectual específicamente diseñado para proteger las nuevas variedades vegetales, fenómeno que queda evidenciado en los requisitos que se exigen para otorgar el derecho, en su contenido y, particularmente, en las excepciones o limitaciones que se establecen o permiten ³⁵⁵. Por el contrario, el sistema de patentes fue establecido para proteger las invenciones que surjan en cualquier sector tecnológico. Particularmente, no fue pensado para proteger la materia viva en general, ni los vegetales en particular. En consecuencia, se trata de un derecho intelectual que no se adapta a las peculiaridades que presentan las variedades vegetales, con las desventajas que esto implica. Entre los principales aspectos del sistema de patentes que obstaculizan o dificultan la protección de las variedades vegetales a través de este derecho intelectual se destacan la exigencia de la altura inventiva y el requisito de la descripción suficiente, cuestiones que serán brevemente referidas a continuación.

En la actualidad, la generalidad de las leyes de patentes exigen, como requisito para la concesión el derecho intelectual, que la invención presente altura inventiva. Conforme al art. 4° de la ley 24.481, “.. 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” ³⁵⁶, entendiéndose por “estado de la técnica” “... el conjunto de conocimientos técnicos que se han hecho 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” ³⁵⁷. Dado el carácter predominantemente incremental de la actividad fitomejoradora, la mayoría de las variedades vegetales no podrían cumplir con el estándar fijado a través de este requisito ³⁵⁸. Lógicamente, esto implicaría la imposibilidad de contar con la protección de la propiedad intelectual, ya sea por denegación de la solicitud de concesión del derecho, ya sea por la dudosa validez de los derechos que hayan sido obtenidos. Por el contrario, el régimen del derecho de obtentor carece de un requisito semejante, lo que evita los inconvenientes señalados.

Asimismo, es tradicional en los regímenes de patentes la exigencia formal de una descripción suficiente de la invención. En los términos de la ley 24.481, “la invención deberá ser descripta en la solicitud de manera suficientemente clara y completa para que una persona experta y con conocimientos medios en la materia pueda ejecutarla” ³⁵⁹. El problema es que resulta casi imposible describir la materia viva en general, y las plantas en particular, conforme al estándar referido. En efecto, la naturaleza orgánica del objeto

protegido impide efectuar una descripción lo suficientemente precisa y completa como para que un especialista en la materia pueda, a partir de ella, obtener la variedad vegetal³⁶⁰. Se trata, pues, de un obstáculo casi insalvable para el patentamiento de las plantas, excepto que el requisito sea reemplazado por otro distinto, como sucede en el régimen del derecho de obtentor.

6.1.2. Potenciación del efecto-incentivo

Según se ha visto *supra*, N° 3.1.5, el principal argumento económico que fundamenta al sistema de patentes es que incentiva la innovación tecnológica. Profundizando en esta línea, se ha afirmado que este efecto-incentivo se potencia en mayor medida a través del régimen del derecho de obtentor que mediante el sistema de patentes, dado que el primero ha sido diseñado específicamente para proteger los resultados de la actividad fitomejoradora³⁶¹. Esta ventaja comparativa del régimen del derecho de obtentor quedaría demostrada por: a) el aumento del número de títulos emitidos³⁶²; b) el aumento de la producción agrícola³⁶³.

Con respecto a la demostración referida en el inc. a) -aumento del número de títulos emitidos por las oficinas nacionales y comunitarias- parece oportuno referir dos reflexiones. En primer lugar, que una mayor emisión de títulos de derecho de obtentor no necesariamente implica que el régimen esté incentivando con mayor eficacia la innovación tecnológica. En segundo lugar, no es menos cierto que, en aquellos países donde se permite el patentamiento de plantas, se observa un fenómeno similar con relación a los títulos de patentes³⁶⁴.

Con respecto a la demostración referida en b) -aumento de la producción agrícola-, resulta difícil medir el impacto específico que produce el régimen del derecho de obtentor con relación al referido aumento de la producción. Con todo, se ha afirmado que de un tercio a un medio del incremento referido se debe al impacto del reconocimiento legal del derecho de obtentor³⁶⁵.

Contrariamente, se ha sostenido que no existe evidencia de una relación directa entre la implementación del régimen del derecho de obtentor y un aumento de la actividad de investigación y desarrollo en la materia³⁶⁶. En suma, parece que en el ámbito específico de la actividad fitomejoradora, al igual que sucede con relación a la tecnología en general, no existen evidencias concluyentes con respecto a la relación “protección-innovación”, ni mucho menos con respecto a la ventaja comparativa que presentan el derecho de obtentor y las patentes.

6.1.3. Reducción de los costos del monopolio

Según se ha visto *supra*, N° 3.2.2, un costo inherente al régimen de la propiedad intelectual es el que se deriva del monopolio que el derecho intelectual otorga a su titular. Asimismo, se ha destacado *supra*, N° 5.2.4, que este riesgo es particularmente acentuado en la industria de semillas, a consecuencia de la ola de fusiones y adquisiciones que se ha producido en los últimos años. En conexión con esta cuestión, se ha observado que en el régimen del derecho de obtentor los costos del monopolio son inferiores a los derivados del régimen de patentes, dado que el derecho de obtentor tiene un contenido más acotado, y se encuentra limitado por una serie de excepciones que están ausentes en el ámbito de las patentes ³⁶⁷. En este sentido, se ha señalado que los derechos de obtentor “... *no garantizan la utilización exclusiva de la invención; se trata, pues, de un monopolio restringido*” ³⁶⁸. A esto debe agregarse que, dado que el derecho de obtentor no se extiende respecto de las variedades vegetales que son claramente distintas de la variedad registrada, su titular se ve expuesto a una mayor competencia que aquella que debe soportar el patentado, quien se encuentra, por lo menos en teoría, fuertemente protegido por la exigencia de la altura inventiva y por la doctrina de los equivalentes, como así también por la posibilidad de acumular varias reivindicaciones respecto de una misma invención ^{369 370}.

6.1.4. Protección de los intereses de los agricultores

En buena medida, el régimen de propiedad intelectual sobre plantas que un país adopta implica una toma de posición respecto de una relación que puede presentar aristas conflictivas, como es la de los agricultores con las empresas semilleras. Al reconocer la excepción del agricultor, el régimen del derecho de obtentor evidencia una mayor apertura y consideración respecto de los intereses de los agricultores, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las patentes, en el que no existe una excepción semejante. Partiendo de este dato inicial, se ha considerado que el derecho de obtentor presenta una mejor adaptación y solvencia a la hora de regular los intereses que conviven en el ámbito de la agricultura ³⁷¹. El tema será tratado extensamente *infra*, N° 10.

6.1.5. Libre disponibilidad del germoplasma

Dado que la actividad fitomejoradora se basa en la posibilidad de acceder libremente a la mayor variedad de germoplasma, resulta fundamental que el régimen jurídico que regula la materia no obstaculice la libre disponibilidad de este tipo de material. En el régimen del derecho de obtentor, el reconocimiento de la excepción del fitomejorador garantiza la facultad de utilizar libre y gratuitamente material perteneciente a una variedad registrada, como fuente o insumo para el desarrollo de la actividad fitomejoradora, a diferencia del sistema de patentes, en el que no existe una excepción semejante. Ciertamente, en este último sistema existe la llamada excepción de experimentación, pero su alcance es mucho más acotado, y de ningún modo garantiza la

libre disponibilidad del material biológico en las condiciones que sería deseable. En consecuencia, esta característica diferencial de uno y otro régimen puede invocarse para destacar, una vez más, que el sistema del derecho de obtentor se encuentra mejor adaptado para fomentar el desarrollo de la actividad fitomejoradora y que, por el contrario, la implantación de un régimen de patentes podría producir efectos adversos en la materia ³⁷². Esta excepción es analizada en extenso *infra*, N° 11.

6.2. Argumentos favorables al patentamiento de plantas

Con la aparición de las modernas técnicas de la biotecnología, la actividad de mejoramiento vegetal ha experimentado un cambio revolucionario, que modifica tanto sus resultados como los recursos necesarios para desplegarla con éxito. Según se ha señalado, este cambio en la infraestructura necesita ser acompañado por una modificación compatible a nivel del régimen legal, permitiendo el patentamiento de aquellas nuevas variedades que satisfagan los estándares más exigentes que emanan del régimen de patentes. Sin negar las bondades del régimen del derecho de obtentor, entonces, se advierte que la protección que dispensa sería insuficiente para incentivar la inversión de recursos que los proyectos biotecnológicos requieren ³⁷³. No se trata, por cierto, de una postura unánimemente aceptada. En sentido contrario, se ha señalado que el régimen del derecho de obtentor continúa siendo un componente indispensable de la estructura jurídica de fomento de la actividad fitomejoradora, dado que, en definitiva, el aporte de las variedades mejoradas por métodos tradicionales continúa siendo insustituible ³⁷⁴. Como gráficamente suele afirmarse, en la actualidad, con la biotecnología sólo pueden producirse los ladrillos, pero no el edificio, cuya construcción sigue efectuándose a través de los métodos tradicionales.

En todo caso, este argumento no incide tanto como un planteo dicotómico entre el derecho de obtentor y el sistema de patentes, sino que más bien puede ser utilizado para justificar la necesidad de complementar ambos sistemas, permitiendo la protección de las variedades obtenidas por métodos tradicionales a través del derecho de obtentor, y de las variedades resultantes de las modernas técnicas biotecnológicas a través de las patentes, en la medida que se satisfagan los requisitos correspondientes.

NOTAS

¹ Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, 2ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1994, p. 203.

² Shahid ALIKHAN, *Socio-Economic Benefits of Intellectual Property Protection in Developing Countries*, Ginebra, World Intellectual Property Organization, 2000, p. 18.

³ Nota de elevación, comentarios al Capítulo V.

⁴ Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* “Zéneca S.A.I.C. v. Arnaldo Norberto Vázquez y otros”, 320, p. 2.032.

⁵ Refiriéndose al objetivo señalado en el Preámbulo de “promover el bienestar general”, afirma Bielsa: “*Las naciones no sólo deben asegurar su existencia, sino también su progreso, que es como condición resolutoria de su existencia. El progreso en todos los órdenes: intelectual, económico, social, etc...*”, en Rafael BIELSA, *Derecho constitucional*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1959, ps. 109-110.

⁶ Juan B. ALBERDI, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Buenos Aires, Raigal, 1954, p. 32.

⁷ Por ser una cuestión ajena a este trabajo, se descarta el análisis de las marcas y su relación con el art. 17 C.N.. Al respecto, se advierte que las obras de derecho constitucional, sin detenerse demasiado en la cuestión, suelen hacer referencia al derecho marcario al comentar el art. 17, en el tramo que se refiere a la propiedad intelectual, con lo cual tácitamente se está aceptando su subsunción dentro de la norma referida. Pero, por otro lado, se ha señalado que “*Debe descartarse... la posibilidad de fundar el derecho federal de marcas en la disposición del art. 17 de la Constitución Nacional que establece la propiedad exclusiva de su ‘obra, invento o descubrimiento’, que todo autor tiene, ‘por el término que le acuerda la ley’, por cuanto esta disposición sólo puede aplicarse a las normas sobre derechos de autor y sobre patentes de invención, y no así a las de marcas*”, en Luis E. BERTONE y Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de Marcas*, Buenos Aires, Heliasta, 1989, t. I, p. 121.

⁸ Al respecto, el art. 4º de la ley 11.723 establece: “Son titulares del derecho de propiedad intelectual: a) El *autor* de la obra...”.

⁹ Así, se declara en el art. 8º de la ley 24.481: “El derecho a la patente pertenecerá al *inventor* o sus causahabientes...”. Con todo, puede observarse que el art. 1º de la misma ley utiliza el término “autor” para referirse al creador de una invención: “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”.

¹⁰ Néstor P. SAGÜÉS, *Elementos de derecho constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, t. 2, p. 495.

¹¹ Ver *infra*, Nº 11.5.1.

¹² Esta división tan clara en cuanto a los ámbitos de aplicación se torna borrosa en las últimas décadas del siglo XX, particularmente por la protección del *software* a través del derecho de autor.

¹³ Ver *supra*, Nº 1.4.

¹⁴ Pues, como se ha destacado, se “... permite incluir en la norma constitucional a las nuevas situaciones que se presenten, y que quizá no habían sido previstas por los constituyentes”, en Miguel A. EKMEKDJIAN, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1993, t. I, p. 59.

¹⁵ “Si la norma constitucional dice menos de lo que el constituyente quiso decir, es obligación del intérprete ampliar el texto para hacerlo coincidir con el espíritu del constituyente”, en Néstor P. SAGÜÉS, *Elementos de derecho constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, t. 1, p. 54.

¹⁶ “En primer lugar, la Constitución debe interpretarse tomando en cuenta el fin querido por su autor al proponerlo y describirlo”, en Germán J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1992, t. I, p. 68. En el mismo sentido: Miguel A. EKMEKDJIAN, *op. cit.*, p. 64.

¹⁷ Germán J. BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 72.

¹⁸ Juan B. ALBERDI, *op. cit.*, p. 32.

¹⁹ Carlos A. VILLALBA y Delia LIPSZYC, *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 3.

²⁰ Germán J. BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 330.

²¹ Miguel A. EKMEKDJIAN, *ob. cit.*, 1994, t. II, p. 202.

²² *Ibidem*, p. 202.

²³ Pablo A. RAMELLA, *Derecho constitucional*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 560.

²⁴ Rafael BIELSA, *op. cit.*, p. 367 (sin cursiva en el original).

²⁵ Ciertamente, esta afirmación no es pacíficamente aceptada. Al respecto, ver *infra*, Nº 3.

²⁶ Germán J. BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 71.

²⁷ Juan B. ALBERDI, *op. cit.*, p. 29.

²⁸ *Ibidem*, p. 30.

²⁹ Traducción del autor.

³⁰ Alan L. DURHAM, *Patent Law Essentials. A Concise Guide*, Connecticut, Quorum Books, 1999, p. 2.

³¹ “The tradition of granting patents to inventors continued in colonial America and, in spite of some skepticism by influential thinkers such as Thomas Jefferson, it was incorporated in the laws of the United States”, en *ibidem*, p. 1.

³² TRIPS, art. 7º.

³³ Ley 20.247, nota de elevación, párrafo primero.

³⁴ Nota de elevación, comentarios al Capítulo V.

³⁵ Nota de elevación, comentarios al Capítulo V.

³⁶ Nota de elevación, comentarios al Capítulo V.

³⁷ Nota de elevación de la LSCF, comentarios al Capítulo V.

³⁸ Jorge E. LAVALLE COBO, comentarios al art. 16 del Código Civil, en Augusto C. BELLUSCIO (director), Eduardo A. ZANNONI (coordinador), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1978, ps. 84-85; Karl LARENZ, op. cit., p. 328.

³⁹ Considerandos del dect. 2183/91.

⁴⁰ Karl LARENZ, op. cit., ps. 243-244.

⁴¹ *"In the sixteenth and seventeenth centuries, the monarchical conception of patents was dominant in the absolutist monarchies of France and England. In these kingdoms, patents were understood as royal privileges that were granted according to the whim of the monarch, and the patent was conceptualized as an aspect of the divine of kings"*, en Ann HIRONAKA, "Changing meanings, changing institutions: An institutional analysis of patent legislation", en *Sociological Inquiry*, vol. 72, N° 1, invierno 2002, p. 111.

⁴² Ann HIRONAKA, op. cit., p. 111.

⁴³ *Ibidem*, p. 111.

⁴⁴ Ley 22.362, art. 20.

⁴⁵ El régimen de la usucapión o prescripción adquisitiva no desmiente la afirmación anterior, ya que, en este caso es la actividad del tercero la que provoca la pérdida del derecho de dominio, y no la simple inactividad de su titular.

⁴⁶ Juan A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho constitucional argentino*, 2ª ed., Buenos Aires, Edit. Librería Nacional, 1923, t. II, p. 176.

⁴⁷ Juan B. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 4ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1984, p. 289.

⁴⁸ Respecto de las normas jurídicas inoperantes, ver Carlos S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., 11ª reimp., Buenos Aires, Astrea, 2001, ps. 289-292.

⁴⁹ Tal lo que sucede con el derecho de patente (arts. 2º y 30 ley 24.481), el derecho marcario (art. 4º ley 22.362) y el derecho de obtentor (arts. 20 y 21 ley 20.247). Es cierto que la marca de hecho ha recibido alguna mínima protección por parte de la jurisprudencia, pero esto de ningún modo altera el principio señalado: el derecho de marca pertenece a la clase de derechos intelectuales cuya titularidad se adquiere mediante su otorgamiento a través de un acto administrativo.

⁵⁰ Es lo que sucede con el derecho de autor, conforme al Convenio de Berna. En la legislación argentina, el panorama es bastante complejo, y se hace necesario distinguir si se trata de una obra nacional o extranjera, publicada o inédita. Al respecto, v. Carlos A. VILLALBA; Delia LIPSZYC, op. cit., ps. 247-266.

⁵¹ Tal el caso de la designación o nombre comercial (art. 28 ley 22.362).

⁵² Juan A. GONZÁLEZ CALDERÓN, op. cit., p. 175.

⁵³ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Régimen jurídico de los conocimientos técnicos*, Buenos Aires, Heliasta, 1984, p. 375.

⁵⁴ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, Buenos Aires, Heliasta, 2001, t. I, p. 39; Jorge KATZ, *Patentes, corporaciones multinacionales y tecnología. Un examen crítico de la legislación internacional*, en *Desarrollo Económico*, abril-junio 1972, vol. 12, p. 108.

⁵⁵ Ann HIRONAKA, op. cit., p. 112.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 111.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 118.

⁵⁸ En esta línea, puede señalarse la orientación de la Corte Suprema de Estados Unidos, que rechazó la teoría del derecho natural o propiedad absoluta como fundamento del derecho de la patente. V. Alfredo POLI, "La patente de invención como instrumento monopólico en el derecho norteamericano", en *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, 1979, año 1, Nros 1-3, p. 34.

⁵⁹ Así, con relación al argumento del derecho natural del inventor se ha afirmado: *"El mismo no está exento de críticas ya que, como bien apuntan Machlup y Penrose en el estudio mencionado, aun en el caso extremo en que... estemos dispuestos a conceder el hecho de que el individuo posee un control exclusivo sobre sus ideas antes de comunicarlas a otras personas, una vez que las comparte con terceros, dicho control exclusivo obviamente se ha perdido, e impedir a aquellos la utilización de dichas ideas claramente escapa a los límites del 'derecho natural' del primer individuo"*, en Jorge KATZ, *Patentes, corporaciones multinacionales y tecnología. Un examen crítico de la legislación internacional*, op. cit., p. 108.

⁶⁰ En este sentido, se ha señalado que *"... respecto de las invenciones y otras creaciones intelectuales... falta la imposibilidad física de compartir el objeto del correspondiente derecho de propiedad; por el contrario, las invenciones y las restantes ideas tecnológicas se caracterizan por la posibilidad ilimitada de su explotación en el tiempo y en el espacio, sin que la explotación por un agente económico trabaje necesariamente la explotación por otros..."*, en Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes...* cit., t. I, ps. 39-40.

⁶¹ Carlos M. MASCAREÑAS, "El derecho del inventor", en L.L., 104, p. 970.

⁶² De ahí la conocida justificación de las defensas posesorias, tradicionalmente atribuida a Ihering, concebidas como una protección avanzada del derecho de propiedad (o, mejor, de todo derecho subjetivo que incluya entre sus facultades el *ius possidendi*). V. J. ARIAS RAMOS, *Derecho romano*, 10ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Romano, 1966, t. I, ps. 279-280; Francesco MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentís Melendo, 8ª ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, t. III, p. 204.

⁶³ Razonablemente, se ha señalado: *"Que no me dejen circular, ¿quiere decir que yo no tengo derecho de circular?... hay una distinción entre el derecho subjetivo y el nivel puramente fáctico o de los meros hechos o de la mera fuerza. En el derecho subjetivo hay algo así como una 'realidad' que desborda o se distingue o que no coincide con el campo o el ámbito del mero hecho. Si el derecho subjetivo de circular libremente sólo existiera cuando su titular tuviera la fuerza física*

necesaria para impedir que lo aten, sólo lo tendrían, entonces, los fuertes... 'Tener derecho' equivaldría a tener fuerza, o a ser poderoso. Pero, ¿no es eso, precisamente, la negación del derecho?... Lo expuesto significa que el derecho subjetivo no coincide con el mero hecho”, en Héctor H. HERNÁNDEZ, *Valor y derecho. Introducción axiológica a la filosofía jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998 ps. 24-26.

⁶⁴ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes...* cit., t. I, p. 39.

⁶⁵ Así, se ha afirmado que “... el carácter temporalmente limitado de las patentes...” aparece como inconciliable “... con el tipo de tutela que cabría otorgar a derechos subjetivos derivados de un hipotético derecho natural”, en *ibidem*, p. 39.

⁶⁶ Aunque, ciertamente, algunos autores han buscado en la ley natural la pretensión de perpetuidad con que pretenden dotar a los derechos intelectuales. Así, se ha observado con relación a la limitación temporal de la propiedad intelectual establecida en el art. 17 C.N. que “... es una solución injusta, contraria a los principios de la ley natural, y debe modificarse en el sentido de amparar a aquélla con los mismos atributos de la propiedad de las cosas y bienes materiales”, en Juan A. GONZÁLEZ CALDERÓN, op. cit., p. 176.

⁶⁷ Así, se ha afirmado que “... las cargas que pesan sobre el reconocimiento de ese derecho... aparecen como inconciliables con el tipo de tutela que cabría otorgar a derechos subjetivos derivados de un hipotético derecho natural”, en Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes...* cit., t. I, p. 39.

⁶⁸ Art. 264, párrafo primero.

⁶⁹ Art. 307 C.C..

⁷⁰ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes...* cit., t. I, p. 39.

⁷¹ Inversamente, podrían citarse numerosos derechos reconocidos desde los tiempos más primitivos, y mantenidos en vigor durante el curso de los tiempos, cuyo reconocimiento resulta, hoy, aberrante: la venganza de la sangre, el derecho de dominio sobre otros hombres (esclavitud), el poder del padre de dar muerte a sus hijos, etc. Ya señalaba Florentino, en su célebre definición de la esclavitud, que se trataba de una institución del derecho de gentes: I. Inst. 3.3.2. A pesar de su innegable prosapia, parece que nadie admitiría a estos derechos en un hipotético elenco de derechos naturales.

⁷² Johannes HESSEN, *Tratado de filosofía*, Buenos Aires, Sudamericana, 1959, t. II, p. 92.

⁷³ Lorenzo A. GARDELLA, *Introducción al derecho*, Rosario, Ceducar, 2002, t. I, p. 22.

⁷⁴ En este sentido, en la nota introductoria de la ley tipo de 1980 elaborada por UPOV se destaca que los derechos de los obtentores contribuyen asimismo al establecimiento de una mayor justicia en la sociedad, dado que permiten al obtentor conseguir una remuneración justa por las considerables inversiones que generalmente ha de realizar para crear una nueva variedad vegetal. V. UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), ley tipo sobre la protección de las obtenciones vegetales, 1980, nota introductoria.

⁷⁵ “It is therefore no more than justice that they should be granted breeders’ rights in the form of a title of protection for such varieties, which, by ensuring just recompense for their skills and their work, at the same time strongly motivates them to develop their plant breeding work and thereby contribute to the defence and enrichment of the national genetic heritage”, en República Portuguesa, Regulations on the Protection of New Plant Varieties, Ministerial Order N° 940/90, exposición de motivos (sin cursiva en el original).

⁷⁶ Eduardo J. FASULINO, *La innovación tecnológica. Análisis económico-jurídico de los sistemas de promoción*, 2ª ed., Buenos Aires, Heliasta, 2001, p. 27.

⁷⁷ Juan B. ALBERDI, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina...* cit., p. 32.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 32.

⁷⁹ Miguel A. EKMEKDJIAN, ob. cit., 1997, t. IV, p. 550.

⁸⁰ Por ejemplo, en el año 1750 el Parlamento inglés le otorgó 30.000 libras a Jenner por su vacuna contra la viruela. V. Steven SHAVELL y Tanguy VAN YPERSELE, “Rewards versus Intellectual Property Rights”, en *The Journal of Law&Economics*, vol. 44, N° 2, Parte 1, p. 526.

⁸¹ *Ibidem*, p. 527.

⁸² *Ibidem*, p. 541. También se podría acudir a otros indicadores, v.gr., análisis de la elasticidad de la demanda, encuestas para determinar el tipo y la frecuencia de uso del producto, etc..

⁸³ *Ibidem*, p. 542.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 531.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 544.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 544.

⁸⁷ Steven SHAVELL y Tanguy VAN YPERSELE, op. cit., ps. 542-543.

⁸⁸ *Ibidem*, ps. 530-531.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 543.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 543.

⁹¹ *Ibidem*, p. 526.

⁹² *Ibidem*, p. 526.

⁹³ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes...* cit., t. I, ps. 40-41.

⁹⁴ “El contrato es oponible frente a todos, erga omnes. Es un error creer que sólo los derechos reales se dan erga omnes y que por eso son absolutos. Toda relación jurídica, sea real o personal, se da erga omnes y debe ser respetada por los terceros; su violación apareja siempre responsabilidad”, en Jorge MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, edición actualizada,

Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997, p. 344. Lo dicho resulta aplicable, igualmente, a las relaciones jurídicas relativas a derechos intelectuales.

⁹⁵ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes...* cit., t. I, p. 41.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁹⁷ Ann HIRONAKA, op. cit., p. 108.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 113.

⁹⁹ Ciertamente, existen también otros factores que inciden en el crecimiento económico, entre los que se destacan el crecimiento de la población y la acumulación del capital. Con todo, en la actualidad tiende a considerarse que estos dos factores sólo explican un 10% del crecimiento producido durante la primera mitad del siglo XX, por lo menos en un país industrializado como es el caso de Estados Unidos. V. Tuomas TAKALO, "The economic theory of intellectual property protection: a central lesson", en *Ekonomiska Samfundets Tidskrift*, vol. 52, N° 2, 1999, p. 104.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 104.

¹⁰¹ Shahid ALIKHAN, op. cit., p. 9.

¹⁰² Ann HIRONAKA, op. cit., p. 113. En el mismo sentido: Shahid ALIKHAN, op. cit., p. 43; Tuomas TAKALO, op. cit., p. 104.

¹⁰³ Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 1°.

¹⁰⁴ "These Regulations are formulated to protect the rights in new varieties of plants, to encourage the breeding and use of new varieties of plants, and to promote the development of agriculture and forestry", en *China, Regulations of the People's Republic of China on the protection of new varieties of plants*, 1999, art. 1° (traducción del autor).

¹⁰⁵ "The purpose of the Law is to develop seed industry and to contribute to stability of agriculture, forestry, and fishery...", en *Corea, Seed Industry Law*, 1995, art. 1° (traducción del autor).

¹⁰⁶ "It is therefore no more than justice that they should be granted breeders' rights in the form of a title of protection for such varieties, which, by ensuring just recompense for their skills and their work, at the same time strongly motivates them to develop their plant breeding work and thereby contribute to the defence and enrichment of the national genetic heritage", en *República Portuguesa, Regulations on the Protection of New Plant Varieties, Ministerial Order N° 940/90*, exposición de motivos (traducción del autor).

¹⁰⁷ España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, exposición de motivos, punto 1.

¹⁰⁸ Unión Europea, Reglamento 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, considerandos.

¹⁰⁹ UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Ley tipo sobre la protección de las obtenciones vegetales, 1980, nota introductoria.

¹¹⁰ Ver *supra*, N° 2.

¹¹¹ Shahid ALIKHAN, op. cit., p. 19.

¹¹² Cynthia K. WAGNER, "Biotechnology in Mexico: placing science in the service of business", en *Technology in Society*, enero 1998, vol. 20, N° 1, p. 67.

¹¹³ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes...* cit., t. I, p. 41.

¹¹⁴ No resulta sencillo encontrar un término en español que refleje la voz inglesa. Entre otras, se han utilizado las siguientes expresiones: "gorroneo" (Robert M. SHERWOOD, *Propiedad intelectual y desarrollo económico*, Buenos Aires, Heliasta, 1995, p. 68); "usuario aprovechado" (Juan A. GIMENO ULLASTRES y José M. GUIROLA LÓPEZ, *Introducción a la economía. Microeconomía*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 155). Conforme al Diccionario de la Academia, se entiende por "gorronear", el vivir o comer a costa ajena, y el adjetivo "gorrón" se predica de aquel que tiene por hábito comer, vivir, divertirse o regalarse a costa ajena.

¹¹⁵ Mark A. LEMLEY, "The economics of improvement in intellectual property law", en *Texas Law Review*, abril 1997, vol. 75, N° 5, ps. 994-995; Carlos A. PRIMO BRAGA, "The Economics of Intellectual Property Rights and the GATT: a View From the South", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1989, vol. 22, N° 2, p. 244; Nikos C. VARSAKELIS, "The impact of patent protection, economy openness and national culture on R&D investment: a cross-country empirical investigation", en *Research Policy*, agosto 2001, vol. 30, N° 7, p. 1061.

¹¹⁶ Por cierto, no es esto lo que ocurre respecto de aquella tecnología que puede preservarse secreta a pesar de su explotación.

¹¹⁷ Juan A. GIMENO ULLASTRES y José M. GUIROLA LÓPEZ, op. cit., p. 155.

¹¹⁸ Jay P. KESAN, "Intellectual property protection and agricultural biotechnology. A multidisciplinary perspective", en *American Behavioral Scientist*, vol. 44, N° 3, noviembre 2000, p. 466.

¹¹⁹ Costo que implica producir una unidad adicional de un bien.

¹²⁰ Utilidad que se obtiene por el consumo de una unidad adicional de un bien.

¹²¹ Juan A. GIMENO ULLASTRES y José M. GUIROLA LÓPEZ, op. cit., p. 157.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem*, p. 158.

¹²⁴ De hecho, casi no existe bien alguno que no presente algún tipo de externalidad -positiva o negativa- derivada de su consumo o producción.

¹²⁵ Ley de confidencialidad, 24.766.

¹²⁶ Kenneth W. DAM, "The economic underpinnings of patent law", en *The Journal of Legal Studies*, enero 1994, vol. 23, Nº 1, parte 1, p. 247.

¹²⁷ Eduardo J. FASULINO, op. cit., p. 46.

¹²⁸ Nikos C. VARSAKELIS, op. cit., p. 1.066; Mark A. LEMLEY, op. cit., p. 996.

¹²⁹ "... dado el carácter de difícil apropiabilidad de la información, en una economía de mercado sólo es concebible un nivel aceptable de actividad inventiva y de difusión de la información si se establecen formas de protección -que no surgen del 'libre juego del mercado'- para garantizar al inventor la posibilidad de apropiarse de por lo menos una parte de los beneficios generados por su actividad... Por ello, el patentamiento se presenta normalmente como un mecanismo de política pública insoslayable para incentivar la actividad inventiva", en Néstor BERCOVICH y Jorge KATZ., *Biotecnología y economía política: estudios del caso argentino*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1990, ps. 156-157.

¹³⁰ Alberto BERCOVITZ, *Los requisitos positivos de patentabilidad en el derecho alemán*, Madrid, edición del autor, 1968, p. 22.

¹³¹ R. Stephen CRESPI, "Patents in biotechnology: the legal background", en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 february 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, p. 7.

¹³² Néstor BERCOVICH y Jorge KATZ, op. cit., p. 156.

¹³³ Peter D. GOLDSMITH, "Innovation, supply chain control, and the welfare of farmers. The economics of genetically modified seeds", en *American Behavioral Scientist*, abril 2001, vol. 44, Nº 8, p. 1302.

¹³⁴ Robert M. SHERWOOD, op. cit., p. 52.

¹³⁵ Jay P. KESAN., op. cit., p. 489.

¹³⁶ Como una alternativa complementaria al régimen del derecho de obtentor, el art. 32 de la LSCF faculta al Poder Ejecutivo para que "... otorgue en las condiciones que determine la reglamentación, subsidios, créditos especiales de fomento y exenciones impositivas a favor de las cooperativas, organismos oficiales, personas y empresas de capital nacional que se dediquen a las tareas de creación fitogenética".

¹³⁷ Jay P. KESAN., op. cit., p. 471.

¹³⁸ Por diversos motivos, entre los que se pueden destacar los siguientes: difusión de la información entre los empleados, licenciatarios (o ex licenciatarios) que no observan el deber de confidencialidad, ingeniería inversa de los productos comercializados, etc..

¹³⁹ Así, se ha señalado que "... a las leyes modernas de patentes no les interesa la ventaja que puedan proporcionar los artículos patentados. Si el objeto patentado no presenta alguna ventaja sobre lo conocido, ni se venderá, ni al público consumidor le perjudicará que no se venda", en P.C. BREUER MORENO, *Tratado de las patentes de invención*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1957, vol. I, p. X.

¹⁴⁰ Aun, en este caso, la afirmación no es del todo exacta, ya que igualmente deberían deducirse otros costos, v.gr., las rentas monopólicas que, igualmente, hubiese obtenido el oferente, por ser el primero en lanzar el producto al mercado.

¹⁴¹ En este sentido, se ha observado que "*las leyes y los principios descubiertos por la investigación científica tienen un valor intrínseco, independientemente de toda estrecha utilidad que puedan poseer. Este valor intrínseco reside en la satisfacción de la curiosidad, en la realización del deseo de conocer. Se ha reconocido desde hace mucho tiempo que los seres humanos tienen tal deseo... El conocimiento científico no solamente nos da el poder de satisfacer nuestras necesidades prácticas, sino que es también, en sí mismo, la satisfacción directa de un deseo particular, el deseo de saber*", en Copi [1320], p. 478.

¹⁴² Steven SHAVELL y Tanguy VAN YPERSELE, op. cit., p. 526.

¹⁴³ Reduciendo al absurdo la crítica analizada, puede destacarse como cierto que muchos hombres no cometerían asesinato aun en ausencia de punición penal, pero esto jamás ha sido invocado como un argumento para despenalizar el homicidio.

¹⁴⁴ Carlos María CORREA, *Propiedad intelectual, innovación tecnológica y comercio internacional*, inédito, 1988, p. 9. En el mismo sentido: Néstor BERCOVICH y Jorge KATZ, op. cit., p. 16; B. Zorina KHAN y Kenneth L. SOKOLOFF, "History lessons. The early development of intellectual property institutions in the United States", en *Journal of Economic Perspectives*, verano 2001, vol. 15, Nº 3, ps. 241-242; William KINGSTON, "Innovation needs patents reform", en *Research Policy*, 2001, vol. 30, p. 421.

¹⁴⁵ En este sentido, se ha señalado que "*una evaluación beneficio-costo que compute adecuadamente todas y cada una de dichas incidencias es algo difícil de alcanzar, y salvo avances esporádicos en una u otra dirección, debemos reconocer que aún al día de hoy carecemos de resultados satisfactorios de carácter integral*", en Jorge KATZ, op. cit., p. 110. En el mismo sentido: José L. SOLLEIRO y Elena ARRIAGA, "Patentes de biotecnología: amenazas y opciones para América Latina", en *Comercio Exterior*, diciembre 1990, vol. 40, Nº 12, p. 1.165; Jorge KATZ, "Patentes, corporaciones multinacionales y tecnología. Un examen crítico de la legislación internacional", op. cit., p. 111; Carlos María CORREA, op. cit., p. 11.

¹⁴⁶ Así, se ha señalado que "... los hechos han demostrado que las patentes, y el reconocimiento de los derechos del inventor, influyen en el progreso de la industria", en P.C. BREUER MORENO, op. cit., p. VIII.

¹⁴⁷ Ann HIRONAKA, op. cit., p. 124.

¹⁴⁸ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes...* cit., t. I, p. 59.

¹⁴⁹ Al respecto, ver *infra*, Nº 4.2.

¹⁵⁰ José L. SOLLEIRO y Elena ARRIAGA, op. cit., p. 1.165.

¹⁵¹ V. Carlos M. CORREA, “Patentes y biotecnología: opciones para América Latina”, en Revista del Derecho Industrial, Buenos Aires, 1990, N° 34, p. 31.

¹⁵² *Ibidem*, p. 31; Nikos C. VARSAKELIS, op. cit., p. 1.066.

¹⁵³ Jorge KATZ, op. cit., p. 1112.

¹⁵⁴ La protección del secreto industrial no ha sido acotada temporalmente por el ordenamiento jurídico. La exclusividad depende, en realidad, de una cuestión de hecho: el mantenimiento en secreto de la tecnología en cuestión, y su no descubrimiento por un tercero en forma independiente.

¹⁵⁵ En realidad, esta categoría sólo existe idealmente, ya que, aunque sea por un período mínimo, el invento siempre tendrá un lapso durante el cual permanecerá secreto, hasta ser “descubierto” por los competidores de quien lo desarrolló.

¹⁵⁶ Véase *infra*, N° 3.2.2.

¹⁵⁷ Queda en pie el beneficio prospectivo, ya que, al solicitar la patente, la tecnología se divulga desde su publicación, pudiendo servir de base para nuevos desarrollos. Si no existiera el régimen de patentes, la tecnología sólo se haría pública en el momento en el cual al titular ya no le resulta posible conservarla en secreto, con lo cual se retrasaría el momento su difusión, retrasándose asimismo la aparición de las nuevas tecnologías basadas en aquella. En síntesis: en este caso, el sistema de patentes no cumple el efecto incentivo inmediato, aunque sí adelanta en el tiempo la divulgación de la tecnología (efecto incentivo mediato). Al respecto, ver *infra*, N° 3.1.6.

¹⁵⁸ Al respecto, ver *infra*, N° 3.2.2.

¹⁵⁹ Supóngase una tecnología cuyo desarrollo requiere escasa inversión, pero que, sin embargo es nueva y tiene altura inventiva.

¹⁶⁰ Piénsese, por ejemplo, en aquellos sectores tecnológicos que requieren grandes inversiones, pero en los que los progresos son, predominantemente, de carácter incremental. En estos casos, no resultará salvado el requisito de la altura inventiva.

¹⁶¹ V.gr., mediante la supresión del requisito de la altura inventiva.

¹⁶² Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes...* cit., 2001, t. II, p. 80. En el mismo sentido: Carlos A. PRIMO BRAGA, op. cit., p. 255.

¹⁶³ Ver *supra*, N° 3.1.5.2.1.

¹⁶⁴ Jorge KATZ, op. cit., p. 115.

¹⁶⁵ Como excepción, puede señalarse el caso de aquellos países cuyo mercado interno tienen tal dimensión que justifica, en forma autónoma, la inversión en el desarrollo de determinada tecnología. V. Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes...* cit., t. I, op. cit., p. 102, nota 104.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 83.

¹⁶⁷ Kenneth W. DAM, op. cit., p. 267; Shahid ALIKHAN, op. cit., p. 14; Robert M. SHERWOOD, op. cit., p. 52; Alberto BERCOVITZ, op. cit., p. 21.

¹⁶⁸ Expresión utilizada en Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes...* cit., t. II, p. 326.

¹⁶⁹ E, incluso en lo que respecta a usos materiales de la creación protegida, el régimen de propiedad industrial admite excepcionalmente su licitud, a través de la excepción de experimentación (patentes) o la llamada excepción del fitomejorador (derecho de obtentor). Al respecto, ver *infra*, N° 11.

¹⁷⁰ Jay P. KESAN, op. cit., p. 472.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 489. Ver *infra*, N° 4.1.

¹⁷² Este último es, casi siempre, el caso de la tecnología de mejoramiento de plantas.

¹⁷³ Jorge KATZ, op. cit., p. 115.

¹⁷⁴ Lisa Sowle CAHILL, “Genetics, commodification, and social justice in the globalization era”, en Kennedy Institute of Ethics Journal, septiembre 2001, vol. 11, N° 3, ps. 223-224.

¹⁷⁵ Jay P. KESAN, op. cit., p. 490.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 489.

¹⁷⁷ En inglés, *invent around* o *design around*.

¹⁷⁸ Jay P. KESAN, op. cit., p. 490.

¹⁷⁹ Shahid ALIKHAN, op. cit., p. 111.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 139.

¹⁸¹ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes...* cit., t. I, ps. 64-65.

¹⁸² Shahid ALIKHAN, op. cit., p. 2.

¹⁸³ COMUNIDAD ANDINA, Decisión 345 - Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 1°.

¹⁸⁴ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes...* cit., t. I, p. 66.

¹⁸⁵ En relación con el derecho de obtentor, el régimen de nulidad resulta del art. 30.b de la ley 20.247 y de los arts. 35 y 36.b del decr. 2183/91. En relación con las patentes, el régimen de nulidad está regulado en los arts. 59 a 66 de la ley 24.481.

¹⁸⁶ Carlos M. CORREA, *Acuerdo TRIPs - Régimen internacional de la propiedad intelectual*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, ps. 136-137.

¹⁸⁷ Jay P. KESAN, op. cit., p. 489.

- ¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 489.
- ¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 467.
- ¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 468.
- ¹⁹¹ “Alternatively, patents may obviate the need for vertical ownership. Smaller genetics firms can survive alongside larger integrated firms with patent protection because they will be able to reap the surplus created by their invention through licensing revenues”, en *ibidem*, p. 469.
- ¹⁹² Shahid ALIKHAN, op. cit., p. 44.
- ¹⁹³ Ann HIRONAKA, op. cit., p. 110.
- ¹⁹⁴ Carlos María CORREA, *Propiedad intelectual, innovación tecnológica y...* cit., p. 8.
- ¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 8.
- ¹⁹⁶ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes...* cit., t. I, p. 181.
- ¹⁹⁷ TRIPs, art. 1º.
- ¹⁹⁸ TRIPs, art. 1º.
- ¹⁹⁹ José L. SOLLEIRO y Elena ARRIAGA, op. cit., ps. 1166-1167.
- ²⁰⁰ Steven SHAVELL y Tanguy VAN YPERSELE, op. cit., p. 542; Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes...* cit., t. I, p. 54.
- ²⁰¹ Kenneth W. DAM, op. cit., p. 252. Con todo, es razonable suponer que el sistema de patentes acentúa esta tendencia.
- ²⁰² Carlos M. CORREA y Salvador D. BERGEL, *Patentes y competencia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 91.
- ²⁰³ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes...* cit., t. I, p. 54.
- ²⁰⁴ Sobre los costos del monopolio, véase *infra*, N° 3.2.2.
- ²⁰⁵ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes...* cit., t. I, p. 54.
- ²⁰⁶ Kenneth W. DAM, “The economic underpinnings of patent law”, op. cit., p. 263.
- ²⁰⁷ *Ibidem*, p. 264.
- ²⁰⁸ *Ibidem*, p. 264.
- ²⁰⁹ *Ibidem*, p. 264.
- ²¹⁰ *Ibidem*, p. 264.
- ²¹¹ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes...* cit., t. I, p. 54.
- ²¹² “This conflict between free trade economic theories and the patent system could occur only once patents had been conceptualized as an economic incentive of the rationalized, bureaucratic state”, en Ann HIRONAKA, op. cit., p. 114.
- ²¹³ Carlos María CORREA, *Propiedad intelectual, innovación tecnológica y...* cit., p. 10. Diversas publicaciones inglesas -London Economist, London Times, Spectator- llegaron a vaticinar, en 1869, la derogación del régimen de patentes: Ann HIRONAKA, *ibidem*, p. 115. Tanto en Francia como en Alemania existieron propuestas formales de derogación de sus respectivas leyes de patentes. En Prusia, el canciller Bismarck recomendó la abolición de las patentes en 1868. Holanda derogó su ley de patentes en 1869, y el régimen fue restablecido recién cuatro décadas más tarde. Suiza, que por entonces carecía de una ley de patentes, rechazó la adopción del régimen en 1863. V. Steven SHAVELL; Tanguy VAN YPERSELE, op. cit., ps. 526-527; Pat MOONEY, “From Cabbages to Kings: Intellectual Property vs. Intellectual Integrity”, en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 february 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, ps. 31-33, p. 31; B. Zorina KHAN; Kenneth L. SOKOLOFF, op. cit., ps. 234-236.
- ²¹⁴ Así, P.C. BREUER MORENO, op. cit., ps. IX-X.
- ²¹⁵ Juan A. GIMENO ULLASTRES y José M. GUIROLA LÓPEZ, ob. cit., p. 198.
- ²¹⁶ *Ibidem*, p. 198.
- ²¹⁷ *Ibidem*, p. 198. Así, quien tiene el “monopolio” del ferrocarril, en realidad compite con los otros medios de transporte que conducen al mismo destino.
- ²¹⁸ Extremando la nota, y razonando a la manera del viejo Parménides, podría afirmarse que ni siquiera el mismo proveedor está en condiciones de suministrar dos bienes idénticos.
- ²¹⁹ Juan A. GIMENO ULLASTRES y José M. GUIROLA LÓPEZ, op. cit., p. 198.
- ²²⁰ Robert M. SHERWOOD, op. cit., p. 68; Kenneth W. DAM, op. cit., p. 261.
- ²²¹ Kenneth W. DAM, op. cit., ps. 249-250.
- ²²² Jay P. KESAN, op. cit., p. 487.
- ²²³ En realidad, los productos deberán ser *sustancialmente* distintos al patentado, ya que de lo contrario su explotación constituirá una infracción a la patente. Esto es lo que resulta de la aplicación de la teoría de los equivalentes. Una función análoga a la teoría de los equivalentes puede ser cumplida, en el régimen del derecho de obtentor, por la distancia mínima. Al respecto, ver *infra*, N° 11.5.1.8.
- ²²⁴ H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de derecho industrial*, Madrid, Civitas, 1978, p. 217.
- ²²⁵ Tuomas TAKALO, op. cit., p. 105.
- ²²⁶ Jay P. KESAN, op. cit., p. 488.
- ²²⁷ Kenneth W. DAM, op. cit., ps. 263-264.
- ²²⁸ Steven SHAVELL y Tanguy VAN YPERSELE, op. cit., p. 526.

²²⁹ Con referencia al sector biotecnológico, se ha dicho: “Las patentes pueden, en contrapartida, tener un efecto adverso sobre el progreso de la investigación biotecnológica, particularmente debido a la naturaleza ciencia-intensiva de aquélla y a la privatización del conocimiento en el sector que ellas materializan... la amplitud con que se han concedido patentes en el campo biotecnológico puede ser un freno importante para la investigación en áreas que podrían colisionar con los derechos otorgados”, en Carlos M. CORREA, op. cit., p. 32.

²³⁰ Con respecto a los efectos nocivos que esta regla provoca antes de la concesión de la patente, v. *supra*, N° 3.2.1.

²³¹ E.R. GOLD, “Biotechnology patents: strategies for meeting economic and ethical concerns, en *Nature Genetics*, abril 2002, vol. 30, N° 4, p. 359.

²³² Como se ha señalado, existe “... una verdadera técnica de la imitación, que persigue trasvasar los valores estéticos, intelectuales, industriales o mercantiles del objeto protegido, a otra encarnación material en que esos valores continúen siendo evocados a través de una versión formal diferente”, en H. BAYLOS CORROZA, op. cit., p. 62. Con respecto a esta problemática en el ámbito del derecho de obtentor, ver *infra*, N° 11.5.1.

²³³ Vandana SHIVA, *Cosecha robada*, Buenos Aires, Paidós, 2003, p. 20. Con respecto a la problemática específica del mercado de semillas, ver *infra*, N° 5.2.4.

²³⁴ Carlos M. CORREA y Salvador D. BERGEL, *Patentes y...* cit., p. 90.

²³⁵ Ley 24.481, art. 28.

²³⁶ Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de derecho constitucional*, 4ª ed., Buenos Aires, Kapelusz, 1959, p. 171. En el mismo sentido: R.A. MASHKAR, “Intellectual property rights and the Third World”, en *Current Science*, 25 de octubre de 2001, vol. 81, N° 8, p. 5.

²³⁷ Vandana SHIVA, op. cit., p. 19.

²³⁸ Así, se ha afirmado que “los inventos, por su propia naturaleza, están destinados a pertenecer a la comunidad humana, a todos los hombres. A ser, por consiguiente, susceptibles de explotación por cualquier persona...”, en Carlos M. MASCAREÑAS, op. cit., p. 969.

²³⁹ Germán J. BIDART CAMPOS, op. cit., p. 330. En el mismo sentido, se ha destacado que “el art. 17 de la Constitución Nacional incorpora el derecho de propiedad con una limitación temporal... Esta limitación temporal se basa en el principio de que las ideas no son producto exclusivo de su autor... En otras palabras, cada obra intelectual tiene un background suministrado por la civilización en donde aparece. Por eso es justo que la comunidad pueda gozar de los beneficios de la obra intelectual, una vez que el autor haya obtenido su justa compensación económica”, en Miguel A. EKMEKDJIAN, op. cit., p. 203.

²⁴⁰ Néstor BERCOVICH y Jorge KATZ, op. cit., p. 157.

²⁴¹ Ann HIRONAKA, op. cit., p. 115; José L. SOLLEIRO y Elena ARRIAGA, “Patentes de biotecnología: amenazas y opciones para América Latina”, op. cit., p. 1167; Carlos A. ARRIAGA, “The Economics of Intellectual Property Rights and the GATT: A View From the South”, op. cit., p. 257.

²⁴² Ann HIRONAKA, “Changing meanings, changing institutions: An institutional analysis of patent legislation”, op. cit., p. 115; Nikos C. VARSAKELIS, “The impact of patent protection, economy openness and national culture on R&D investment: a cross-country empirical investigation”, op. cit., p. 1066; Carlos A. PRIMO BRAGA, “The Economics of Intellectual Property Rights and the GATT: A View From the South”, op. cit., p. 257.

²⁴³ Carlos M. CORREA, *Acuerdo TRIPs - Régimen...* cit., p. 24.

²⁴⁴ Nikos C. VARSAKELIS, “The impact of patent protection, economy openness and national culture on R&D investment: a cross-country empirical investigation”, op. cit., p. 1.066.

²⁴⁵ Carlos A. PRIMO BRAGA, op. cit., p. 257.

²⁴⁶ Carlos María CORREA, *Propiedad intelectual, innovación tecnológica y...* cit., p. 10.

²⁴⁷ Los supuestos han sido tomados de Robert M. SHERWOOD, op. cit., p. 176.

²⁴⁸ Como sucede, en buena medida, con el sector fitomejorador.

²⁴⁹ Robert M. SHERWOOD, op. cit., p. 179.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 179.

²⁵¹ *Ibidem*, op. cit., p. 189.

²⁵² Carlos María CORREA, *Propiedad intelectual, innovación tecnológica y...* cit., p. 34.

²⁵³ Sebastián COPPOLETA, “The role of the patent system in developing countries”, en *Derecho y Empresa*, N° 11, p. 110.

²⁵⁴ Martín ABRAHAM, “Some Consumer and Third World Concerns on the Patenting of Biotechnology Products and Processes”, en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 February 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, p. 54; Carlos A. PRIMO BRAGA, op. cit., p. 256; Néstor BERCOVICH y Jorge KATZ, op. cit., p. 158.

²⁵⁵ Carlos María CORREA, *Propiedad intelectual, innovación tecnológica y...* cit., p. 39.

²⁵⁶ Néstor BERCOVICH y Jorge KATZ, *Biotecnología y economía política:...* cit., p. 157.

²⁵⁷ *Ibidem*, ps. 157-158.

²⁵⁸ Robert M. SHERWOOD, op. cit., p. 184.

²⁵⁹ “Intellectual property rights are being harmonised worldwide. One of the third world concerns is that while a fully harmonised system of IPR is being advocated, today’s advanced economies had refused to grant patents throughout the 19th and early 20th centuries. They formalized the enforced intellectual property rights gradually as they shifted from being net users of intellectual property to bring net producers. Indeed, France, Germany and Switzerland, who are leading developed countries today completed, what is now standard protection, only in the 1960s and 1970s”, en MASHKAR, R.A., “Intellectual

property rights and the Third World”, op. cit., ps. 2-3. En el mismo sentido: Carlos María CORREA, *Propiedad intelectual, innovación tecnológica y...* cit., p. 12.

²⁶⁰ “... parece que las firmas a las que les va bien en la actividad pirata tienen escaso incentivo para subir al nivel de la innovación”, en Robert M. SHERWOOD, *Propiedad intelectual y...* cit., p. 184.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 184.

²⁶² *Ibidem*, p. 187.

²⁶³ Shahid ALIKHAN, “Socio-Economic Benefits of Intellectual Property Protection in Developing Countries”, op. cit., p. 7. Contra: Mario BUNGE, *Las ciencias sociales en discusión*, Buenos Aires, Sudamericana, 1999 p. 265: “En las naciones en desarrollo la tecnología comienza siendo imitativa”. La afirmación anterior reviste, para el autor citado, el *status* de “generalización empírica” o “cuasi ley”. Es decir, no llega a erigirse en una ley del desarrollo tecnológico.

²⁶⁴ Ann HIRONAKA, op. cit., p. 115.

²⁶⁵ Robert M. SHERWOOD, *Propiedad intelectual y...* cit., p. 186.

²⁶⁶ Eduardo J. FASULINO, op. cit., p. 86.

²⁶⁷ INSTITUTO NACIONAL DE SEMILLAS (INASE), Anuario 1999, p. 42.

²⁶⁸ Ver *infra*, Anexo, gráfico N° 1.

²⁶⁹ Ver *infra*, Anexo, gráfico N° 2.

²⁷⁰ Ver *infra*, Anexo, gráficos N°s 3, 4 y 5.

²⁷¹ Ver *infra*, Anexo, gráfico N° 6.

²⁷² Carlos María CORREA, *Propiedad intelectual, innovación tecnológica y...* cit., p. 34.

²⁷³ José L. SOLLEIRO y Elena ARRIAGA, “Patentes de biotecnología: amenazas y opciones para América Latina”, op. cit., p. 1.167.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 1167.

²⁷⁵ Carlos María CORREA, *Propiedad intelectual, innovación tecnológica y...* cit., p. 34; José L. SOLLEIRO y Elena ARRIAGA, “Patentes de biotecnología: amenazas y opciones para América Latina”, op. cit., p. 1.164; Jorge KATZ, “Patentes, corporaciones multinacionales y tecnología. Un examen crítico de la legislación internacional”, op. cit., p. 116; Sebastián COPPOLETA, “The role of the patent system in developing countries”, op. cit., p. 97.

²⁷⁶ Jorge KATZ, “Patentes, corporaciones multinacionales y tecnología. Un examen crítico de la legislación internacional”, op. cit., ps. 141-142; Sebastián COPPOLETA, “The role of the patent system in developing countries”, op. cit., p. 97.

²⁷⁷ Jorge KATZ, op. cit., ps. 141-142.

²⁷⁸ *Ibidem*, ps. 141-142.

²⁷⁹ Jorge KATZ, “Patentes, corporaciones multinacionales y tecnología. Un examen crítico de la legislación internacional”, op. cit., ps. 141-142.

²⁸⁰ José L. SOLLEIRO y Elena ARRIAGA, “Patentes de biotecnología: amenazas y opciones para América Latina”, op. cit., p. 1.167.

²⁸¹ Sebastián COPPOLETA, “The role of the patent system in developing countries”, op. cit., p. 97.

²⁸² R.A. MASHELKAR, “Intellectual property rights and the Third World”, op. cit., p. 4.

²⁸³ José L. SOLLEIRO y Elena ARRIAGA, “Patentes de biotecnología: amenazas y opciones para América Latina”, op. cit., p. 1.167.

²⁸⁴ Néstor BERCOVICH y Jorge KATZ, *Biotecnología y economía política...* cit., p. 13.

²⁸⁵ “In the ultimate analysis, the present system can be said to represent the most unequal and most unjust of all relationships between industrialised and Third World countries”, en Martin ABRAHAM, “Some Consumer and Third World Concerns on the Patenting of Biotechnology Products and Processes”, op. cit., p. 54.

²⁸⁶ Esta idea está expresada por Locke en el Capítulo 5 (“De la propiedad”) de su “Second Treatise of Government”.

²⁸⁷ John M. MEYER, “¿Rights to life? On nature, property and biotechnology”, en *Journal of Political Philosophy*, vol. 8, N° 2, junio 2000, p. 167.

²⁸⁸ *Ibidem*, ps. 172-173.

²⁸⁹ *Ibidem*, ps. 166-167; Benedikt HÄRLIN, “¿Patenting Life? A Political Question”, en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 february 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, p. 57.

²⁹⁰ “Earth’s population is expected to rise by 50 percent over the next half century. The current agriculture system simply will not be able to feed this world. We will need another Green Revolution to provide adequate food without seriously damaging the environment”, en John H. BARTON; Peter BERGER, “Patenting agriculture”, op. cit., p. 43. Asimismo, se ha señalado que “... with the plant production conditions that existed 50 years ago, today’s considerably increased population could no longer be properly fed. Without intensive progress in plant breeding feeding the population properly will not be possible in future in the Third World. In view of the situation, it is unthinkable to limit agriculture in those regions to the continued exclusive cultivation of obsolete land race varieties”, en Henning KUNHARDT, “Industrial Property Rights and their Impact on Industry and Agriculture”, en *Plant Variety Protection*, N° 59, p. 303.

²⁹¹ Estrictamente, la vinculación existe también con otros tipos de producción (v.gr., de energía). Es que, como bien se ha señalado, la revolución biotecnológica ha alterado los lindes tradicionales entre las diversas tecnologías. Si bien los desarrollos actuales han permitido el desarrollo de variedades vegetales resistentes a insectos y a herbicidas, se considera que

en un futuro cercano las aplicaciones se extenderán a otros ámbitos. Así, y entre otras aplicaciones, se destacarán las siguientes: aumento del rendimiento agronómico, adaptación a condiciones ambientales adversas para las especies tradicionales, mejora de la calidad nutricional, variedades con aplicaciones farmacéuticas, descontaminación ambiental (fitorremediación), producción de nuevos materiales (v.gr., plásticos biodegradables) y sustancias con aplicaciones comerciales diversas (biomateriales), mejora del medio ambiente, etc.. V. Jeremy RIFKIN, *The biotech century: harnessing the gene and remaking the world*, New York, Tarcher/Putnam, 1998, ps. 17-19; Eric S. GRACE, *Biotechnology unzipped – Promises & Realities*, Washington D.C., Joseph Henry Press, 1997, ps. 97-132; Richard W. OLIVER, *The Coming Biotech Age. The Business of Bio-Materials*, New York, McGraw-Hill, 2000, ps. 169-180; FRANCISCO GARCÍA OLMEDO; GONZALO SANZ-MAGALLÓN; ENRIQUE MARÍN PALMA, *La agricultura española ante los retos de la biotecnología*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2001, ps. 34-41; ANTONIO LEYVA; JAVIER PAZ-ARES, “Los retos de la agricultura en el siglo XXI”, en AA.VV., *La biotecnología aplicada a la agricultura*, Madrid, Eumedia, 2000, ps. 33-35.

²⁹² Durante este período, los cambios tecnológicos que afectaron la producción de alimentos (la construcción de útiles compuestos como el arpón y las armas con mango, la domesticación del perro, etc.), no implicaron un cambio en los modos de producción alimentaria, sino sólo un perfeccionamiento de los ya existentes.

²⁹³ Marvin H. HARRIS, ob. cit., p. 235.

²⁹⁴ Es generalmente aceptado que la primera transición al modo de producción Neolítico se produjo en Oriente Medio, entre el 10.000 a.C. y el 8.000 a.C.

²⁹⁵ AA.VV., *Prehistoria*, op. cit., p. 22.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 18; Marvin H. HARRIS, op. cit., 243.

²⁹⁷ Marvin H. HARRIS, op. cit., p. 245.

²⁹⁸ AA.VV., *Prehistoria*, op. cit., p. 24; Marvin H. HARRIS, op. cit., ps. 248-249.

²⁹⁹ Marvin H. HARRIS, op. cit., ps. 251-252.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 313.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 340.

³⁰² *Ibidem*, p. 360; ANTONIO LEYVA; JAVIER PAZ-ARES, “Los retos de la agricultura en el siglo XXI”, op. cit., p. 26.

³⁰³ Marvin H. HARRIS, op. cit., p. 316.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 318.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 319.

³⁰⁶ Conforme con la ley de los rendimientos decrecientes, la producción adicional derivada de aumentos sucesivos de un factor termina disminuyendo cuando se mantienen constantes otros factores, es decir, el producto marginal del factor variable disminuye cuando se supera el punto de rendimiento decreciente. V. Paul A. SAMUELSON; William D. NORDHAUS, *Macroeconomía*, 15ª ed., Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 778; Juan A. GIMENO ULLASTRES y José M. GUIROLA LÓPEZ, *Introducción a la economía...* cit., p. 90.

³⁰⁷ Marvin H. HARRIS, op. cit., p. 320. Con relación a la agricultura, se ha señalado que “*los incrementos anuales en la producción de alimentos se están atenuando y factores esenciales de la producción agrícola, tales como la energía, el agua dulce y el suelo laborable, están al límite de su disponibilidad*”, en FRANCISCO GARCÍA OLMEDO; GONZALO SANZ-MAGALLÓN y ENRIQUE MARÍN PALMA, op. cit., ps. 20-21.

³⁰⁸ Marvin H. HARRIS, *Introducción a la antropología general*, op. cit., p. 320.

³⁰⁹ En definitiva, la alimentación es una fuente de energía. De hecho, es la primera fuente de energía a la que pudieron acceder los homínidos.

³¹⁰ Marvin H. HARRIS, *Introducción a la antropología general*, op. cit., ps. 332-333.

³¹¹ *Ibidem*, p. 333.

³¹² *Ibidem*, p. 333; Vandana SHIVA, op. cit., ps. 24-25.

³¹³ Marvin H. HARRIS, op. cit., ps. 333-335.

³¹⁴ Al respecto, se ha denunciado que “*... en el caso de la agricultura, como en el de la silvicultura, la ilusión de crecimiento encubre un robo a la naturaleza y a las personas pobres: se oculta la creación de escasez tras una máscara de crecimiento*”, en Vandana SHIVA, op. cit., p. 9.

³¹⁵ Marvin H. HARRIS, op. cit., p. 335. En el mismo sentido, se ha observado que “*la productividad en las prácticas agrícolas tradicionales ha sido siempre elevada, ya que son muy pocos los inputs externos requeridos. A pesar del énfasis que se ha puesto en el incremento de la productividad en términos absolutos que ha comportado la Revolución Verde, se ha podido comprobar, cuando se toman en consideración los recursos empleados, lo contraproducente e ineficiente que ha sido dicha revolución... En un estudio en el que se comparan los policultivos tradicionales y los monocultivos industriales se muestra que un sistema de policultivo puede producir 100 unidades de comida a partir de 5 unidades de input, mientras que un sistema industrial requiere 300 unidades de input para producir esas mismas 100 unidades. Las 295 unidades de recursos desperdiciados podrán haber producido 5.900 unidades de comida adicional*”, en Vandana SHIVA, op. cit., p. 25.

³¹⁶ O no, por lo menos, sin pagar un altísimo costo ecológico. Un problema semejante se plantea con el agua de riego. V. FRANCISCO GARCÍA OLMEDO; GONZALO SANZ-MAGALLÓN y ENRIQUE MARÍN PALMA, op. cit., ps. 21-22; ANTONIO LEYVA y JAVIER PAZ-ARES, op. cit., p. 25.

³¹⁷ Marvin H. HARRIS, op. cit., p. 336.

³¹⁸ “*Si queremos salvar nuestro futuro alimentario no queda más opción que aumentar la productividad, pero una agricultura intensiva como la que se va a requerir no puede basarse en la tecnología actual... Se hace necesaria la obtención de nuevas variedades de mayor rendimiento, menos sensibles a factores adversos y que requieran menos tratamientos*”

agroquímicos...”, en Francisco GARCÍA OLMEDO; Gonzalo SANZ-MAGALLÓN y Enrique MARÍN PALMA, *La agricultura española ante los retos de la biotecnología*, op. cit., p. 21. En el mismo sentido: Antonio LEYVA y Javier PAZ-ARES, *Los retos de la agricultura en el siglo XXI*, op. cit., p. 25.

³¹⁹ Vandana SHIVA, *Cosecha robada*, op. cit., p. 124.

³²⁰ Paul A. SAMUELSON y William D. NORDHAUS, *Macroeconomía*, 15ª ed., Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 545.

³²¹ Pat MOONEY, “From Cabbages to Kings: Intellectual Property vs. Intellectual Integrity”, op. cit., ps. 32-33; Freda RAJOTTE, “Some Theological and Ethical Points of Concern on the Issue of the Patenting of Genetically Engineered Living Organisms”, en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 february 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, p. 51; Philippe CULLET, “Property-rights regimes over biological resources”, en *Environment & Planning C-Government & Policy*, octubre 2001, vol. 19, Nº 5, p. 660; Jonathan KING y Doreen STABINSKY, “Biotechnology under globalisation: the corporate expropriation of plant, animal and microbial species”, en *Race Class*, vol. 40, Nºs 2-3, 1999, p. 72; R.A. MASHELKAR, “Intellectual property rights and the Third World”, op. cit., ps. 5-6; José ESQUINAS ALCÁZAR, “La aplicación de los derechos del agricultor”, en AA.VV., *Biología y derecho*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, ps. 274-275; Susanne DROEGE y Birgit SOETE, “Trade-related intellectual property rights, North-South trade, and biological diversity”, en *Environmental & Resource Economics*, junio 2001, vol. 19, Nº 2, p. 150; José ESQUINAS ALCÁZAR, “Los derechos del agricultor”, en AA.VV., *Los derechos de propiedad de las obtenciones vegetales*, Madrid, Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1998, p. 314.

³²² Philippe CULLET, “Property-rights regimes over biological resources”, op. cit., p. 660; Jonathan KING y Doreen STABINSKY, “Biotechnology under globalisation: the corporate expropriation of plant, animal and microbial species”, op. cit., p. 88.

³²³ Jonathan KING y Doreen STABINSKY, “Biotechnology under globalisation: the corporate expropriation of plant, animal and microbial species”, op. cit., p. 76.

³²⁴ Philippe CULLET, “Property-rights regimes over biological resources”, op. cit., p. 659.

³²⁵ José ESQUINAS ALCÁZAR, “La aplicación de los derechos del agricultor”, en AA.VV., *Biología y derecho*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, p. 275.

³²⁶ *Ibidem*, p. 286.

³²⁷ *Ibidem*, p. 287.

³²⁸ Gérard CHOLIN, “Patenting Life Forms: the Impact on Farmers”, en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 february 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, p. 41; Freda RAJOTTE, “Some Theological and Ethical Points of Concern on the Issue of the Patenting of Genetically Engineered Living Organisms”, op. cit., p. 50.

³²⁹ *Ibidem*, p. 50.

³³⁰ *Ibidem*, p. 51.

³³¹ Vandana SHIVA, op. cit., p. 152.

³³² *Ibidem*, p. 18.

³³³ Jonathan KING y Doreen STABINSKY, “Biotechnology under globalisation: the corporate expropriation of plant, animal and microbial species”, op. cit., p. 84.

³³⁴ Philippe CULLET, “Property-rights regimes over biological resources”, op. cit., p. 652; Pat MOONEY, “From Cabbages to Kings: Intellectual Property vs. Intellectual Integrity”, op. cit., ps. 32-33; Freda RAJOTTE, “Some Theological and Ethical Points of Concern on the Issue of the Patenting of Genetically Engineered Living Organisms”, op. cit., p. 51; Martin ABRAHAM, “Some Consumer and Third World Concerns on the Patenting of Biotechnology Products and Processes”, op. cit.; John M. MEYER, “¿Rights to life? On nature,...” cit., p. 171; John H. BARTON y Peter BERGER, “Patenting agriculture”, op. cit., p. 654.

³³⁵ John M. MEYER, “¿Rights to life? On nature,...” cit., p. 171.

³³⁶ Néstor BERCOVICH y Jorge KATZ, *Biología y economía política:...* cit., p. 163.

³³⁷ Robert L. OSTERGARD; Matthew TUBIN y Jordan ALTMAN, “Stealing from the past: globalisation, strategic formation and the use of indigenous intellectual property in the biotechnology industry”, en *Third World Quarterly*, agosto 2001, vol. 22, Nº 4, p. 654.

³³⁸ *Ibidem*, p. 654.

³³⁹ Néstor BERCOVICH y Jorge KATZ, *Biología y economía política:...* cit., p. 164.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 164.

³⁴¹ Jonathan KING y Doreen STABINSKY, “Biotechnology under globalisation: the corporate expropriation of plant, animal and microbial species”, op. cit., ps. 81-82; Martin ABRAHAM, “Some Consumer and Third World Concerns on the Patenting of Biotechnology Products and Processes”, op. cit., p. 53; Vandana SHIVA, *Cosecha robada*, op. cit., p. 31; Susanne DROEGE y Birgit SOETE, “Trade-related intellectual property rights, North-South trade, and biological diversity”, op. cit., ps. 160-161; Aldo P. CASELLA, “Derechos del obtentor y del agricultor: la cuestión en Argentina a la luz de los convenios internacionales y del derecho comparado”, en *Actas del IV Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario*, Imagen Impresiones, Rosario, 2002, ps. 285-287.

³⁴² Aldo P. CASELLA, “Derechos del obtentor y del agricultor: la cuestión en Argentina a la luz de los convenios internacionales y del derecho comparado”, op. cit., ps. 285-287.

³⁴³ Vandana SHIVA, op. cit., p. 31.

³⁴⁴ Peter D. GOLDSMITH, “Innovation, supply chain control, and the welfare of farmers. The economics of genetically modified seeds”, op. cit., p. 1.308.

³⁴⁵ *Ibidem*, ps. 1.307-1.308.

³⁴⁶ *Ibidem*, ps. 1.310-1.311.

³⁴⁷ Ver *supra*, N° 3.2.5.

³⁴⁸ Philippe CULLET, “Property-rights regimes over biological resources”, op. cit., p. 657; Freda RAJOTTE, “Some Theological and Ethical Points of Concern on the Issue of the Patenting of Genetically Engineered Living Organisms”, op. cit., p. 51; Martin ABRAHAM, “Some Consumer and Third World Concerns on the Patenting of Biotechnology Products and Processes”, op. cit., p. 53; Susanne DROEGE y Birgit SOETE, “Trade-related intellectual property rights, North-South trade, and biological diversity”, ob. cit., p. 150.

³⁴⁹ Este efecto no es atribuible al régimen del derecho de obtentor. Ver *infra*, N° 11.

³⁵⁰ José ESQUINAS ALCÁZAR, “Los derechos del agricultor”, op. cit., p. 312.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 312.

³⁵² Susanne DROEGE y Birgit SOETE “Trade-related intellectual property rights, North-South trade, and biological diversity”, ob. cit., p. 161.

³⁵³ José ESQUINAS ALCÁZAR, “Los derechos del agricultor”, op. cit., p. 322.

³⁵⁴ Carlos M. CORREA, “Los recursos biológicos y los derechos de propiedad intelectual”, en *El Derecho*, miércoles 24 de enero de 1996, p. 3.

³⁵⁵ En este sentido, se ha destacado que “... *plant variety protection law is not simply a somewhat inadequate copy of patent law, but a sui generis legal system that is particularly adapted to the conditions of living matter. It provides solutions in its special area of application whose progressivity could hardly be accommodated in the traditional structures of patent law and which would constitute a far better model, for instance for the protection of animal varieties, than would patent do*”, en Henning KUNHARDT, “Industrial Property Rights and Their Impact on Industry and agriculture”, op. cit., p. 40.

³⁵⁶ Inc. d.

³⁵⁷ Inc. c.

³⁵⁸ Geertrui VAN OVERWALLE, “Protecting innovations in plant biotechnology: ¿patents or plant breeders’ rights?”, en *Proceedings of the Sixth forum for Applied Biotechnology, Mededelingen van de Faculteit Landbouwwetenschappen Universiteit Gent*, 1993, vol. 57, ps. 7-8; J.G. BOONMAN, “Plant Patenting as Seen by a Plant Breeding Professional”, en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 february 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, p. 30.

³⁵⁹ Art. 20.

³⁶⁰ Néstor BERCOVICH y Jorge KATZ, *Biología y economía política...* cit., ps. 164-165; Francisco ASTUDILLO GÓMEZ y Miguel ARTEAGA, “La biotecnología y las patentes”, en *Espacios*, 1988, vol. 9, N° 1, p. 26; Geertrui VAN OVERWALLE, “Protecting innovations in plant biotechnology: ¿patents or plant breeders’ rights?”, op. cit., ps. 7-8.

³⁶¹ Henning KUNHARDT, “Industrial Property Rights and Their Impact on Industry and agriculture”, op. cit., p. 34; Néstor BERCOVICH y Jorge KATZ, *Biología y economía política...* cit., p. 161.

³⁶² Tal sería el caso de Alemania y de los Estados Unidos, como así también de otros países que reconocen el derecho de obtentor. V. KUNHARDT, Henning, “Industrial Property Rights and Their Impact on Industry and agriculture”, op. cit., p. 34; Néstor BERCOVICH y Jorge KATZ, *Biología y economía política...* cit., p. 161.

³⁶³ Henning KUNHARDT, “Industrial Property Rights and Their Impact on Industry and agriculture”, op. cit., p. 35.

³⁶⁴ Con relación al patentamiento de plantas en los Estados Unidos, se ha afirmado: “*The first indicator is that the number of patents in many areas of basic agricultural research is growing exponentially*”, en John H. BARTON y Peter BERGER, “Patenting agriculture”, op. cit., p. 45.

³⁶⁵ Henning KUNHARDT, “*Industrial Property Rights and their Impact on Industry and Agriculture*”, op. cit., p. 299.

³⁶⁶ Carl E. PRAY, “Intellectual Property Rights on Plants: Enforcement, R&D and Potential Importance for LDCs”, inédito, 1990, p. 10.

³⁶⁷ Henning KUNHARDT, “Industrial Property Rights and Their Impact on Industry and agriculture”, op. cit., p. 34; Susanne DROEGE y Birgit SOETE, “Trade-related intellectual property rights, North-South trade, and biological diversity”, p. 153.

³⁶⁸ Néstor BERCOVICH y KATZ, Jorge, *Biología y economía política: estudios del caso argentino*, op. cit., p. 161.

³⁶⁹ Henning KUNHARDT, “Industrial Property Rights and Their Impact on Industry and agriculture”, op. cit., ps. 34-38; John H. BARTON y Peter BERGER, “Patenting agriculture”, op. cit., p. 47; Susanne DROEGE y Birgit SOETE, “Trade-related intellectual property rights, North-South trade, and biological diversity”, p. 153.

³⁷⁰ Al respecto, ver *infra*, N° 11.5.1.

³⁷¹ Jonathan KING y Doreen STABINSKY, “Biotechnology under globalisation: the corporate expropriation of plant, animal and microbial species”, op. cit., p. 80; Jean P. CHIARADIA BOUSQUET, “Plant Genetic Resources: Protection of Rights” en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 february 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, p. 46.

³⁷² Françoise COMTE, “The Position of COPA and COGECA on the Legal Protection of Biotechnological Inventions”, en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 february 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, p. 38; Jean P. CHIARADIA BOUSQUET, “Plant Genetic Resources: Protection of Rights”, op. cit., p. 46; John H. BARTON; Peter BERGER, “Patenting agriculture”, op. cit., p. 44;

Henning KUNHARDT, “Industrial Property Rights and Their Impact on Industry and agriculture”, op. cit., p. 38; Henning KUNHARDT, “Industrial Property Rights and their Impact on Industry and Agriculture”, op. cit., p. 302; Marie A. HERMITTE, “Patenting life forms: the legal environment”, en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 february 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, p. 16; J.G. BOONMAN, “Plant Patenting as Seen by a Plant Breeding Professional”, op. cit., p. 30. En contra: John H. DUESING, “Patent Protection for Inventions from Agricultural Biotechnology”, en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 february 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, p. 23.

³⁷³ “*This protects specific varieties but does not provide very significant incentives for biotechnology advances such as new genes or new transformation methods. Hence, multinational and even national firms are likely to press national governments to adopt stronger intellectual property protection*”, en John H. BARTON y Peter BERGER, “Patenting agriculture”, op. cit., p. 47. En el mismo sentido: John H. DUESING, “Patent Protection for Inventions from Agricultural Biotechnology”, op. cit., p. 26.

³⁷⁴ Henning KUNHARDT, “Industrial Property Rights and their Impact on Industry and Agriculture”, op. cit., p. 300.

TERCERA PARTE

CONTENIDO DEL DERECHO DE OBTENTOR

SECCIÓN 1

INTRODUCCIÓN

7. Determinación del contenido: metodología y consideraciones generales

7.1. Introducción

En la sección anterior se han estudiado los fundamentos del derecho de obtentor. Según se destacó *supra*, N° 2, el régimen jurídico de este derecho intelectual se inspira en una doble finalidad: otorgar una justa recompensa al obtentor de una nueva variedad vegetal e incentivar el desarrollo de la actividad fitomejoradora. En esta sección se analizará si el contenido del derecho intelectual, tal como se encuentra configurado en la normativa vigente, resulta adecuado para dar cumplimiento a la doble finalidad apuntada.

En términos generales, puede afirmarse que el derecho de obtentor concede a su titular la facultad de explotar en forma exclusiva la variedad vegetal que constituye su objeto, durante un período limitado de tiempo. De lo dicho se desprende que: a) el titular del derecho de obtentor puede explotar la variedad; y b) puede hacerlo en forma exclusiva. Tales facultades suelen calificarse, respectivamente, como positivas y negativas. Son facultades positivas las diversas formas que puede asumir la explotación de la variedad (producción, multiplicación, comercialización, licenciamiento, etc.). Y la facultad negativa, el *ius excluendi*, es la posibilidad del titular de excluir a cualquier tercero del aprovechamiento de la variedad en cuanto tal. En suma: el titular del derecho puede explotar la variedad en forma exclusiva, conducta que está prohibida a todo tercero, excepto que cuente con la autorización del titular del derecho intelectual.

Lo dicho vale a título meramente introductorio. En efecto, debe admitirse que la expresión “explotación exclusiva de la variedad” dista de ser precisa, particularmente, en lo que refiere al sentido del término “explotación”. Término que, por cierto, no es utilizado por la normativa vigente en el país. Sin embargo, la fórmula referida resulta apropiada para denotar sintéticamente el contenido del derecho intelectual analizado, y es en este sentido que será utilizada a continuación.

En consecuencia, es importante precisar el contenido del derecho del obtentor, ya que no todo acto de aprovechamiento económico de la variedad está reservado en forma exclusiva a su titular. Así, los actos de “utilización” puramente intelectual escapan al ámbito de explotación exclusiva, como sería el caso, por ejemplo, de una disertación en la que se analiza la composición de la variedad registrada, su rendimiento agronómico, su impacto económico, etc. Tampoco todos los actos de aprovechamiento material de la variedad corresponden en forma exclusiva al obtentor. A simple título ejemplificativo, basta hacer referencia a la variada gama de actos (venta, entrega, etc.) que escapan a la

esfera de exclusividad del obtentor en virtud del agotamiento de su derecho. No corresponde aún ingresar en el análisis detallado del tema. Lo dicho vale como marco introductorio, y permite señalar que el conjunto de facultades de aprovechamiento de la variedad se expresan sintéticamente señalando que el titular de la variedad tiene el poder de explotar en forma exclusiva a ésta. Conforme con lo apuntado, queda claro que esta expresión vale sólo como referencia preliminar, ya que no es exacto que *todos* los actos de aprovechamiento de la variedad le sean atribuidos a su titular en forma exclusiva.

7.2. *Métodos legislativos de determinación del contenido*

Antes de ingresar en el análisis concreto del contenido del derecho de obtentor, conviene efectuar una breve reflexión en relación con el *modo* en que ese contenido es determinado por el legislador. Si por contenido del derecho se entiende el conjunto de las posibilidades de actuación que éste otorga a su titular, la determinación del contenido implica establecer qué es lo que puede hacer el titular del derecho. En otros términos, precisar qué facultades le otorga el derecho subjetivo a su titular. Generalmente, esta determinación se realiza por una doble vía. En primer lugar, se efectúa una determinación positiva, esto es, se establece cuáles son las facultades que se reconocen al titular del derecho. Esta determinación positiva, a su vez, puede realizarse en forma explícita o implícita. Es explícita cuando la ley enumera cuáles son los actos que el titular del derecho intelectual se encuentra facultado para realizar, y es implícita, en cambio, cuando la ley enumera cuáles son los actos que se prohíbe realizar a los terceros, si no cuentan con la autorización del titular. De esta última clase de normas se infiere que el titular está facultado para realizar aquellos actos que los terceros tienen prohibidos ¹. Efectuada la determinación positiva, explícita o implícitamente, es común que se agregue una determinación negativa, marcando límites a las facultades del titular, reduciéndose así el ámbito de actuación inicialmente trazado por vía positiva. De la conjunción de estas prescripciones resulta el contenido preciso del derecho subjetivo.

Esta metodología es la que en el derecho argentino se ha seguido a la hora de configurar el contenido del derecho de obtentor. Mediante los arts. 27 y 37 de la LSCF se determina positivamente, en forma implícita, su contenido. Conforme al art. 27 de la LSCF, “No lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar quien entrega a cualquier título semilla del mismo mediando autorización del propietario...”. De la norma transcrita se infiere que entre las facultades del titular del derecho de obtentor se encuentra la de entregar a cualquier título semilla perteneciente a la variedad protegida. Esta determinación positiva se completa con lo establecido en el art. 37, que establece que “Será penado con multa de dos mil pesos (\$ 2.000.-) a cien mil pesos (\$100.000.-) quien identificare o vendiere, con correcta u otra identificación, semilla de cultivares cuya multiplicación y comercialización, no hubiera sido autorizada por el propietario del cultivar”. De esta norma se desprende que el titular del derecho de obtentor es la única persona facultada para identificar, vender, multiplicar y comercializar material perteneciente a la variedad protegida. Esta precisión del contenido del derecho

intelectual se completa mediante dos importantes normas, que lo delimitan negativamente: los arts. 27 y 25 de la LSCF. El art. 27 establece que “No lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar... quien reserva y siembra semilla para su propio uso...”. La norma reconoce una importante limitación al derecho intelectual, tradicionalmente denominada excepción del agricultor, por la cual se autoriza al productor agrícola a reservar semilla de su propia cosecha para uso propio ². Se acota, de esta forma, la configuración inicial del derecho de obtentor. Esta configuración se limita aún más al traer a colación el art. 25 de la ley, conforme al cual “La propiedad sobre un cultivar no impide que otras personas puedan utilizar a éste para la creación de un nuevo cultivar, el cual podrá ser inscripto a nombre de su creador sin el consentimiento del propietario de la creación fitogenética que se utilizó para obtenerlo, siempre y cuando esta última no deba ser utilizada en forma permanente para producir al nuevo”. Esta otra limitación es conocida bajo el nombre de “excepción del fitomejorador”, y será analizada oportunamente ³.

Analizando la técnica del legislador desde otra perspectiva, se advierte que existen dos métodos para determinar, a nivel normativo, el contenido de un derecho subjetivo: la remisión y la descripción. El método remisivo de determinación del contenido del derecho consiste en remitir la cuestión al ente que es objeto del derecho, entendiendo que el titular del derecho se encuentra facultado para hacer todo aquello que la estructura óntica del objeto del derecho le permita, en la medida que sea conducente a la satisfacción del interés tutelado por el derecho subjetivo. Tal es lo que sucede, por ejemplo, con el derecho de dominio. La remisión se hace evidente en la misma definición que elabora el codificador, cuando señala que el dominio “... es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona” ⁴. A continuación, el contenido del derecho es concretado en el art. 2513 del Código, en el que se establece que el propietario tiene “... el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular”. Incluso esta última norma, en apariencia descriptiva, supone una remisión. En efecto, el legislador se limita a establecer que el propietario está facultado para poseer, usar y disfrutar de la cosa. ¿Y en qué consiste ese uso y disfrute? El legislador no se preocupa por describirlo, sino que se remite a la cosa objeto del derecho: el propietario puede hacer con la cosa aquello que ésta, por su estructura o configuración, le permite, en la medida que sea conducente a la satisfacción del interés protegido por el derecho. Como se ha señalado, en este tipo de derechos “*El poder jurídico no necesita ser descriptivo en el contenido, por la intensidad con que se remite a un objeto que, en su propio permanecer pasivamente a la disposición del titular, suple toda posible descripción. Cuanto pueda hacerse con él, eso es lo que el derecho faculta para hacer, con la abstención respetuosa de la comunidad*” ⁵.

El modo de configuración del contenido varía sensiblemente cuando se acude al método descriptivo. En este caso, el legislador establece con precisión qué es lo que puede hacer el titular del derecho, detallando las facultades concretas con que cuenta, sin suplir esta descripción con una remisión genérica al objeto del derecho que está regulando. Es que, en este tipo de casos, el objeto del derecho regulado suele carecer de un “poder normativo” que le permita “reglar” el contenido del derecho subjetivo. Nada gana el

legislador efectuando una remisión, ya que el objeto no indica, por su estructura óptica, cuál será el contenido del derecho. Así sucede, por ejemplo, con el derecho de crédito. Se sabe que su objeto es la prestación, pero el legislador se ocupa de establecer con precisión qué facultades concretas tiene el acreedor para obtener la satisfacción de su interés. Básicamente, como es sabido, esa facultad consiste en poder exigirle al deudor el cumplimiento de la prestación. Pero no existe remisión alguna, ni tendría sentido que existiera, ya que nada hay en la prestación que permita inferir cuál ha de ser el contenido del derecho de crédito.

Refiriéndose en general a los derechos intelectuales, Baylos Corroza afirma que su contenido se determina por remisión. Entiende que el derecho intelectual “... *está dotado de un poder jurídico remisivo, ya que el contenido del derecho no determina descriptivamente ese hacer, sino que confía su definición a la remisión al objeto: multiplicar, reproducir la creación espiritual...*”⁶. Sin embargo, el mismo autor aclara, más adelante, que no se trata de una simple remisión, ya que en los derechos intelectuales “... *incluso su carácter remisivo es peculiar, porque aquí no basta, como en la propiedad, con una simple y pura remisión al objeto para, sólo con ello, dejar ya acotadas las posibilidades que encierra el contenido del derecho, si este contenido se concreta en una fórmula tópica y no descriptiva; sino que la remisión a la creación espiritual se deshace a su vez en un conjunto de posibilidades reales, constituidas como un hacer que necesita ser descrito, utilizando la creación espiritual como punto de referencia*”⁷. En definitiva, no basta la mera remisión, como en el caso del dominio, sino que las posibilidades de actuación que integran el contenido del derecho necesitan ser descritas por el legislador. No se trata, por cierto, de ingresar en cuestiones puramente semánticas, pero parece más apropiado referirse al fenómeno estudiado como un método de determinación compuesto o complejo, ya que es parcialmente remisivo y parcialmente descriptivo. En definitiva, la respuesta ha de encontrarse en cada ordenamiento jurídico en particular, analizando las normas concretas que regulan el contenido del derecho en cuestión, y buscando desentrañar qué metodología de regulación aplicó el legislador. Consultando el régimen argentino vigente, en relación con el derecho de obtentor, se advierte que si bien existe algún tipo de remisión, ésta resulta inequívocamente complementada mediante una descripción del contenido.

En efecto, el legislador efectúa una remisión general al establecer, en los comentarios al Capítulo V de la nota de elevación, que la finalidad de la ley es garantizar “... al fitomejorador derechos de propiedad sobre su creación o descubrimiento...”, pero no se detiene en esta configuración inicial. Lejos de ello, esta remisión genérica constituye tan sólo un marco de referencia para la determinación del contenido del derecho, que luego es perfilado con mayor precisión mediante la descripción concreta de aquellas conductas que corresponden en forma exclusiva al titular del derecho de obtentor, como así también de aquellas otras que están libremente permitidas a los terceros. Así, el legislador acude al método descriptivo cuando delimita positivamente el contenido del derecho, estableciendo que el titular del derecho de obtentor cuenta con las siguientes facultades exclusivas respecto del material de reproducción de la variedad protegida: producción o multiplicación⁸, identificación⁹, comercialización¹⁰, venta¹¹ y entrega a cualquier título

¹². Evidentemente, no se trata de una mera remisión. Esto resulta aún más evidente si se analiza la regulación establecida en el decr. 2183/91, cuyo art. 41 reserva al titular del derecho de obtentor las siguientes facultades exclusivas respecto del material de propagación de la variedad protegida: producción o reproducción, acondicionamiento con el propósito de su propagación, oferta, venta o cualquier otra forma de puesta a disposición en el mercado, exportación, importación, publicidad, exhibición de muestras, canje, transacción y toda otra forma de comercialización, almacenamiento para cualquiera de los propósitos precedentemente referidos, y toda otra entrega a cualquier título.

No es ésta la oportunidad para opinar sobre el acierto del método escogido para la determinación del contenido del derecho. Tan sólo se efectúa esta transcripción de los actos reservados en exclusividad al obtentor para demostrar que, evidentemente, la técnica utilizada para la configuración del contenido del derecho dista de ser puramente remisiva. Es claro que el ordenamiento vigente se detiene a describir -en ocasiones, excesivamente- el contenido del derecho, impresión que se refuerza, asimismo, cuando se analiza la delimitación negativa del derecho. Se trata de normas en las que el legislador autoriza a terceros la realización de determinadas conductas que, según la configuración inicial del contenido del derecho intelectual, les estarían prohibidas, como es el caso de la excepción del agricultor y de la excepción del fitomejorador. Por la excepción del agricultor, se permite al productor agrícola reservar una parte del material cosechado para destinarlo a la siembra en su propia explotación ¹³. Por la excepción del fitomejorador, se establece que cualquier tercero está libremente facultado para utilizar una variedad protegida como fuente o insumo de investigación para el mejoramiento genético de otras variedades vegetales ¹⁴. Como puede advertirse, esta determinación negativa del contenido del derecho de obtentor no es una simple remisión.

7.3. Independencia de las facultades

Al igual que lo que sucede con los demás derechos intelectuales, las facultades integrantes del derecho de obtentor son independientes entre sí ¹⁵. De este principio se derivan diversas consecuencias, entre que las que cabe destacar las siguientes:

- a) La autorización otorgada por el obtentor a un tercero para la realización de determinado acto (v.gr., producción) se circunscribe al acto que ha sido autorizado, no pudiendo interpretarse como una venia para explotar indiscriminadamente la variedad objeto del derecho de obtentor. Por supuesto, todo esto es sin perjuicio que otras formas de autorización puedan considerarse implícitamente autorizadas en virtud de las reglas de interpretación de los contratos que sean aplicables.
- b) Basta la realización de una clase de acto prohibido (v.gr., producción) para infringir el derecho de obtentor, sin necesidad de recorrer la cadena completa de explotación económica de la variedad (producción, comercialización y entrega del material protegido).

Por lo expuesto, resulta conveniente precisar con la mayor exactitud posible cuáles son los actos que integran el contenido exclusivo del derecho de obtentor, evitando caer en descripciones globalizantes (v.gr., “el derecho de obtentor otorga la facultad de explotar en forma exclusiva una variedad vegetal”) que, si bien pueden resultar útiles a título introductorio, impiden establecer con precisión el ámbito de lo permitido y lo prohibido, y la correcta aplicación del principio analizado.

7.4. *Fragilidad de la protección jurídica*

La creación espiritual, como ente inmaterial, presenta particular relevancia con relación al objeto de los derechos intelectuales, hasta el punto que es común afirmar que dicha creación intelectual constituye el verdadero objeto del derecho. Desde otra postura, en cambio, se rechaza la posibilidad de que un ente inmaterial pueda ser objeto de un derecho, considerándose que el derecho intelectual tiene por objeto un derecho de actuación exclusiva. Pero aun para esta última postura, la creación espiritual cumple una función primordial, ya que es respecto de ella que el titular del derecho adquiere un derecho de explotación exclusiva. En definitiva, para la primera postura, la creación espiritual constituye el objeto del derecho intelectual; para la segunda, el punto de referencia indispensable para su delimitación¹⁶. Tanto en uno como en otro caso, pues, la creación espiritual, desempeña un rol protagónico en la determinación del *objeto* del derecho. El presente apartado tiene por finalidad destacar la importancia que esta creación implica, asimismo, respecto del *contenido* del derecho intelectual.

A ese efecto, conviene destacar que la creación espiritual, que constituye o delimita el objeto del derecho intelectual, es un ente inmaterial, lo que arroja importantes consecuencias en relación con sus mecanismos de protección, habiéndose por esto afirmado que la protección de los derechos intelectuales es “artificial”¹⁷. Para comprender por qué se reputa de este modo a la protección jurídica dispensada a los derechos intelectuales, conviene comenzar considerando un caso en que existe un mecanismo “natural” de protección del derecho, como es el del derecho de dominio.

Tradicionalmente, se ha considerado que las principales facultades del propietario son el *ius utendi* (derecho de usar la cosa), el *ius fruendi* (derecho de percibir sus frutos) y el *ius abutendi* (derecho de disponerla total o parcialmente). Propiamente, el aprovechamiento genuino de la cosa se verifica cuando el propietario la usa y, en su caso, si la cosa fuere fructífera, percibe sus frutos. Este es el modo más directo en que se satisface el interés protegido por el derecho de dominio. El ejercicio de estas facultades implica, necesariamente, el despliegue de un poder de hecho sobre la cosa, que ha dado en llamarse “posesión”. Esta posesión presenta carácter excluyente: cuando una persona -generalmente, el propietario- posee una cosa, está impidiendo que cualquier tercero haga otro tanto. Este fenómeno es posible, y ocurre necesariamente, por la materialidad de la cosa, que constituye el objeto del derecho de propiedad o dominio: una misma cosa no puede ser plenamente poseída por dos personas en forma simultánea. Al ejercer su

derecho de poseer (*ius possidendi*), el propietario protege, asimismo, su derecho de propiedad.

El panorama es muy distinto en el ámbito de los derechos intelectuales, justamente por la inmaterialidad de su objeto, que hace que sea posible el aprovechamiento simultáneo de la creación por dos sujetos independientes. En efecto, el ejercicio del derecho intelectual por parte de su titular no impide que un tercero pueda, sin su autorización, aprovechar simultáneamente de la creación espiritual que constituye o delimita el objeto de su derecho.

En consecuencia, la facultad de exclusión del titular del derecho intelectual cobra un rol protagónico, ya que, sin ella, la finalidad del régimen del derecho de obtentor se desvanecería por completo. El *ius excluendi* se orienta a lograr la abstención de todo tercero, la no intromisión del sujeto pasivo universal respecto del objeto del derecho: la variedad protegida. Siendo que todo derecho debe ser respetado por la comunidad, que debe abstenerse de perturbarlo entorpeciendo o impidiendo su ejercicio, puede afirmarse genéricamente que el titular de cualquier tipo de derecho subjetivo cuenta con medios jurídicos para evitar tal intromisión¹⁸. Sin embargo, en el caso de los derechos intelectuales este “derecho de excluir” asume un rol preponderante, lo que no acontece respecto de otros derechos subjetivos, como sería el caso de los derechos de crédito: su carácter relativo, el hecho de que el deudor sólo se libere -en principio- pagando al acreedor, hace que el deber de respeto que pesa sobre la comunidad se reduzca a un papel bastante modesto, carente, casi, de toda relevancia jurídica. Si, en cambio, se analizan los derechos reales, tomando, por ejemplo, el derecho de dominio, la cuestión cambia. En este caso, el *ius excluendi* se muestra como una facultad relevante del propietario, garantizándole que, en caso de intromisión ilegítima por parte de un tercero, será protegido. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede con los derechos intelectuales, la principal protección con que cuenta el propietario es el ejercicio mismo de sus facultades positivas sobre la cosa, ya que cuando el propietario usa, goza o posee la cosa está, al mismo tiempo, excluyendo a todo tercero. Se trata, según se ha visto, de una consecuencia derivada de la materialidad de su objeto, de su limitación física, que hace que el uso por parte del titular sea incompatible -no sólo jurídica sino también materialmente- con el uso simultáneo por parte de un tercero.

El panorama cambia cuando se trata de derechos sobre bienes inmateriales, en los que su explotación por parte del titular no impide que cualquier tercero pueda hacer otro tanto. La inmaterialidad del objeto, su ilimitación física, hace que éste pueda ser explotado simultáneamente por varios sujetos, sin que se excluyan recíprocamente¹⁹. Este constituye uno de los grandes desafíos de la regulación de los derechos intelectuales: establecer un conjunto de mecanismos que, funcionando armónicamente, garanticen al titular del derecho su explotación exclusiva. Entre otros factores, reviste particular importancia definir el ámbito de las conductas que se prohíben a los terceros respecto del objeto, y dotar de facultades al titular para que su derecho de actuación exclusiva sea respetado. Este conjunto de facultades negatorias se denomina, usualmente, *ius excluendi*.

SECCIÓN 2

DETERMINACIÓN POSITIVA DEL CONTENIDO DEL DERECHO

8. Las facultades patrimoniales del obtentor

8.1. Introducción

Puede sintetizarse el contenido del derecho de obtentor afirmando que su titular se encuentra facultado para realizar, en forma exclusiva, una serie de actos respecto de determinado material perteneciente a la variedad protegida. Para delimitar claramente los poderes que este derecho otorga se hace necesario, entonces, determinar los siguientes extremos:

- a) qué actos se encuentra facultado para realizar el titular;
- b) respecto de qué material se pueden realizar estos actos;
- c) a qué variedad debe pertenecer ese material para estar sujeto al derecho de explotación exclusiva; y
- d) en qué casos, excepcionalmente, los actos consignados en a), pueden ser realizados libremente por personas distintas del titular.

Los puntos b) y c) se refieren al objeto del derecho de obtentor. Sin embargo, reflexionar sobre el contenido de un derecho subjetivo sin tener presente su objeto se hace sumamente difícil. En consecuencia, y en forma provisoria, puede afirmarse que el derecho de explotación exclusiva recae sobre el material de reproducción o multiplicación de la variedad protegida. Los actos referidos en el punto a) son los que se desprenden de la determinación positiva del contenido del derecho, y serán objeto de estudio en el presente capítulo. Dilucidado este punto, se abordará el estudio de las excepciones, es decir, de la determinación negativa del derecho intelectual, lo que será considerado *infra*, N^{ros} 9 a 11. Lógicamente, el contenido final del derecho de obtentor resulta de la combinación de la determinación positiva y de la negativa.

8.2. Normas delimitadoras del contenido y normas sancionatorias

Si bien las metodologías de configuración del contenido del derecho y de establecimiento de sus mecanismos de protección pueden variar, puede afirmarse que la técnica preferible consiste en: a) determinar el contenido del derecho; y, luego, b) precisar los mecanismos de protección específicos del derecho intelectual. Con respecto al punto a),

por el cual se establece el contenido del derecho, usualmente se acude a un mecanismo de dos etapas. En la primera etapa, se determina positivamente el derecho, estableciendo su contenido “inicial”, mediante la enumeración de las facultades que, en principio, tiene el titular. Según ya se ha señalado, esta delimitación genérica del contenido puede realizarse tanto por vía positiva o explícita (definiendo el ámbito de actuación exclusiva del titular) como por vía negativa o implícita (estableciendo el ámbito de actuación prohibido a terceros). A este contenido genérico o inicial del derecho se lo suele recortar, asimismo, en una segunda etapa, mediante la determinación negativa, estableciendo una o varias excepciones, por las que se permite a terceros realizar determinadas conductas que, *ab initio*, conforme a la determinación genérica del contenido del derecho, parecían prohibidas²⁰.

Tal es lo que sucede, por ejemplo, en el derecho de patentes. En el art. 8º de la ley 24.481 se determina positivamente el contenido del derecho intelectual, mediante el reconocimiento de las facultades exclusivas de su titular. En el art. 36 de la misma ley se delimita negativamente el contenido de la patente, mediante el reconocimiento de cuatro excepciones al *ius excluendi* del titular. Mediante la combinación de estas normas, resulta configurado el contenido del derecho intelectual (punto a). Finalmente, mediante los arts. 75, 76, 77, 78 y 81 se protege penalmente al derecho intelectual en cuestión (punto b).

Conviene recordar que el presente trabajo no tiene por objeto el estudio de los mecanismos de protección del derecho (punto b). Sin embargo, y por los motivos que se expondrán a continuación, será necesario analizar brevemente la escueta protección penal prevista para el derecho de obtentor, *con la finalidad de poder perfilar mejor su contenido*²¹. Y ello porque, lamentablemente, la LSCF no ha seguido el criterio descripto: el contenido del derecho de obtentor resulta no sólo de la norma específicamente destinada a tal efecto (art. 27), sino también de otras normas que, en principio, cumplen otra función en el sistema de la ley (v.gr., el art. 37, que castiga con una pena la infracción al derecho intelectual).

No resulta sencillo precisar cuáles son, específicamente, las facultades patrimoniales integrantes del derecho de obtentor. La ley 20.247 es, en este punto, oscura, y la claridad que aporta el decr. 2183/91 es engañosa. Si bien en el decreto se enumera con precisión el conjunto de facultades que corresponden al obtentor, es evidente que lo que establece el reglamento sólo es válido en la medida que cuente con el respaldo de una norma de jerarquía superior. En consecuencia, resulta indispensable desentrañar, en primer término, lo establecido por la ley en esta materia.

Al respecto, conviene recordar que todo derecho intelectual concede a su titular un derecho de actuación exclusiva, que se compone de una o varias facultades. Si un tercero realiza, sin contar con la debida autorización, alguna de las conductas reservadas en exclusiva al titular del derecho, comete una infracción, es decir, realiza un acto ilícito. Por supuesto, esto no significa que, por la sola ocurrencia de la infracción, se genere la consiguiente responsabilidad civil, o resulte aplicable una pena. Al efecto, conviene distinguir entre el hecho ilícito (o hecho ilícito en sentido amplio), el hecho ilícito generador de responsabilidad civil (o hecho ilícito en sentido estricto) y el hecho ilícito

penal. El hecho ilícito (*lato sensu*) se configura por la mera transgresión del ordenamiento jurídico, por la infracción a la ley ²². El hecho ilícito en sentido restringido (es decir, el generador de responsabilidad civil) sólo quedará configurado cuando se cumplan todos los presupuestos de la responsabilidad civil: antijuridicidad (es decir, el hecho ilícito *lato sensu*), imputabilidad, daño y nexo causal ²³. Y el delito penal sólo existe cuando la ilicitud se encuentra tipificada en una norma que le asigna una pena. Dado que los tres tipos de ilicitud pueden ocurrir respecto del derecho de obtentor, conviene detenerse un tanto en su tratamiento.

El hecho ilícito en sentido amplio existe, según ya se ha señalado, cuando una conducta transgrede una norma jurídica. Su comisión trae aparejada para el infractor una o varias sanciones (v.gr., nulidad del acto, cese de la conducta ilícita, etc.). En este sentido, bien se ha señalado que la redacción del art. 1067 del Código Civil no es del todo afortunada, ya que no es correcto afirmar que “no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia”. Al respecto, debe efectuarse una reducción teleológica, debiendo leerse que “no habrá acto ilícito punible *a los efectos de la responsabilidad civil*” (y no “a los efectos de este Código”), ya que existen efectos -distintos de la responsabilidad civil- que resultan aplicables ante la mera transgresión de la norma, como ya se ha destacado precedentemente ²⁴. En suma, la norma citada incurre en el defecto de predicar respecto del acto ilícito en sentido amplio consideraciones que sólo son atribuibles al acto ilícito en sentido restringido.

Si con el comportamiento antijurídico se ha causado un daño, que resulta imputable subjetiva u objetivamente, se genera, lógicamente, la responsabilidad civil del agente. Es decir, se conforma un acto ilícito en sentido restringido, que no se confunde, por cierto, con el delito penal. Existen entre ambas categorías profundas diferencias ²⁵:

a) No hay delito penal sin tipificación legal previa, tipicidad que no es requerida en la ilicitud civil. Como se ha destacado, el concepto de acto ilícito civil es un concepto abierto, que se verifica toda vez que se produce una infracción a cualquier norma jurídica.

b) No existe responsabilidad civil sin daño, pero puede existir un delito penal sin que se haya ocasionado un perjuicio.

c) En el ámbito penal, la ausencia de dolo libera de responsabilidad, si no se ha tipificado la conducta culposa, mientras que el agente es civilmente responsable tanto si actuó con dolo como con culpa.

d) La finalidad de la sanción es diversa. En el ámbito penal, la sanción se encamina predominantemente a la protección del bien de la comunidad, y sólo secundariamente atiende al bien individual de la víctima. En cambio, el régimen de responsabilidad civil se preocupa predominantemente por la protección del interés particular de la víctima de la conducta dañosa.

e) La muerte del autor del delito extingue la acción penal, ya que se descarta la posibilidad de aplicar una pena a sus herederos, mientras que la muerte del infractor no afecta la obligación de resarcir el daño, que se traslada a sus herederos.

Lógicamente, estos conceptos pueden relacionarse. El hecho ilícito *lato sensu* es el género, entre cuyas especies cabe contar al ilícito en sentido restringido y al delito criminal, según que se verifiquen adicionalmente las condiciones descriptas precedentemente. A su vez, un hecho ilícito puede constituir simultáneamente un ilícito civil y penal, supuesto que es regulado por el 37 de la LSCF, que establece: “Será penado con multa de dos mil pesos (\$ 2.000.-) a cien mil pesos (\$100.000.-) quien identificare o vendiere, con correcta u otra identificación, semilla de cultivares cuya multiplicación y comercialización, no hubiera sido autorizada por el propietario del cultivar”²⁶. Por supuesto, nada impide que un hecho ilícito en sentido restringido carezca de sanción penal o, a la inversa, que un delito criminal no genere responsabilidad civil.

Los conceptos referidos pueden trasladarse al ámbito del derecho de obtentor. La realización por un tercero de un acto reservado en exclusividad al titular del derecho de obtentor constituye, de por sí, un hecho ilícito en sentido amplio, que puede, o no, generar la responsabilidad civil o criminal del agente. Si, además de configurarse la antijuridicidad, con dicha actuación se causa un daño que es imputable al agente, el mismo será civilmente responsable del perjuicio causado. Si la antijuridicidad está tipificada en una norma penal, se configurará un delito criminal.

Es importante destacar que si bien no toda conducta en infracción al derecho intelectual es castigada penalmente (para esto es necesario una norma expresa que la incremine y establezca la pena), toda conducta castigada con una pena constituye, necesariamente, una infracción al derecho intelectual, esto es, una invasión ilegítima al ámbito de explotación exclusiva que el derecho intelectual otorga a su titular. Conviene recordar que, en este sentido, el ámbito de lo permitido al titular del derecho intelectual y el de lo prohibido a terceros son las dos caras de una misma moneda: lo que se le permite en exclusiva al titular del derecho intelectual, se le prohíbe a los terceros; lo que se prohíbe a los terceros, está reservado en exclusiva al titular del derecho intelectual. Aunque, vale remarcarlo, no toda conducta prohibida a terceros genera la misma reacción. Obviamente, el titular tiene derecho a exigir el cese de toda conducta infractora de su ámbito de exclusividad. Asimismo, y si concurren los restantes elementos o presupuestos, el infractor será civilmente responsable por los perjuicios que haya ocasionado su actuación ilícita. La aplicación de penas, por el contrario, requiere de una específica previsión legal que atribuya a la conducta infractora una pena.

En ocasiones, el legislador opta por penalizar toda conducta que constituya una infracción al derecho intelectual. Tal es lo que sucede, por ejemplo, en el derecho de patentes. En efecto, el art. 75 de la ley 24.481 establece: “La defraudación de los derechos del inventor será reputada delito de falsificación y castigada con prisión de seis meses a tres años y multa”. Aunque apelando a una expresión poco feliz (“defraudación”, “delito de falsificación”), la norma castiga penalmente todo supuesto que constituya una infracción al derecho de explotación exclusiva del titular de la patente, el cual resulta, fundamentalmente, de lo prescripto en el art. 8º de la misma ley²⁷. En este caso, en principio, el ámbito de lo prohibido y el de lo castigado penalmente coinciden, por lo menos objetivamente. Por supuesto, la coincidencia tiene sus límites, ya que una misma conducta infractora puede recibir tres tratamientos distintos: a) que sólo pueda pedirse el

cese (si la infracción no fue culposa ni dolosa); b) que pueda pedirse el cese y la responsabilidad civil (por ejemplo, si la infracción fue culposa, suponiendo que el tipo penal es doloso); y c) que pueda pedirse el cese, la responsabilidad civil y la sanción penal (por ejemplo, si la infracción fue dolosa).

En otros casos, el legislador opta por castigar penalmente sólo algunas de las conductas infractoras del derecho intelectual. Tal es lo que sucede en el ámbito del derecho marcario, en el que las conductas castigadas penalmente son tipificadas en forma específica en el art. 31 de la ley 22.362, sin que se efectúe, como sucede con las patentes, una remisión al contenido del derecho intelectual previamente establecido. En este caso, el ámbito de lo prohibido y el de lo punido no coinciden con exactitud, ya que existen conductas que constituyen una infracción al derecho intelectual, pero que no están castigadas con una pena. Su comisión, por ende, sólo permite recurrir a los mecanismos civiles de protección del derecho, pero no a los penales. En estos casos, es válido afirmar que el conjunto de conductas en infracción al derecho intelectual constituye el género, y que el conjunto de las conductas infractoras penalmente sancionadas es una de sus especies. Tal es lo que sucede, por ejemplo, en el ámbito del derecho de obtentor, con la venta no autorizada del material protegido, que se encuentra castigada con pena de multa en el art. 37 de la LSCF. La otra especie, por cierto, está constituida por el conjunto de las conductas infractoras no castigadas con una pena, como sucede, por ejemplo, con la reproducción no autorizada del material protegido.

8.3. Normas delimitadoras del contenido del derecho de obtentor

En concreto, las normas directa o indirectamente involucradas en la delimitación del contenido del derecho de obtentor son las siguientes:

a) Normas de la Constitución Nacional

- “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley” (art. 17).

b) Normas del Convenio UPOV 1978

- “Derechos protegidos; ámbito de la protección. El derecho concedido al obtentor tendrá como efecto someter a su autorización previa la producción con fines comerciales, la puesta a la venta, la comercialización del material de reproducción o de multiplicación vegetativa, en su calidad de tal, de la variedad... 4) Cada Estado de la Unión, bien sea en su propia legislación o en acuerdos especiales tales como los que se mencionan en el artículo 29, podrá conceder a los obtentores, para ciertos géneros o especies botánicas, un derecho más amplio que el que se define en el párrafo 1) del presente artículo, el cual podrá extenderse especialmente hasta el producto comercializado” (art. 5º).

c) Normas del TRIPs

- “Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad:... b) las plantas... Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante

patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquellas y éste” (art. 27.3.b).

d) Normas de la ley 20.247

- “No lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar quien entrega a cualquier título semilla del mismo mediando autorización del propietario, o quien reserva y siembra semilla para su propio uso, o usa o vende como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de tal creación fitogenética” (art. 27).

- “Será penado con multa de dos mil pesos (\$ 2.000.-) a cien mil pesos (\$100.000.-) quien identificare o vendiere, con correcta u otra identificación, semilla de cultivares cuya multiplicación y comercialización, no hubiera sido autorizada por el propietario del cultivar” (art. 37).

- “La propiedad sobre un cultivar no impide que otras personas puedan utilizar a éste para la creación de un nuevo cultivar, el cual podrá ser inscripto a nombre de su creador sin el consentimiento del propietario de la creación fitogenética que se utilizó para obtenerlo, siempre y cuando esta última no deba ser utilizada en forma permanente para producir al nuevo” (art. 25).

e) Normas del decr. 2183/91

- “A los efectos de los arts. 27 y concordantes de la ley 20.247 y la presente reglamentación, el derecho de propiedad de una variedad concedido al obtentor tendrá como efecto someter a su autorización previa los actos que enunciativamente se detallan, en relación a la simiente de una variedad protegida: a) Producción o reproducción; b) Acondicionamiento con el propósito de su propagación; c) Oferta; d) Venta o cualquier otra forma de puesta a disposición en el mercado; e) Exportación; f) Importación; g) Publicidad, exhibición de muestras; h) Canje, transacción y toda otra forma de comercialización; i) Almacenamiento para cualquiera de los propósitos mencionados en a) a h); j) Toda otra entrega a cualquier título” (art. 41).

El método adoptado por la ley 20.247 para establecer el contenido del derecho de obtentor es inusualmente defectuoso, si se lo contrasta con las normas locales que regulan los restantes derechos intelectuales. En apariencia, la única norma que delimita positivamente el contenido del derecho es el art. 27 de la ley, que establece: “No lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar quien entrega a cualquier título semilla del mismo mediando autorización del propietario...”. A contrario, se infiere que el titular del derecho de obtentor tiene la facultad exclusiva de “entregar a cualquier título” semilla perteneciente a la variedad protegida. Esta delimitación positiva del contenido del derecho se realiza, pues, en forma tácita, precisando qué conductas están prohibidas a los terceros. Parece, entonces, que el contenido del derecho de obtentor consiste en la facultad exclusiva de entregar a cualquier título material de reproducción perteneciente a la variedad protegida.

Sin embargo, esta primera impresión necesita ser corregida, ya que, conforme a lo dispuesto en otras normas: a) no toda entrega a cualquier título integra el derecho de explotación exclusiva; y b) existen otras conductas, distintas a la entrega, que integran el contenido del derecho de obtentor. Esta corrección resulta de una interpretación

sistemática de las normas enumeradas precedentemente. Antes de ingresar de lleno en la determinación del contenido del derecho de obtentor, conviene justificar brevemente por qué se ha de acudir, para esta tarea, a las normas referidas, cuya inclusión puede resultar extraña.

El art. 17 de la Constitución Nacional, obviamente, no desciende al detalle de establecer el contenido del derecho de obtentor. Ni siquiera se hace referencia a este derecho intelectual, que ciertamente no existía a la época del dictado de la Carta Magna. Sin embargo, establece un marco al régimen legal de determinados derechos intelectuales, entre los que cabe incluir al analizado. Que la Constitución no regule detalladamente el contenido de los derechos intelectuales no significa que no diga nada. Corresponde analizar, entonces, qué implicancias arroja, en cuanto al contenido del derecho de obtentor, que la Constitución considere al inventor como “propietario exclusivo” de su obra, invento o descubrimiento. Al respecto, ver *infra*, N° 8.5.1.

En lo que se refiere al acuerdo TRIPs, en él se establece que “... los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquellas y éste”²⁸. En general, se considera que el régimen del derecho de obtentor es un “sistema eficaz *sui generis*”, conforme al referido tratado. La norma referida *autoriza* la prohibición de patentamiento de plantas, siempre que se adopte un “sistema eficaz *sui generis*”. Por cierto, la norma tiene un claro contenido obligatorio: cada Estado debe reconocer por lo menos *una clase de derecho intelectual* que proteja las obtenciones vegetales. Pero se permite a cada Estado elegir cuál ha de ser ese mecanismo de protección, siempre que consista en: a) el régimen de patentes; b) un sistema eficaz *sui generis*; o c) una combinación de los dos anteriores. Evidentemente, Argentina ha optado por la alternativa señalada en b): un sistema eficaz *sui generis*. Sin embargo, resulta muy discutible que un derecho intelectual que sólo otorgue a su titular facultades exclusivas en lo que respecta a la “entrega” del material protegido pueda ser considerado “eficaz”. Adviértase que, por ejemplo, la reproducción y multiplicación del material serían conductas libremente realizables. De ser correcta esta interpretación, la legislación argentina interna estaría en falta con el tratado de referencia. Evidentemente, la exigencia del art. 27.3.b deberá ser tomada en consideración a la hora de interpretar el sistema del derecho de obtentor. Es claro que dicha norma no es directamente operativa, pero esto no impide que se le pueda tomar especialmente en consideración a la hora de interpretar las normas aplicables en la materia. Al respecto, ver *infra*, N° 8.5.3.

El art. 27 de la LSCF es, por así decirlo, una norma de consulta obligatoria a la hora de precisar el contenido del derecho de obtentor. En efecto, se trata de la norma elegida en forma deliberada por el legislador para establecer el contenido del derecho intelectual. Lamentablemente, se trata de una disposición defectuosa, por exceso y por defecto. De ahí la necesidad de traer a colación otras normas, internas y externas a la ley, que permitan superar o atemperar sus imperfecciones. Con relación a esta norma, ver *infra*, N° 8.5.4.

Un tanto extraña puede resultar la inclusión en el análisis del art. 37 de la LSCF, que establece que “Será penado con multa de dos mil pesos (\$ 2.000.-) a cien mil pesos (\$100.000.-) quien identificare o vendiere, con correcta u otra identificación, semilla de cultivares cuya multiplicación y comercialización, no hubiera sido autorizada por el propietario del cultivar”. Propiamente, se trata de una norma sancionatoria, que castiga con pena de multa determinadas infracciones al derecho de obtentor. Parece inoportuno, por lo tanto, traerla a colación a la hora de determinar cuáles son las facultades exclusivas del titular del derecho intelectual que la norma protege. Sin embargo, su inclusión se justifica por aplicación de un principio básico: en la órbita de los derechos intelectuales, la punición penal de determinada conducta presupone lógicamente que se trata de una conducta que infringe la órbita de actuación exclusiva del titular del derecho²⁹. Y este presupuesto es particularmente relevante en el caso del derecho de obtentor, ya que el art. 37 de la ley se refiere a cuatro conductas que no resultan contempladas en el art. 27 (es decir, la norma presuntamente básica en lo que respecta a la determinación del contenido del derecho de obtentor): la identificación, la venta, la multiplicación y la comercialización del material de reproducción de la variedad protegida. Al respecto, ver *infra*, N° 8.5.5.

Asimismo, se traen a colación las normas de la LSCF que reconocen las dos grandes excepciones al derecho de obtentor: la excepción del agricultor (art. 27) y la excepción del fitomejorador (art. 25); es decir, las normas mediante las cuales se efectúa la determinación negativa del derecho de obtentor. La excepción del agricultor es reconocida por el art. 27, en estos términos: “No lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar... quien reserva y siembra semilla para su propio uso...”. En lo que respecta a la excepción del fitomejorador, se encuentra reconocida en el art. 25, que establece: “La propiedad sobre un cultivar no impide que otras personas puedan utilizar a éste para la creación de un nuevo cultivar, el cual podrá ser inscripto a nombre de su creador sin el consentimiento del propietario de la creación fitogenética que se utilizó para obtenerlo, siempre y cuando esta última no deba ser utilizada en forma permanente para producir al nuevo”. Como ya se ha anticipado, ambas excepciones serán objeto de tratamiento posterior y separado³⁰.

Sin embargo, el estudio de estas dos excepciones puede resultar oportuno, asimismo, a los efectos de determinar positivamente el contenido del derecho de obtentor. En efecto, toda excepción a un derecho intelectual supone que la conducta permitida a los terceros en virtud de esa excepción sería, de no existir la norma que la consagra, una conducta prohibida. En otros términos: la consagración de una excepción a un derecho intelectual presupone el ámbito de lo prohibido, del *ius prohibendi*, al cual le introduce un recorte, permitiendo a los terceros la realización de ciertas conductas. En buena técnica, lo ideal es que previamente se configure el contenido genérico del derecho, el ámbito de explotación exclusiva del titular (determinación positiva), y que luego, si corresponde, se lo recorte a través de una o más excepciones (determinación negativa). De adoptarse esta metodología, resulta innecesario analizar el régimen de las excepciones a los efectos de precisar el ámbito de lo prohibido por el derecho intelectual, ya que éste ha sido definido por otra norma previa. Sin embargo, y dado lo defectuoso del mecanismo adoptado por la

LSCF, se hace necesario indagar las dos excepciones referidas, a los efectos de revelar el ámbito de prohibición que presuponen, y así perfilar mejor el contenido genérico del derecho de obtentor. En el caso de la excepción del agricultor, ésta presupone que la reproducción del material perteneciente a la variedad protegida es una conducta prohibida. Este presupuesto es compartido por la excepción del fitomejorador. Visto que la reproducción es una conducta que no ha sido contemplada por el art. 27 de la LSCF (que sólo habla de la entrega), parece oportuno someter a análisis las normas que consagran sendas excepciones. Al respecto, ver *infra*, Nº 8.5.6.

Por último, se involucra en el análisis al art. 41 del decr. 2183/91, en el que se define con mayor precisión el contenido del derecho de obtentor, enumerándose detalladamente cuáles son las facultades del titular. Generalmente, esta es la norma que se toma como referencia a la hora de referir cuáles son los poderes que el derecho de obtentor otorga. Sin embargo, su precisión es engañosa, dado que su validez depende, como sucede con toda norma reglamentaria, de su adecuación a la norma que pretende reglamentar. El art. 41 otorga las siguientes facultades exclusivas respecto del material de reproducción perteneciente a la variedad protegida: producción o reproducción; acondicionamiento con el propósito de propagación; oferta; venta o cualquier otra forma de puesta a disposición en el mercado; exportación; importación; publicidad, exhibición de muestras; canje, transacción y toda otra forma de comercialización; almacenamiento con fines prohibidos; y, en general, toda otra entrega a cualquier título. Parece que esta extensa nómina de poderes difícilmente puede justificarse a la luz del art. 27 de la LSCF, que se limita a reconocer al titular del derecho de obtentor la exclusividad en la entrega de semilla de la variedad. Primeramente, entonces, habrá que analizar cuál es la extensión que asumen los poderes del titular en la ley, y recién entonces se podrá definir la validez total o parcial de la norma reglamentaria citada. Norma que, como se desprende de lo antedicho, asumirá un papel meramente secundario en la determinación del contenido del derecho de obtentor.

8.4. Los fundamentos del sistema y la interpretación teleológica

Como sucede con la generalidad de los derechos intelectuales, el derecho de obtentor otorga al titular la facultad de aprovechar en forma exclusiva el objeto de su derecho, esto es, la variedad vegetal. Sin embargo, la cuestión dista de ser tan sencilla, presentando su esclarecimiento, cuanto menos, dos obstáculos:

a) En primer lugar, la dificultad inherente a todo derecho intelectual: no toda forma de aprovechamiento de la creación objeto del derecho corresponde en forma exclusiva a su titular, sino sólo aquellas que el legislador describe ³¹.

b) La desprolijidad y anarquía que presentan las normas que regulan la cuestión, que obligan al intérprete a esforzarse por armonizarlas, preservando su vigencia.

Con respecto al punto b), y según ya se ha señalado, las normas aplicables no guardan entre sí la armonía que sería deseable. Por lo tanto, será necesario efectuar una

interpretación que permita su armonización o, de no ser esto posible, que precise las contradicciones insalvables que existen, declarando cuál es la norma de aplicación preferente. Para efectuar esta tarea interpretativa se ha de tener presente la finalidad del régimen del derecho de obtentor en general y, más concretamente, el interés tutelado por este derecho intelectual.

Al respecto, conviene recordar el doble fundamento que inspira el reconocimiento del derecho de obtentor en el ordenamiento jurídico argentino: dikelógico y económico. El derecho de obtentor se concede como un reconocimiento que, en justicia, merece quien ha desarrollado una nueva variedad vegetal, permitiéndole de ese modo participar parcialmente en los beneficios económicos que su creación genere (fundamento dikelógico)³². Asimismo, el derecho de obtentor se concede para incentivar el desarrollo de la actividad fitomejoradora, estimulando la actividad de investigación y desarrollo a través de la promesa del “monopolio” legal (fundamento económico, efecto-incentivo)³³. También se ha señalado que ambos fundamentos presentan aspectos oscuros, que han sido invocados para rechazar la recepción del derecho de obtentor³⁴.

Evidentemente, la legislación argentina ha optado por incorporar el régimen del derecho de obtentor. El mismo legislador, en los comentarios al Capítulo V de la nota de elevación, señala que la finalidad de la ley es garantizar “al fitomejorador derechos de propiedad sobre su creación o descubrimiento, de forma tal que ninguna otra persona pueda reproducir o vender la misma sin su autorización...”, agregando que este sistema “permitirá al creador obtener de su propiedad ganancias que le resarzan de su esfuerzo y le proporcionen beneficios en la medida principal de los valores reales del nuevo cultivar obtenido”. En consecuencia, toda interpretación que se haga del régimen del derecho de obtentor deberá tomar en consideración sus fines³⁵. Sin embargo, esto no significa que los argumentos invocados en contra del derecho de obtentor deban caer en el olvido. Por el contrario, deben ser considerados con cuidado, a los efectos de balancear las eventuales imperfecciones que el sistema puede acarrear, optimizando de este modo su funcionamiento, en la medida que las normas vigentes lo permitan. En suma, las normas que resulten aplicables deben interpretarse con tal alcance que permitan que los fines del sistema se cumplan, lo que implica en concreto que:

a) Las facultades que se reconozcan al obtentor han de permitirle participar en una justa proporción de los beneficios económicos que su creación genere para la sociedad.

b) Las facultades que se reconozcan al obtentor han de revestir una importancia suficiente como para permitirle participar en una porción importante de la riqueza que la tecnología que ha creado genere, lográndose así el efecto-incentivo que inspira al sistema.

En los comentarios al Capítulo V de la nota de elevación se agrega que “el sistema es simple y semejante al existente en el país para la propiedad intelectual y la propiedad industrial sobre inventos”. A partir de esta equiparación, puede inferirse que el contenido del derecho de obtentor excede a la simple entrega. Al respecto, viene a cuento recordar que, en las patentes de producto, el titular tiene facultades exclusivas en relación con la fabricación, uso, oferta para la venta, venta e importación del producto patentado³⁶.

8.5. Análisis de las normas delimitadoras del contenido del derecho de obtentor

Contrariamente a lo que se desprende en forma explícita del art. 27 de la ley, cabe sostener que el derecho de obtentor otorga las siguientes facultades exclusivas respecto del material de reproducción o multiplicación perteneciente a la variedad protegida:

- reproducción y multiplicación;
- comercialización; y
- entrega a cualquier título.

Esto es lo que se desprende de un análisis armónico de las normas citadas *supra*, N° 8.3, que a continuación serán interpretadas con mayor detenimiento. Una variedad vegetal puede ser objeto de diversas formas de aprovechamiento, y no todas ellas están reservadas en forma exclusiva al obtentor. Con todo, la regla sigue siendo que lo que no está prohibido, está permitido. En consecuencia, todos aquellos actos que no hayan sido enumerados por el legislador son libremente realizables.

8.5.1. Artículo 17 de la Constitución Nacional

El art. 17 de la Constitución ya ha sido considerado, a la hora de analizar los fundamentos del derecho de obtentor ³⁷. En esta oportunidad, resulta pertinente someter a la norma a un renovado examen, aunque con otro propósito: esclarecer si incluye alguna disposición con relación al contenido de los derechos intelectuales y, por ende, respecto del contenido del derecho de obtentor. Conforme ya se ha justificado *supra*, N° 2.2, si bien la norma constitucional no alude explícitamente al derecho de obtentor, sus disposiciones resultan aplicables al derecho intelectual analizado.

Conviene recordar que, conforme al referido art. 17 de la Constitución Nacional, “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley”. El art. 17 de la Constitución Nacional, es evidente, no descende al detalle de establecer el contenido del derecho de obtentor. Ni siquiera se hace referencia a este derecho intelectual, que ciertamente no existía a la época del dictado de la Carta Magna.

En primer lugar, puede señalarse que se trata de una norma de carácter programático ³⁸. Al respecto, merece recordarse que son normas programáticas aquellas “... **no autoaplicativas** o **no autooperativas**, ya que requieren el dictado de leyes o reglas ordinarias complementarias o reglamentarias para entrar en funcionamiento...” ³⁹, a diferencia de las normas constitucionales operativas, que son aquellas que “... se aplican por sí mismas (esto es, son **autoaplicativas**: no requieren de normas reglamentarias para entrar en funcionamiento)” ⁴⁰. El carácter programático de una norma puede revelarse en forma explícita, cuando se establece la necesidad de dictar una ley que la haga operativa, o implícita, por la generalidad de los términos empleados ⁴¹. La

programaticidad de la norma analizada se evidencia por ambas vías: la declaración constitucional resulta insuficiente para desprender de allí un régimen operativo de propiedad intelectual y, además, la misma norma destaca la necesidad del dictado de una ley posterior, al referirse a la vigencia temporal de los derechos intelectuales. Evidentemente, en este caso no basta el mero reconocimiento constitucional para otorgar al autor o inventor la posibilidad de exigir judicialmente el respeto de su derecho de forma coactiva ⁴².

Admitido que se trata de una norma programática, cabe cuestionar cuál es su valor jurídico. Evidentemente, el interrogante excede al ámbito de los derechos intelectuales, y se proyecta al campo del valor que, en general, tienen las normas constitucionales de carácter programático. Al respecto, se han postulado tres criterios fundamentales ⁴³: i) teoría de ineficacia, conforme a la cual se considera que tales normas, por ser incompletas, carecen de eficacia; ii) teoría de la eficacia, por la que se entiende que toda norma constitucional debe ser operativa; y iii) teoría de la eficacia parcial, por la que se entiende que las normas programáticas, si bien no son asimilables a las normas operativas, tienen eficacia en los siguientes aspectos: “... a) son reglas jurídicas de rango constitucional; b) actúan como material jurídico inductor, en el sentido de que impulsan al legislador ordinario y demás poderes constituidos a actuar de un modo específico; c) condicionan la validez de la legislación ordinaria (resultaría inconstitucional, pues, una norma subconstitucional opuesta a una norma constitucional programática), y d) sirven para interpretar la Constitución” ⁴⁴. Cabe agregar que, además, la ley dictada para hacer operativa la norma constitucional programática goza de lo que ha dado en llamarse un “manto especial de validez o protección constitucional”, en virtud del cual no podría ser derogada, ya que la norma derogatoria estaría contradiciendo el mandato constitucional. Aunque, por supuesto, sí podría ser modificada por otra norma, en la medida que esta última también respete la cláusula constitucional ⁴⁵.

De las tres posturas referidas, resulta compartible la teoría de la eficacia parcial. Esta adhesión, por cierto, arroja consecuencias de carácter práctico sobre la interpretación que se está efectuando del art. 17, entre las que cabe destacar las siguientes: a) la validez del régimen legal del derecho de obtentor depende de su conformidad con la disposición constitucional analizada; b) el régimen del derecho de obtentor debe ser interpretado de conformidad con lo establecido en la norma constitucional; y c) el régimen legal del derecho de obtentor no puede ser derogado, excepto que por otra norma legal se reconozca al creador de una nueva variedad vegetal - en la medida que ésta constituya un invento o un descubrimiento- un derecho de explotación exclusiva sobre su creación.

Con todo, poco se ha avanzado sobre las implicancias del art. 17 de la Constitución Nacional en relación con el contenido del derecho de obtentor. Ciertamente, la norma no establece una regulación específica para el obtentor de variedades vegetales, sino que resulta aplicable a todos los derechos intelectuales cuyo titular pueda considerarse un autor o inventor, y cuyo objeto sea un invento, obra o descubrimiento. La generalidad de la materia regulada -los derechos intelectuales- explica, en buena medida, que el abordaje constitucional de la cuestión sea sólo de carácter programático. Evidentemente, el art. 17,

en lo que respecta a los derechos intelectuales, es una norma incompleta, que necesita ser determinada por una ley que la reglamente.

La dificultad se acentúa porque, como acertadamente se ha señalado, “... *el derecho de propiedad no está definido sino **protegido** en la Constitución, y lo está frente al propio Estado*”⁴⁶. La norma, pues, se preocupa más por proteger el derecho subjetivo que por definirlo. Aun así, no se trata de una norma vacía, que se limita a reconocer un derecho subjetivo a favor del autor o inventor de una obra, invento o descubrimiento. Aunque escuetamente, algo se agrega con relación al contenido de ese derecho subjetivo que se reconoce, cuando se afirma que el autor o inventor es “propietario exclusivo” de su obra, invento o descubrimiento. Es a partir de esta expresión que debe desentrañarse el criterio constitucional sobre el punto. Como sucede con las demás normas del ordenamiento jurídico, la interpretación de las normas constitucionales debe partir del sentido literal de los términos utilizados. Pareciera, pues, que el constituyente ha reconocido al autor o inventor un derecho de propiedad o dominio sobre su creación. Pero si bien esto es lo que surge de un criterio literal de interpretación, este resultado interpretativo debe ser descartado por diversos motivos, que serán considerados a continuación.

En primer lugar, porque resulta imposible equiparar a los derechos intelectuales con el derecho de dominio⁴⁷. No se trata de un simple prurito teórico, sino que, en la práctica, es imposible sostener que el titular de un derecho intelectual goza de las mismas facultades que un propietario. La inmaterialidad del objeto de su derecho lo impide, haciendo que sean completamente diversas las formas de aprovechamiento del objeto de cada uno de los derechos cotejados. La norma que pretendiese equiparar literalmente a los derechos intelectuales con el dominio sería, sencillamente, una norma inoperante, por ser la conducta prescrita de imposible cumplimiento⁴⁸. En efecto, sólo figuradamente el titular del derecho intelectual puede “poseer” su obra o invención, o “usarla”, o “disfrutarla” en el mismo sentido en que realiza tales conductas el propietario sobre la cosa objeto de su dominio. Dicho más claramente: el creador no usa, disfruta ni posee su obra o invento en el sentido técnico en que lo hace el propietario de una cosa. Estas facultades sólo podrían ser predicadas de los derechos intelectuales en la medida que se relaje su significado, lo que conduciría a una intolerable ambigüedad en el lenguaje jurídico. Es razonable entender que el legislador -en este caso, el constituyente- no dicta normas inoperantes, o imposibles de aplicar⁴⁹. En consecuencia, se ha de interpretar que la referencia constitucional al derecho de propiedad no se hace en el sentido del derecho de dominio.

En segundo lugar, y siempre en el marco del art. 17 de la Constitución Nacional, corresponde rechazar la equiparación de los derechos intelectuales con el dominio por una elemental exigencia de coherencia metodológica e interpretativa. En efecto, cabe recordar que el mismo art. 17 principia afirmando que la propiedad es inviolable. También se hace referencia al derecho de propiedad en el art. 14 de la Carta Magna. Y, como claramente se ha señalado, “*un estándar reiterado por la Corte Suprema es que el término propiedad, empleado en los arts. 14 y 17 de la Constitución, ampara a todo el patrimonio, incluyendo los derechos reales y personales, bienes materiales e inmateriales y, en general, a todos los*

intereses apreciables que un hombre pueda poseer, fuera de sí mismo y de su vida y libertad..."⁵⁰. En suma, se equipara el derecho de propiedad con el conjunto de los derechos patrimoniales de los que es titular una persona⁵¹. Evidentemente, frente a esta interpretación extensiva del término resulta imposible equiparar a la propiedad constitucional con el dominio, tal como se encuentra regulado en el Código Civil. Por ende, tampoco cabe equiparar a la propiedad intelectual con el dominio. De lo contrario, se estaría interpretando un mismo término -"propiedad"- con dos significados distintos, lo que no es deseable, en función de la precisión con que pretende dotarse al lenguaje jurídico. Mucho menos, cuando la polisemia se pretende aplicar al uso de un mismo término en dos tramos distintos de una misma norma, es decir, en un mismo contexto.

Debe descartarse, por ende, la ilusión de identificar el contenido de este "derecho de propiedad" establecido en la Constitución Nacional con el contenido del dominio del Código Civil. Sin embargo, de esta imposibilidad de identificación no debe inferirse que la afirmación constitucional carezca de significado alguno. Evidentemente, algo quiso decir el constituyente cuando afirmó que el inventor es "propietario exclusivo" de su invento o descubrimiento. La referencia constitucional presenta proyecciones en varios aspectos del derecho intelectual que reconoce: la titularidad, la duración y el contenido.

Con referencia a la titularidad, la norma establece que el derecho de propiedad se reconoce al autor o inventor. Si bien la reflexión puede resultar obvia, no lo es tanto si se considera la evolución de los derechos intelectuales desde una perspectiva histórica. Como ya se ha señalado, en el siglo XIX se defendió la concepción de la propiedad intelectual en tanto derecho subjetivo, y no como un mero privilegio (como se la concebía en los siglos precedentes). Un derecho subjetivo, se entiende, del creador de la obra, invento o descubrimiento. Por ende, será inconstitucional todo régimen por el cual se niegue al autor o inventor de una obra, invento o descubrimiento su titularidad (sea porque se atribuya a un tercero, o porque no se le reconozca a ninguna persona).

En lo que respecta a la duración del derecho, el texto constitucional establece que debe ser fijada por ley. Si bien el criterio del constituyente ha sido vigorosamente criticado por quienes, otrora, propugnaron una equiparación a ultranza entre la propiedad intelectual y el derecho de dominio⁵², se trata de una postura que es hoy pacíficamente aceptada, que ni siquiera los defensores más fervientes de la propiedad intelectual se atreven a cuestionar. Con buen criterio, el constituyente delega en el legislador la determinación de la vigencia temporal de los derechos intelectuales protegidos por la norma constitucional. Se advierte, una vez más, la profunda diferencia que separa a los derechos intelectuales, cuya duración es limitada, del derecho de dominio, que se caracteriza por su perpetuidad.

En lo que refiere al contenido, el art. 17 señala que el autor o inventor es propietario *exclusivo* de su creación. Esto significa que el derecho intelectual debe ser otorgado al inventor con carácter exclusivo, garantizándole el disfrute no compartido de su creación. En definitiva, y sin descender en detalles impropios de una norma cuyo objeto es tan genérico, el art. 17 destaca el carácter patrimonial y absoluto (oponible *erga omnes*) de la propiedad intelectual. Esta norma constituye una suerte de marco, muy general, dentro

del cual ha de moverse el legislador al regular un derecho intelectual. Pero el legislador no puede apartarse de ese marco, de modo que el régimen legal que se establezca debe otorgarle al titular del derecho poderes suficientes para gozar en forma exclusiva de los resultados económicos que se deriven de su obra, invento o descubrimiento.

8.5.2. Artículo 5º del Convenio UPOV 1978

En el art. 5º del Convenio UPOV 1978 se establece con precisión el contenido del derecho de obtentor, otorgando al titular el derecho exclusivo de producir con fines comerciales, poner a la venta y comercializar el material de reproducción o de multiplicación vegetativa de la variedad protegida. Con todo, la aplicación del principio de trato nacional, previsto en el art. 3º del tratado, permite la incorporación de una facultad adicional: la entrega a título gratuito. Al respecto, ver *infra*, Nº 8.6.3 y 8.8.

8.5.3. Artículo 27.3.b del TRIPS

Conforme al art. 27.3.b del TRIPS, “... los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquellas y éste”. Según parece, Argentina se ha inclinado por cumplir este compromiso internacional protegiendo a las variedades vegetales mediante un sistema *sui generis*. En consecuencia, resulta oportuno indagar si, realmente, el sistema presenta la eficacia que el tratado requiere. La eficacia de un derecho intelectual depende de un cúmulo de factores, entre los que se destacan la duración, el sistema de otorgamiento, la protección civil y penal, las medidas cautelares, etc. Dado el objeto del presente trabajo, el análisis relativo a la eficacia del sistema se verá circunscripto a las cuestiones relativas al contenido del derecho de obtentor. Sin duda, la eficacia de un derecho intelectual puede verse seriamente afectada por su contenido, particularmente en dos aspectos:

a) El más obvio: por ser insuficientes las facultades reconocidas al titular del derecho intelectual.

b) Por resultar oscuras las normas relativas a la determinación del contenido del derecho intelectual.

“Eficaz” es aquello que tiene eficacia, y la eficacia consiste, según el *Diccionario de la Real Academia*, en la “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”. La respuesta al interrogante relativo a la eficacia del sistema depende de cuál sea el efecto que se desea o espera del sistema en cuestión. Según se ha visto, a través de este sistema se pretende lograr el cumplimiento de dos objetivos: a) retribuir, en una medida justa, el aporte efectuado por el obtentor al desarrollar una nueva variedad vegetal; y b) incentivar el desarrollo de la actividad fitomejoradora⁵³. Estos fines, pues, han de ser

tenidos en consideración a la hora de interpretar las normas, de modo de ajustar su contenido, en la medida de lo posible, a las exigencias del tratado. Por supuesto, esto no habilita al intérprete a prescindir de los criterios hermenéuticos reconocidos por la ciencia jurídica, pero sí supone un incentivo para renovar el examen de la ley, con el objeto de salvar su validez.

8.5.4. Artículo 27 de la LSCF

Conforme al art. 27 de la LSCF, “No lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar quien entrega a cualquier título semilla del mismo mediando autorización del propietario...”. De esta norma se infiere que el titular de un derecho de obtentor es la única persona facultada para entregar semilla perteneciente a la variedad protegida. Se trata, evidentemente, de la norma establecida en forma específica para delimitar el contenido del derecho de obtentor. El alcance esta facultad será analizado *infra*, N° 8.6.3.

8.5.5. Artículo 37 de la LSCF

Con respecto a la protección del derecho intelectual, llama la atención la casi completa carencia de sanciones específicas. En lo que refiere a la protección civil, la ley carece de previsión alguna. Esta omisión no es preocupante, ya que, de todos modos, resultan aplicables las reglas generales sobre responsabilidad civil, por lo cual el obtentor podrá requerir el resarcimiento por el daño causado por una infracción a su derecho de explotación exclusiva, sobre la base del régimen establecido en el Código Civil. Asimismo, se encuentra igualmente facultado para requerir el cese de la conducta infractora. En lo que refiere a la protección penal, la ley se reduce a tratar la cuestión en el art. 37, que establece: “Será penado con multa de dos mil pesos (\$ 2.000.-) a cien mil pesos (\$100.000.-) quien identificare o vendiere, con correcta u otra identificación, semilla de cultivares cuya multiplicación y comercialización, no hubiera sido autorizada por el propietario del cultivar”.

Si bien no es objeto de este trabajo el estudio del régimen sancionatorio establecido para proteger el derecho de obtentor, la norma sancionatoria referida será analizada *a los efectos de poder precisar adecuadamente el contenido del derecho de obtentor*, intentando así superar la escueta regulación que al respecto establece el art. 27 de la ley. Por cierto, la norma penal que protege un derecho intelectual no pretende establecer el ámbito de lo prohibido a los terceros. Por el contrario, presupone su delimitación previa, y se limita a establecer en qué casos esas conductas ya prohibidas han de ser, adicionalmente, objeto de una sanción penal. Lamentablemente, en el caso del régimen del derecho de obtentor, esa delimitación previa del contenido genérico del derecho no se puede presuponer, ya que casi no existe: tan sólo se reserva al titular, por el art. 27, la facultad de entregar a cualquier título el material protegido. Ante esta grave falencia,

cabe acudir al art. 37 -única norma que establece sanciones en caso de infracción al derecho de obtentor- para inferir, a partir de lo que presupone, cuál es el contenido del derecho intelectual que protege. El presupuesto del razonamiento que sigue es, entonces, que sólo se sancionan penalmente aquellas conductas que constituyen una infracción al derecho de obtentor.

En el art. 37 se alude a cuatro conductas: identificar, vender, multiplicar y comercializar. En la interpretación de esta norma conviene distinguir dos aspectos: lo penado y lo prohibido. Estrictamente, la norma sólo castiga la identificación y la venta de material protegido: “Será penado con multa de dos mil pesos (\$ 2.000.-) a cien mil pesos (\$100.000.-) quien *identificare o vendere*, con correcta u otra identificación, semilla de cultivares cuya multiplicación y comercialización, no hubiera sido autorizada por el propietario del cultivar”. Contrariamente a lo que una primera lectura puede sugerir, la multiplicación y comercialización no son objeto de sanción penal. Lo que se castiga es la identificación o venta de material cuya multiplicación o comercialización no fue autorizada. En suma, en esta norma deben distinguirse las conductas prohibidas de las que están penalmente sancionadas. Sólo están sancionadas la identificación o venta del material protegido. Y están prohibidas la identificación, la venta, la multiplicación y la comercialización.

La inclusión en la nómina de las conductas prohibidas responde a motivos diversos. La identificación y la venta se incluyen porque todo lo penado está prohibido: no se sanciona penalmente a las conductas lícitas. La ilicitud de estas conductas, es evidente, radica en que constituyen infracciones al derecho de obtentor. En lo que se refiere a la multiplicación y a la comercialización, su prohibición se infiere de la parte final de la norma, que sólo castiga la identificación o venta *de material cuya multiplicación o comercialización no hubiera sido autorizada por el titular del derecho de obtentor*. Lógicamente, sólo se necesita la autorización del titular para realizar aquellos actos que integran el contenido del derecho intelectual. Dado que, según el art. 37 de la LSCF, es necesaria la autorización del titular del derecho para multiplicar o comercializar material protegido, debe inferirse que se trata de conductas que integran su derecho de explotación exclusiva.

Conforme la exégesis realizada hasta aquí, parece que del art. 37 se desprende que el derecho de obtentor resulta integrado por las siguientes facultades exclusivas: identificación, venta, multiplicación y comercialización. Con todo, esta interpretación necesita ser depurada. Para ello, conviene analizar someramente el significado y alcance de estas facultades.

Ninguna de las acepciones que contiene el *Diccionario de la Academia* con relación al verbo transitivo “identificar” es compatible con el uso del término en el texto del art. 37 de la LSCF. Su real alcance sólo puede ser comprendido mediante la lectura del art. 9º de la misma ley, que establece: “La semilla expuesta al público o entregada a usuarios a cualquier título, deberá estar debidamente identificada, especificándose en el rótulo del envase, como mínimo, las siguientes indicaciones:...”. En el contexto de la ley, entonces, “identificar” significa especificar en el rótulo del envase de la semilla que se comercializa

determinadas indicaciones (entre otras, nombre y dirección del identificador de la semilla, nombre y dirección del comerciante expendedor de la semilla, nombre común de la especie, nombre del cultivar, contenido neto, año de cosecha, etc.). Se trata, en suma, de la acción por la cual se consigna determinada información relativa a la semilla sujeta a un proceso de comercialización (sea que se encuentre expuesta para la venta, sea que ya haya sido entregada).

Se encuentra igualmente sancionada la venta no autorizada de semilla. El sentido de esta conducta es el que surge de la definición del art. 1323 del Código Civil: “Habrà compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero”.

Asimismo, es necesario contar con autorización del titular del derecho de obtentor para comercializar material de reproducción perteneciente a la variedad protegida. Conforme al *Diccionario de la Academia*, “comercialización” es la acción y efecto de comercializar. Y el verbo transitivo “comercializar” significa, en su segunda acepción, poner a la venta un producto. Sin embargo, parece que la utilización del término en la legislación argentina alude a un significado más amplio, tanto en lo que respecta al acto a que se refiere (no sólo la venta) como al estadio de desarrollo del acto (no sólo “poner” en venta). En efecto, de la lectura de la legislación parece extraerse un sentido más abarcativo del término, como acto o proceso de liberación onerosa de un producto o mercancía al mercado. Este significado resulta comprensivo no sólo de la compraventa, sino también de otros actos jurídicos de carácter oneroso a través de los cuales se puede introducir un producto en el mercado (v.gr., permuta, *leasing*, etc.). Asimismo, parece que la voz “comercialización” cubre o abarca las diversas etapas de este proceso de introducción: el acto jurídico, la oferta o propuesta de éste y la posterior entrega del producto que constituye su cumplimiento.

De ser correcta esta interpretación del término “comercialización”, daría la impresión de que el legislador ha incurrido en una redundancia. En efecto, la identificación y la venta del material de reproducción perteneciente a la variedad protegida son conductas que resultan comprendidas dentro del proceso que la comercialización implica. Sin embargo, la objeción referida puede superarse si se distingue entre aquellas conductas que la norma sanciona penalmente, y aquellas otras que simplemente prohíbe (o, mejor, presupone prohibidas). La norma penaliza la identificación y la venta, y supone prohibidas la comercialización y la multiplicación. No existe redundancia alguna, por lo tanto. De las conductas prohibidas, la norma sólo castiga penalmente algunas de ellas: la identificación y la venta. Quedan, pues, sin cobertura penal la multiplicación y las demás conductas comprendidas dentro del término “comercialización” que no consistan en la identificación y la venta.

Podrá objetarse que el criterio adoptado por el legislador no es razonable, que no existe fundamento para punir sólo las dos conductas referidas, y dejar al margen de la tutela penal las demás facultades exclusivas que componen el contenido del derecho de obtentor. Pero lo cierto es que no existe redundancia alguna. En suma, está prohibida la comercialización no autorizada de la semilla, y del conjunto de conductas abarcadas por

esta prohibición, existen dos en particular que están, además, castigadas penalmente: la identificación y la venta de material no autorizado.

De la norma analizada surge, asimismo, que está prohibida la multiplicación no autorizada de material de reproducción perteneciente a la variedad protegida. Si bien la norma sólo prohíbe la multiplicación, cabe efectuar una interpretación extensiva y considerar que esta prohibición se extiende, asimismo, a la reproducción. Contra este recurso pareciera oponerse, es cierto, que el art. 37 es una norma de carácter penal, por lo que quedaría proscripta, en consecuencia, la posibilidad de apelar a la analogía o arribar a interpretaciones correctivas extensivas. Sin embargo, conviene introducir una aclaración, que permite justificar la metodología interpretativa utilizada. Es cierto que el art. 37 contiene una sanción penal, pero la función de la norma analizada, como ya se ha destacado, no se reduce a la mera punición. A falta de una norma que delimite razonablemente el contenido del derecho de obtentor, se apela a ese efecto al art. 37. Nuevamente, es necesario distinguir entre aquello que el art. 37 pena, y aquello que prohíbe. Resulta improcedente recurrir a la analogía o interpretar extensivamente una conducta a los efectos de determinar la aplicación de una pena, pero no hay inconveniente alguno en interpretar extensivamente el término “multiplicación”, de modo que resulte abarcativo de la reproducción, ya que con esto no se está extendiendo el ámbito de lo penado, sino sólo el de lo prohibido (y no castigado penalmente). Superada la dimensión penal de la norma, renace la posibilidad de acudir a la totalidad de los recursos interpretativos que la ciencia del derecho dispone, entre los que se destaca el criterio teleológico. Carece de sentido que se prohíba la multiplicación de las variedades asexuadas, y no se haga otro tanto con la reproducción de las variedades sexuadas. Tanto una como otra conducta, entonces, resultan prohibidas por el artículo estudiado. Por otro lado, y como se verá más adelante, la prohibición de reproducción se infiere sin dificultad alguna de otras normas de la misma LSCF.

Si bien el art. 37 puede ser criticado por la irrelevancia de la pena que establece ⁵⁴, merece destacarse la importancia que desempeña en el anárquico sistema de la ley. En efecto, el legislador omitió realizar una descripción adecuada del contenido del derecho de obtentor. El art. 27 de la ley es, a todas luces, insuficiente, ya que reduce las facultades del titular del derecho intelectual a la simple entrega. Esta falencia puede superarse, con un mediano esfuerzo interpretativo, a partir del análisis del supuesto de hecho del art. 37, que permite engrosar el esquelético contenido que surge del art. 27 de la ley, incorporando al elenco de facultades exclusivas del titular a la reproducción, la multiplicación y la comercialización.

8.5.6. Normas que reconocen excepciones al derecho de obtentor

El derecho de obtentor se encuentra limitado por dos excepciones: la excepción del agricultor y la excepción del fitomejorador, cuyo estudio específico se realiza al tratar la determinación negativa del contenido del derecho ⁵⁵. Pero, del mismo modo que se

procedió con el art. 37 de la ley, estas excepciones serán analizadas a continuación a los efectos de poder precisar adecuadamente las facultades del titular del derecho de obtentor, intentando así superar la parca regulación que al respecto establece el art. 27 de la ley.

Es claro que una norma que establece una excepción a un derecho intelectual no tiene por función definir su contenido genérico. Conforme a la terminología que se ha utilizado hasta aquí: la norma que delimita negativamente un derecho intelectual no pretende determinarlo positivamente, sino que presupone la existencia de esta última determinación, y establece un recorte al contenido que resulta de la misma, reduciendo así su extensión inicial o genérica. En efecto, toda excepción a un derecho intelectual supone que la conducta permitida a los terceros en virtud de esa excepción sería, de no existir la norma que la consagra, una conducta prohibida para toda persona distinta del titular. En otros términos: la consagración de una excepción a un derecho intelectual presupone el ámbito de lo prohibido, del *ius prohibendi*, al cual le introduce un recorte, permitiendo la realización de ciertas conductas.

En buena técnica, lo usual es que previamente se configure el contenido genérico del derecho, el ámbito de explotación exclusiva del titular (determinación positiva), y que luego, si corresponde, se lo recorte a través de una o más excepciones (determinación negativa). De adoptarse esta metodología, resulta innecesario analizar el régimen de las excepciones a los efectos de determinar positivamente el contenido del derecho intelectual, dado que ya ha sido definido por otra norma previa. Sin embargo, y dado lo defectuoso del mecanismo adoptado por la LSCF, se hace necesario indagar las dos excepciones referidas, a los efectos de revelar el ámbito de prohibición que presuponen, y así perfilar mejor el contenido genérico del derecho de obtentor. Lamentablemente, en el caso del derecho intelectual analizado, esa delimitación previa del contenido genérico del derecho de obtentor no se puede presuponer, ya que casi no existe. Ante esta grave falencia, cabe acudir a los arts. 27 (que reconoce la excepción del agricultor) y 25 (que introduce la excepción del fitomejorador) para inferir, a partir de lo que lógicamente presuponen, cuál es el contenido genérico del derecho de obtentor.

8.5.6.1. La excepción del agricultor

La excepción del agricultor se encuentra reconocida en el art. 27 de la LSCF, en el que se establece: “No lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar... quien reserva y siembra semilla para su propio uso...”. Conforme se verá *infra*, N° 10, en virtud de esta excepción el agricultor se encuentra facultado para utilizar material de su cosecha para reproducir la variedad, aplicándolo a su explotación agrícola. Es decir, se faculta al agricultor a reproducir material perteneciente a la variedad protegida. Es claro que esta excepción carecería por completo de sentido si la conducta que permite estuviese ya libremente permitida a los terceros. De ser así, la excepción del agricultor constituiría una flagrante redundancia, ya que la excepción estaría estableciendo, con relación al agricultor, lo que en principio ya estaría permitido a toda persona en general: la reproducción del material perteneciente a la variedad protegida. Desde el punto de vista sustancial, sería una redundancia, ya que tanto el principio general como la excepción

estarían permitiendo la misma conducta. Desde el punto de vista formal, sería una contradicción: la excepción al principio no sería, evidentemente, una verdadera excepción. Como cabe considerar que el legislador no incurre en contradicciones ni en redundancias, debe suponerse, entonces, que la reproducción del material perteneciente a la variedad protegida es, en principio, una conducta prohibida, prohibición que se restringe al aplicar la excepción del agricultor.

De este modo, se arriba a la misma conclusión a que condujera la interpretación del art. 37: que la reproducción o multiplicación del material perteneciente a la variedad protegida constituye una facultad exclusiva del titular del derecho de obtentor, que admite, en virtud del privilegio del agricultor, excepciones.

8.5.6.2. La excepción del fitomejorador

Esta excepción es reconocida en el art. 25, que establece: “La propiedad sobre un cultivar no impide que otras personas puedan utilizar a éste para la creación de un nuevo cultivar, el cual podrá ser inscripto a nombre de su creador sin el consentimiento del propietario de la creación fitogenética que se utilizó para obtenerlo, siempre y cuando esta última no deba ser utilizada en forma permanente para producir al nuevo”. En consecuencia, cualquier tercero está libremente facultado para utilizar una variedad protegida como fuente o insumo de investigación para el mejoramiento genético de otras variedades vegetales. En suma, se autoriza al fitomejorador a reproducir una variedad “ajena”. Al igual que se razonara con la excepción del agricultor, cabe suponer a partir de esta excepción que la reproducción y la multiplicación son conductas que integran el ámbito del *ius prohibendi* del titular del derecho de obtentor. Y que, justamente porque integran su contenido, requieren del establecimiento de una excepción cuando se considera conveniente permitir libremente a un tercero su realización.

8.5.7. Conclusión provisional

En suma, puede afirmarse que el titular de un derecho de obtentor cuenta con las facultades exclusivas de reproducir, comercializar y entregar a cualquier título el material de reproducción o multiplicación perteneciente a la variedad protegida. La facultad de reproducir surge de los arts. 25, 27 y 37 de la LSCF; la facultad de comercializar el material protegido se infiere del art. 37; y la facultad de entregar a cualquier título material perteneciente a la variedad es reconocida en forma explícita por el art. 27 de la misma ley.

De ser correcta esta interpretación, puede afirmarse que el legislador ha dado cumplimiento a la prescripción establecida en el art. 17 de la Constitución Nacional, conforme a la cual debe reconocerse al autor o inventor la propiedad exclusiva de invento o descubrimiento. La adopción de este criterio interpretativo permite salvar la tacha de

inconstitucionalidad que recaería sobre la LSCF si se considerase que sólo concede facultades exclusivas respecto de la entrega del material protegido.

Asimismo, el reconocimiento de este conjunto de facultades a favor del titular del derecho de obtentor supone satisfacer, en lo que refiere al contenido del derecho intelectual, la exigencia establecida en el art. 27.3.b del TRIPS, que requiere que, de no adoptarse el régimen de patentes para proteger a las variedades vegetales, se reconozca alternativamente un “sistema eficaz *sui generis*”. Parece razonable suponer que, mediante el reconocimiento de las facultades exclusivas de reproducción, comercialización y entrega del material de propagación de la variedad protegida, se diseña al derecho de obtentor como un derecho intelectual eficaz, en lo que respecta estrictamente a su contenido. En consecuencia, y en lo que refiere al contenido del derecho, la interpretación preferida tiene el mérito de asegurar que el régimen regulatorio del derecho de obtentor satisface la exigencia de eficacia requerida por el TRIPS. Exigencia que no se vería satisfecha, por cierto, si se redujese el contenido del derecho de obtentor a lo que surge explícitamente del art. 27 de la LSCF, esto es, a la facultad de entregar semilla perteneciente a la variedad protegida.

En suma, el titular del derecho de obtentor cuenta con las facultades exclusivas de reproducir, comercializar y entregar material de reproducción perteneciente a la variedad protegida. Esto es lo que surge de una interpretación sistemática de la LSCF, en la que resultan involucrados sus arts. 25, 27 y 37. Adicionalmente, este resultado interpretativo implica: a) situar a la LSCF como un desarrollo respetuoso de lo prescripto en el art. 17 de la Constitución Nacional; y b) respetar la exigencia del art. 27.3.b del TRIPS, en lo que refiere al contenido del derecho, ya que así entendido el régimen del derecho de obtentor representa un “sistema eficaz *sui generis*”.

La hermenéutica desarrollada precedentemente ha permitido precisar cuáles son las facultades que integran el contenido del derecho de obtentor en el régimen de la LSCF, tras realizar un largo rodeo. Desde esta perspectiva, la metodología de la ley es criticable, y solitaria en la legislación comparada. En efecto, las leyes extranjeras sobre la materia destinan, usualmente, una norma específica a precisar el contenido del derecho de obtentor, criterio que resulta, a todas luces, preferible.

Efectuada esta delimitación preliminar, se está en condiciones de analizar en qué consiste cada una de las facultades. Aunque algo ya se ha anticipado, necesariamente, en los puntos previos, es conveniente efectuar un análisis más detenido de estas facultades, para así precisar con la mayor exactitud posible cuál es el ámbito de actuación exclusiva con que cuenta el titular del derecho de obtentor.

8.6. Facultades integrantes del contenido del derecho de obtentor

A continuación, se analizarán las facultades patrimoniales que surgen explícita o implícitamente de la ley, esto es, la reproducción y multiplicación, la comercialización y la

entrega a cualquier título. Con posterioridad, se analizarán las facultades reconocidas en el art. 41 del decr. 2183/91, en la medida que no hayan sido ya consideradas.

8.6.1. Multiplicación, producción y reproducción

8.6.1.1. Normas aplicables

Aunque esta facultad carece de un reconocimiento legal explícito, puede inferirse sin dificultad de lo dispuesto en el art. 37 de la LSCF, conforme al cual sufrirá pena de multa quien identifique o venda semilla de un cultivar cuya multiplicación no haya sido autorizada por el titular del derecho de obtentor. Asimismo, la existencia de esta facultad está presupuesta en los arts. 27 y 25 de la misma ley, que reconocen respectivamente la excepción del agricultor y la del fitomejorador. Como se ha visto, el establecimiento de estas excepciones carecería completamente de sentido si la facultad de reproducción y multiplicación no integrase el contenido del derecho de obtentor. En el mismo sentido, el art. 41 del decr. 2183/91 establece que es necesaria la autorización del titular del derecho para producir o reproducir simiente perteneciente a una variedad protegida (inciso a). También se relacionan, aunque indirectamente, con esta facultad, los incisos b) e i) del mismo artículo, que requieren la autorización del titular del derecho intelectual para acondicionar y almacenar con fines de propagación simiente de una variedad protegida ⁵⁶.

Esta facultad exclusiva es reconocida por la generalidad de la legislación comparada ⁵⁷, aunque en numerosas legislaciones la exclusividad se reduce a la producción o reproducción efectuada con fines comerciales ⁵⁸. En esta última línea se encuentra el Convenio UPOV 1978, vigente en Argentina ⁵⁹. Con todo, en aquellas legislaciones en las que el derecho de exclusión alcanza a todo tipo de producción o reproducción, sin importar sus fines, el reconocimiento de la excepción del agricultor supone permitir la producción no comercial, con lo que ambos sistemas resultan equiparados ⁶⁰.

8.6.1.2. Posibilidades de actuación que derivan de esta facultad

Ni la ley ni el decreto definen en qué consisten estas facultades. Conforme al *Diccionario de la Academia*, “multiplicación” es la acción y efecto de multiplicar o multiplicarse. Y el verbo transitivo “multiplicar” significa aumentar el número o la cantidad de cosas de la misma especie. En su acepción técnica, se entiende por multiplicación la “... repetición sucesiva de un método de propagación asexual que permite obtener ejemplares con iguales caracteres que el original” ⁶¹, y por reproducción, el “... proceso por medio del cual a partir de un organismo de una célula, de un cromosoma, etc., se desarrollan otros semejantes” ⁶². Esta reproducción puede ser sexuada o asexual. La reproducción es asexual cuando “en ella no interviene ni la meiosis ni la fecundación. La progenie posee un complemento cromosómico idéntico al de los progenitores” ⁶³, mientras que en la reproducción sexual “intervienen en ella células cuyo número de cromosomas se ha reducido a la mitad por medio de la meiosis y constituyen los gametos masculinos y

femeninos. Para que se pueda formar el cigote es necesario el desarrollo de un nuevo organismo, el cual requiere la fusión previa de dos gametos de sexo opuesto” ⁶⁴.

8.6.1.3. Relación con el principio de territorialidad

Conforme al principio de territorialidad, el derecho de obtentor concedido por el RNPC sólo concede un derecho de actuación exclusiva en el territorio argentino ⁶⁵. Dos son las cuestiones que se analizarán con relación al referido principio: a) la reproducción en el extranjero con la finalidad de introducir el material en Argentina; y b) la reproducción en Argentina con la finalidad de exportar el material obtenido con la reproducción.

En el primer supuesto planteado, se reproduce en el extranjero material perteneciente a la variedad, con la finalidad de introducirlo en Argentina. Dos son, pues, las conductas a analizar: la producción y la importación. Por aplicación del principio de territorialidad, la reproducción en el extranjero no constituye un acto ilícito frente al ordenamiento jurídico argentino. Lógicamente, si el titular del derecho de obtentor en Argentina también lo ha registrado en el país en el que se realiza la reproducción, probablemente esta conducta constituirá un ilícito frente a la legislación extranjera. En lo que refiere a la importación posterior, ver *infra*, N° 8.7.2.

En el segundo supuesto planteado, un tercero reproduce en el país material perteneciente a la variedad, pero lo exporta, o tiene la finalidad de hacerlo. Es decir que no lo comercializa a nivel local, o no tiene planes de hacerlo. Nuevamente, dos son las conductas a analizar: la producción y la exportación. Con respecto a la reproducción local, se trata, sin duda, de una infracción al derecho de obtentor. Resulta por completo indiferente si el material reproducido se ha de comercializar en el país o en el exterior. El art. 37 de la LSCF requiere la autorización del titular para todo tipo de reproducción de la variedad, sin distinguir en función del destino comercial del material reproducido, por lo que, apelando al conocido brocardico, donde la ley no distingue, no debe hacerlo el intérprete. Resulta asimismo irrelevante si en el país al cual ha de exportarse el material al obtentor se le ha otorgado un derecho intelectual sobre la variedad. Esté o no protegida en el país de destino, la reproducción no autorizada en Argentina constituye un acto ilícito. Por supuesto, su protección en el extranjero influirá, frente al derecho foráneo, en cuanto a la naturaleza lícita o ilícita del acto de exportación. En lo que refiere a los efectos de la exportación frente a la legislación argentina, ver *infra*, N° 8.7.3.

8.6.1.4. Relación con el agotamiento del derecho

Conforme se verá *infra*, N° 9, el derecho del obtentor se agota respecto del material de reproducción que ya ha sido comercializado, sea por el mismo obtentor o por un tercero autorizado. Este material de reproducción podrá ser sembrado, y el material cosechado podrá comercializarse. Respecto de él, el derecho del obtentor se ha agotado. Sin embargo, este nuevo material no podrá utilizarse para la producción o reproducción. En cierto modo, el derecho del obtentor renace cuando este material se utiliza para realizar una

nueva reproducción, como así también respecto de la comercialización del material derivado de esa reproducción ilegítima ⁶⁶. Como una importante restricción a esta facultad merece destacarse la excepción del agricultor, a la que se hará referencia a continuación.

8.6.1.5. Relación con las excepciones al derecho de obtentor

Considerando que ni la ley ni el decreto, al prohibirla, hacen referencia a los fines que han de motivar la reproducción de la variedad, parece que todo acto de reproducción realizado por un tercero no autorizado constituye una infracción al derecho de obtentor. En este sentido, la regulación contrasta con lo establecido por el convenio UPOV 1978, que limita el derecho de exclusiva del obtentor, en lo que a este punto respecta, a la producción realizada con fines comerciales. La ausencia de una restricción similar permite suponer que, por el contrario, en la legislación argentina interna todo acto de reproducción de la variedad protegida está prohibido, tenga o no fines comerciales. Esta afirmación es válida como principio general, pero reconoce una importante restricción: la excepción del agricultor, en virtud de la cual todo agricultor se encuentra facultado para reservar parte del material de la cosecha para volver a sembrarlo ⁶⁷. En definitiva, conforme a esta excepción resulta lícito el acto de reproducción que realiza el agricultor, si se cumplen los requisitos que la ley establece. Asimismo, esta facultad exclusiva sufre otro recorte, de menor importancia que el anterior, en virtud de la excepción del fitomejorador, que autoriza a todo obtentor a reproducir una variedad “ajena” con miras a la obtención de una nueva variedad ⁶⁸.

En consecuencia, todo acto de reproducción de la variedad, tenga o no fines comerciales, se encuentra comprendido dentro del derecho de exclusiva del obtentor. Sin embargo, este derecho sufre una importante restricción por el reconocimiento de la excepción del agricultor, como así también por aplicación de la excepción del fitomejorador.

8.6.2. Comercialización

8.6.2.1. Normas aplicables

Aunque esta facultad carece de un reconocimiento legal explícito, puede inferirse, sin forzar el texto, del art. 37 *in fine* de la LSCF, cuando establece que será sancionada penalmente la identificación o venta de semilla cuya comercialización no haya sido autorizada. Asimismo, el art. 41 del decr. 2183/91 requiere la autorización del titular de la variedad para su puesta a disposición en el mercado (inc. d) y para su comercialización en cualquier forma (inc. h). Uniformemente, en la legislación comparada se prohíbe la comercialización del producto protegido realizada sin contar con la autorización del titular ⁶⁹. En numerosos casos, asimismo, se prohíbe específicamente la forma más usual de comercialización: la venta ⁷⁰.

8.6.2.2. Posibilidades de actuación que derivan de esta facultad

Las palabras de la ley pueden ser utilizadas con el significado que se les asigna conforme a los usos generales del lenguaje, o con el significado especial del lenguaje técnico jurídico⁷¹. Si el término a interpretar tiene un significado según el uso especial o técnico del lenguaje, éste prevalece sobre el significado que pueda corresponderle conforme al uso general⁷². La cuestión radica, por lo tanto, en precisar si el término “comercialización” cuenta con un significado técnico específico en el derecho argentino; de lo contrario, deberá interpretárselo conforme al sentido que le corresponde en el uso general del lenguaje, aunque adaptado al contexto de la LSCF.

La legislación argentina utiliza en numerosas oportunidades el sustantivo femenino “comercialización”, como así también el verbo “comercializar”. Entre otros casos, puede destacarse su uso en las siguientes normas: ley 13.246, de arrendamientos y aparcerías rurales (art. 17); ley 19.550, de sociedades comerciales (art. 64); ley 20.337, de cooperativas (art. 42); ley 22.290, de sangre (art. 43); ley 22.362, de marcas (arts. 5º, 24, 26 y 31); ley 22.802, de lealtad comercial (arts. 1º, 2º, 4º, 6º y 12); ley 24.240, de defensa del consumidor (arts. 2º, 4º y 11); ley 24.481, de patentes (arts. 36, 38, 43 y 76); ley 24.760, de factura de crédito (art. 1º); ley 24.766, de confidencialidad (art. 8º); ley 25.113, de contratos de maquila (art. 3º) y ley 25.156, de defensa de la competencia (art. 2º). La misma LSCF se refiere a la comercialización en los arts. 1º, 5º, 7º, 15 y 35. También lo hace el *decr. 2183/91*, en el art. 8º.

En ninguna de las normas citadas se define qué ha de entenderse por “comercializar”, “comercialicen” o “comercialización”, razón por la cual, a continuación, se intentará encontrar un significado unitario del término, conforme a los usos generales del lenguaje. Conforme al *Diccionario de la Real Academia*, “comercialización” es la acción y efecto de comercializar. Y el verbo transitivo “comercializar” significa, en su segunda acepción, poner a la venta un producto. Sin embargo, parece que la utilización del término en la legislación argentina alude a un significado más amplio, tanto en lo que refiere al acto realizado (no sólo la venta) como a las etapas del proceso que resultan abarcadas (no sólo “poner” en venta). En efecto, de la lectura de la legislación parece extraerse un sentido más abarcativo del término, como acto o proceso de liberación onerosa de un producto o mercancía al mercado. Este significado resulta comprensivo no sólo de la compraventa, sino también de otros actos jurídicos de carácter oneroso, a través de los cuales se puede introducir un producto en el mercado (v.gr., permuta). Asimismo, parece que la voz “comercialización” cubre o abarca las diversas etapas de este proceso de introducción. Es decir, no sólo la celebración del acto jurídico, sino también su oferta o propuesta, y la posterior entrega del producto que constituye su cumplimiento. Sin embargo, esta interpretación debe reducirse, ya que la LSCF, en el art. 27, incluye dentro del *ius prohibendi* a “toda entrega a cualquier título”. Con el afán de evitar una interpretación que suponga una redundancia legal, se hace necesario considerar que la comercialización abarca todo acto jurídico oneroso por el cual una cosa se introduce en el mercado, como así también sus actos preparatorios, pero excluyendo la entrega de la cosa que constituye

el cumplimiento del acto jurídico. De lo contrario, se estaría considerando que la ley se ha repetido, prohibiendo en dos ocasiones (en el art. 27, que prohíbe la entrega a cualquier título, y en el art. 37, que prohíbe la comercialización) la misma conducta -la entrega de una cosa a título oneroso-, lo que no es, en principio, correcto, ya que debe presumirse que el legislador no es redundante.

Quedan excluidos, por cierto, los actos a título gratuito. Si bien una interpretación finalista, tuitiva de los intereses del titular del derecho intelectual, inclinaría a considerarlos como actos alcanzados por el *ius prohibendi*, resulta chocante con el sentido literal de la expresión “comercializar” la inclusión de los actos a título gratuito. Con todo, este límite carece de mayor importancia, ya que, según se verá *infra*, N° 8.6.3, las entregas a título gratuito quedan comprendidas dentro de la prohibición del art. 27 de entregar a cualquier título material sin autorización.

En suma, el titular del derecho de obtentor cuenta con la facultad exclusiva de comercializar el material protegido, es decir, de realizar cualquiera de los actos que integran el proceso de liberación onerosa del producto al mercado. Esta facultad abarca tanto la realización de actos jurídicos (compraventa, permuta, etc.), como su promoción u oferta. Esta interpretación extensiva de la facultad implícitamente reconocida en la ley resulta de particular importancia, ya que con ella se salva la constitucionalidad del decr. 2183/91, cuyo art. 41 asigna al obtentor una serie de facultades exclusivas -permuta, transacción, importación, exportación, oferta, publicidad, exhibición de muestras, etc.- que difícilmente podrían considerarse actos de comercialización, si se optara por una interpretación estrecha del término, como la que resulta del *Diccionario de la Academia*.

8.6.2.3. Comercialización y puesta a disposición en el mercado

El decr. 2183/91 reconoce al titular del derecho de obtentor, en el inc. h) del art. 41, la facultad exclusiva de comercializar en cualquier forma el material protegido. Asimismo, en el inciso d) del mismo artículo, le reconoce la facultad exclusiva de poner en el mercado dicho material, fenómeno que despierta un elemental interrogante: ¿qué diferencia existe entre “comercializar” y “poner a disposición en el mercado”? ¿Se trata de dos disposiciones con significado equivalente? De no ser así, ¿qué significa, en el marco del régimen del derecho de obtentor, “poner a disposición en el mercado”?

Como punto de partida de la interpretación, debe presumirse que el legislador no es redundante, por lo que corresponde hacer un esfuerzo hermenéutico, tratando de descubrir una significación total o parcialmente diferente entre ambas expresiones, que justifique su referencia separada, y evite concluir que existe una repetición inútil. Ni la ley ni el decreto definen qué debe entenderse por “puesta a disposición en el mercado”, ni por “comercialización”. Sin embargo, ya se ha analizado *supra*, N° 8.6.2, qué ha de entenderse, en el marco de la LSCF, por “comercialización”. Resta, pues, develar qué significa poner algo a disposición en el mercado.

La fuente del art. 41 del reglamento es, evidentemente, el art. 14 del Convenio UPOV 1991. El citado artículo reconoce al obtentor, en su inc. 1.iv, el derecho exclusivo de comercializar la variedad en cualquier forma. No alude a una facultad adicional de poner

la variedad a disposición en el mercado. Asimismo, se advierte que en el art. 1º del tratado -destinado a definir los términos que éste utiliza- no se define qué ha de entenderse por “comercialización”. La fuente de la norma, pues, no permite salvar la aparente redundancia, ya que el decreto se apartó de ella al introducir, adicionalmente a la facultad de comercializar, la facultad de poner el material protegido a disposición en el mercado. Todo indica que ambas expresiones tienen un significado equivalente y que al apartarse de su fuente, el legislador ha incurrido en una repetición innecesaria. Cabe entender, entonces, que la facultad de poner el material protegido a disposición en el mercado -reconocida en el inc. d) del art. 41 del decreto- no implica ningún poder adicional para el titular del derecho de obtentor con relación al que se deriva de su facultad de comercializarlo -reconocida en el art. 37 de la LSCF y en el art. 41, inciso h), de su decreto reglamentario-.

8.6.2.4. Relación con el agotamiento del derecho

Evidentemente, sólo está prohibida la comercialización de material de reproducción respecto del cual no se haya agotado el derecho de obtentor. Al respecto, ver *infra*, Nº 9.

8.6.2.5. Relación con la excepción del agricultor

La comercialización del material obtenido bajo el amparo de la excepción del agricultor es completamente lícita. Al respecto, ver *infra*, Nº 10.

8.6.3. Entrega

8.6.3.1. Normas aplicables

Esta facultad es reconocida explícitamente en el art. 27 de la LSCF, conforme al cual “No lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar quien entrega a cualquier título semilla del mismo mediando autorización del propietario...”. A contrario, se interpreta que constituye una infracción al derecho de obtentor la entrega no autorizada del material protegido. El reconocimiento legal se ve reforzado por el art. 41 del decreto reglamentario, cuyo inciso j) prohíbe toda entrega a cualquier título que carezca de la autorización del titular. La transferencia o entrega no autorizada del material protegido también ha sido objeto de prohibición autónoma por otras leyes extranjeras ⁷³.

8.6.3.2. Posibilidades de actuación que derivan de esta facultad

Las posibilidades de actuación que de esta facultad derivan para el titular dependen de cómo se despejen dos interrogantes: a) para que se configure la infracción, ¿es necesario que se efectúe la entrega física del material de reproducción, o basta con cualquier otro de los medios a través de los cuales se considera efectuada la tradición?; y

b) la entrega referida en el art. 27, ¿se identifica con la tradición traslativa del dominio, con la tradición traslativa de la posesión o con la tradición traslativa de la tenencia?

Siguiendo el orden señalado, se ha de comenzar por el primer interrogante. Por el art. 27 se considera infracción toda entrega a cualquier título efectuada sin autorización del titular del derecho de obtentor. Según el *Diccionario de la Lengua Española*, “entrega” es la acción y efecto de entregar. Y el verbo “entregar” significa, en su primera acepción, poner en manos o en poder de otro a alguien o algo. Asimismo, la entrega es el elemento material de la tradición. La entrega prevista en la LSCF, ¿ha de entenderse en su versión más acotada, como puesta de algo en manos de otro, o se ha de interpretar en el sentido amplio con que se la concibe en tanto elemento material de la tradición? Parece que, por una elemental coherencia interna del ordenamiento jurídico, se ha de interpretar en el último de los sentidos mencionados, es decir, con la amplitud con que se interpreta a la entrega como elemento material de la tradición. Al respecto, es pacíficamente admitido que la tradición se verifica no sólo cuando se pone una cosa en manos de otra persona, sino también a través de otros medios por los cuáles la cosa queda en poder del *accipiens*. Si bien escapa a este trabajo el estudio de los modos específicos a través de los cuales se perfecciona la tradición, puede señalarse que éstos varían en función de diversos factores (así, si se trata de una cosa mueble o inmueble, si el acto se efectúa entre presentes o entre ausentes, etc.). En todo caso, es suficiente señalar que la entrega a cualquier título señalada en el art. 27 LSCF debe interpretarse con la amplitud con que, en el régimen del Código Civil, se concibe a la entrega como elemento material de la tradición, de lo cual se desprende que son actos de entrega no sólo aquellos por los cuales se pone el material de reproducción perteneciente a la variedad protegida en manos de un tercero, sino también aquellos otros admitidos por el Código Civil como eficaces para considerar efectuada la tradición (v.gr., tradición por entrega de llaves, regulada por los arts. 2385 del Código Civil ⁷⁴ y 463, inc. 1, del Código de Comercio ⁷⁵ tradición simbólica o de cosas muebles no presentes, regulada por los arts. 2388 del Código Civil ⁷⁶ y 463, incisos 3 a 5, del Código de Comercio ⁷⁷; *traditio brevi manu*, objeto de regulación por el art. 2387 del Código Civil ⁷⁸; constituto posesorio, regulado en el art. 2462, incs. 3 y 6, del Código Civil ⁷⁹; etc.).

Aclarada esta primera cuestión, puede abordarse el segundo interrogante: la entrega prohibida por el art. 27, ¿se identifica con la tradición traslativa del dominio, con la tradición traslativa de la posesión o con la tradición traslativa de la tenencia? Pues, como se ha señalado, “*el hecho material que presupone el acto de tradición puede ser equívoco. La entrega de la cosa en sí misma, no significa más que la transmisión de la posesión, o bien de la tenencia cuando la entrega se haga efectiva a una persona para que ésta la posea en nombre del tradens. Pero también esos actos materiales de entrega de la cosa pueden ser consecuencia de un acto jurídico cuyo fin inmediato haya sido la traslación del derecho de dominio, o por extensión, de cualquier otro derecho real*” ⁸⁰. En suma: según su fin inmediato, la entrega material de la cosa puede constituir una tradición traslativa de la tenencia, o una tradición traslativa de la posesión, o una tradición traslativa del dominio. El art. 27 de la LSCF, ¿se refiere a alguno de estos tipos de tradición en particular, o a la tradición en general? Para responder a este interrogante, conviene

primero precisar qué es lo que caracteriza a cada uno de estos tipos de tradición, para luego examinar la situación a la luz de lo establecido en el art. 27 de la ley que se analiza.

La tradición traslativa de la tenencia aparece en el art. 2460 del Código Civil, que establece: “La simple tenencia de las cosas por voluntad del poseedor, o del simple tenedor, sólo se adquiere por la tradición, bastando la entrega de la cosa sin necesidad de formalidad alguna”. La norma ha sido doblemente criticada, ya que: a) no es cierto que el único modo de adquirir la tenencia sea la tradición (ésta también puede adquirirse, por ejemplo, por ocupación)⁸¹; y b) la referencia a que no se requiere ninguna formalidad adicional a la simple entrega de la cosa resulta absolutamente innecesaria, dado que la tradición siempre consiste en un simple hecho: la entrega de la cosa⁸².

En lo que respecta a la tradición traslativa de la posesión, ha sido caracterizada como “... *la entrega y recepción voluntarias de una cosa, mediante la realización de actos materiales del tradens (el que entrega la cosa), y del accipiens (el que la recibe), o de uno solo con asentimiento del otro*”⁸³. Se trata de uno de los modos más comunes para adquirir la posesión⁸⁴.

Finalmente, la tradición traslativa del dominio consiste en “... *la entrega material de la cosa en virtud de un título suficiente para transmitir o transferir el dominio por parte de quien está legitimado para ello, a quien la acepta, teniendo ambas partes capacidad para la realización de este acto jurídico*”⁸⁵.

Para distinguir mejor estos tres tipos de tradición, y así poder determinar con precisión a cuál o a cuáles de ellos se refiere el art. 27 LSCF, conviene someterlos a una comparación entre sí. La semejanza que los une es evidente: su elemento material. En los tres casos, el *tradens* entrega la cosa al *accipiens*. Ya se ha visto *supra* la amplitud con que este elemento material es interpretado cuando se analiza la tradición posesoria, y esta interpretación amplia no varía en absoluto al referirse a los otros tipos de tradición. Fácticamente, pues, no hay diferencia alguna entre los distintos tipos de tradición. Las diferencias aparecen cuando se analizan los fines que caracterizan a cada uno. La tradición posesoria se realiza con la finalidad de transmitir la posesión que se ejerce sobre una cosa. A su vez, para que haya tradición traslativa del dominio (o de otro derecho real susceptible de posesión) es necesario que se efectúe la tradición posesoria. Adicionalmente, conforme a los arts. 2601 a 2603 del Código Civil, se requiere que exista capacidad en los otorgantes (en el *tradens*, para enajenar; en el *accipiens*, para adquirir), título suficiente y legitimación del *tradens* (es decir, que sea titular del derecho real que transmite)⁸⁶. De no cumplirse alguno de estos tres últimos requisitos señalados, sólo habrá tradición posesoria, pero no tradición traslativa del dominio. Se advierte, pues, la relación existente entre ambos tipos de tradición: toda tradición traslativa de derechos reales es, asimismo, tradición posesoria, pero no toda tradición posesoria es traslativa de derechos reales⁸⁷.

Comparando la tradición traslativa de la tenencia y la tradición traslativa del dominio se advierte que entre ambas existen diferencias insalvables: jamás puede considerarse que existe transmisión del dominio a partir de una tradición traslativa de la simple tenencia, por más que se encuentren cumplidos los demás requisitos que exige la

ley. Dado que la tradición es un acto jurídico, sus efectos están íntimamente ligados a la intención tenida en miras por las partes al otorgarlo. Si no existió la finalidad de transmitir la posesión o el dominio, no puede producirse la mutación jurídico-real aludida⁸⁸.

Falta, finalmente, poner en relación la tradición traslativa de la posesión con la tradición traslativa de la tenencia. Como se ha destacado, en el aspecto material no presentan diferencias, lo que no es de extrañar, si se toma en cuenta que no existen diferencias materiales entre la posesión y la tenencia. La cuestión se torna más compleja cuando se trata de identificar lo que distingue ambos tipos de tradición. La diferencia parece ser evidente: en un caso la entrega de la cosa sirve como modo de adquisición de la posesión, y en el otro como modo de adquisición de la tenencia. Sin embargo, esta distinción sólo es clara en apariencia, ya que, como es sabido, la diferencia existente entre la posesión y la tenencia es una cuestión arduamente debatida desde antaño. Vélez Sársfield, al regular la materia en el Código Civil, fue profundamente influenciado por el pensamiento de Savigny, quien consideraba que la posesión resultaba de la suma de dos elementos, el *corpus* y el *animus domini*, lo que la distinguía de la tenencia, en la que estaría ausente el *animus*. Esta impronta saviniana se advierte con claridad al leer los arts. 2351, 2352 y 2461 del Código Civil. En el primero de ellos se declara que “Habrà posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”⁸⁹. Las dos normas restantes caracterizan a la tenencia. La primera de ellas establece que “El que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa, y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho”. La cuestión es reafirmada por el art. 2461, que declara: “Cuando alguno por sí o por otro se hallase en la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre alguna cosa, pero sólo con la intención de poseer en nombre de otro, será también simple tenedor de la cosa”. En suma, la conocida teoría del *corpus* y el *animus*. La presencia del *animus* determinaría la existencia de posesión, y su ausencia la de la tenencia.

La teoría de Savigny no parece compartible, ni en el plano puramente teórico, ni como doctrina que sistematice la regulación que hace el Código Civil en materia posesoria. No se trata aquí de reproducir el sutil debate creado en torno a los elementos de la posesión, sino simplemente de consignar con precisión, a la luz de la legislación vigente, cuándo existe posesión, y cuándo tenencia. De este modo, se estará en condiciones de distinguir a la entrega traslativa de la posesión de aquella otra traslativa de la tenencia. Y parece que lo más aceptable es afirmar que es poseedor todo aquel que la ley califica como tal, brindándole la protección correspondiente a ese *status*, y que es tenedor todo aquel a quien la ley reputa como tal, dispensándole, en consecuencia, una protección menos intensa⁹⁰. En definitiva, se trata de consultar, con independencia de todo apriorismo doctrinario, en qué casos la ley considera que existe posesión, y en qué otros tenencia. En lo que respecta a la posesión, ésta no sólo existe cuando una persona tiene la cosa en su poder con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad⁹¹, sino también en los siguientes casos: usufructo⁹², uso⁹³, servidumbre⁹⁴, prenda⁹⁵ y anticresis⁹⁶.

En lo que respecta a la tenencia, el art. 2462 del Código Civil, enunciativamente, declara tenedores a “... 1. Los que poseyeren en nombre de otro, aunque con derecho personal a tener la cosa, como el locatario, o comodatario. 2. Los que poseyeren en nombre de otro sin derecho a tener la cosa, como el depositario, el mandatario o cualquier representante. 3. El que transmitió la propiedad de la cosa, y se constituyó poseedor a nombre del adquirente. 4. El que continuó en poseer la cosa después de haber cesado el derecho de poseerla, como el usufructuario, acabado el usufructo, o el acreedor anticresista. 5. El que continúa en poseer la cosa después de la sentencia que anulase su título, o que le negase el derecho de poseerla. 6. El que continuase en poseer la cosa después de reconocer que la posesión o el derecho de poseerla pertenece a otro”. Vale destacar que entre los tenedores, la ley contempla, entre otros, al depositario, al transportista y al locador de obra. Según se verá a continuación, se trata de sujetos que pueden formar parte de la cadena de comercialización del material protegido por el régimen del derecho de obtentor, dependiendo la calificación jurídica de su actuación del criterio con que se interprete en qué consiste la entrega prohibida por la LSCF.

Es necesario precisar, entonces, si la entrega referida en el art. 27 se identifica con la tradición traslativa del dominio, con la tradición traslativa de la posesión o con la tradición traslativa de la tenencia. Por ejemplo, ¿qué sucede con la entrega del material de reproducción a un copiador, en depósito? ¿O con la entrega efectuada al transportista? Técnicamente, no hay tradición traslativa de la posesión (ni, lógicamente, traslativa del dominio), pero sí hay tradición traslativa de la tenencia. Como puede advertirse, del significado que se atribuya al término “entrega”, utilizado en el art. 27 de la LSCF, depende la licitud o ilicitud de este tipo de conductas.

El art. 27 de la ley no brinda demasiadas referencias como para dilucidar la cuestión. En cambio, el decr. 2183/91 no sólo sanciona supuestos de tradición traslativa del dominio y de la posesión, sino también de la tenencia. Por ejemplo, cuando se prohíbe el acondicionamiento del material protegido con el propósito de propagarlo (inciso b), y cuando se prohíbe el almacenamiento con fines prohibidos (inciso i). Con todo, estas disposiciones del reglamento merecen dos comentarios aclaratorios. En primer lugar, la disposición reglamentaria no sirve para determinar el sentido y alcance de la LSCF, sino que lo presupone. Previamente, entonces, es necesario determinar el sentido del art. 27, y en función de ello se dirimirá la validez que reviste, en este punto, el decreto reglamentario. En segundo lugar, se advierte que en los casos en que el decreto prohíbe actos traslativos de la tenencia (acondicionamiento, almacenamiento), no los prohíbe *per se*, sino cuando tales actos se realizan con una finalidad prohibida (v.gr., reproducir, vender, comercializar, etc., el material protegido). Al respecto, ver *infra*, N^{ros} 8.7.4 y 8.7.9. De lo que ahora se trata es de dilucidar si entre esos actos prohibidos por sí mismos pueden contarse los casos de entrega traslativa de la tenencia. Se hace necesario, pues, volver sobre el texto de la LSCF.

La ley no se refiere a la entrega a secas, sino que habla de entrega “a cualquier título”. Tradicionalmente se entiende por “título” el hecho o acto jurídico que sirve de causa a la tradición. En consecuencia, conforme a una interpretación literal, toda entrega no autorizada del material protegido, cualquiera sea su causa o razón, implicaría una

invasión al ámbito de exclusividad del titular del derecho de obtentor. De acuerdo con este temperamento, la entrega referida en el art. 27 de la LSCF se aplicaría a todo tipo de tradición, sea que se efectúe a título traslativo del dominio, de la posesión o de la tenencia.

Sin embargo, un criterio hermenéutico teleológico obliga a revisar este resultado interpretativo, al que se ha arribado provisoriamente. En efecto, parece desmedido que los poderes del titular se extiendan hasta prohibir la tradición traslativa de la tenencia. Piénsese, por ejemplo, en el caso en el que se entrega el material protegido a un transportista, o cuando se lo entrega a una cooperativa para que lo almacene y acondicione. Estrictamente, en estos supuestos no se afecta el aprovechamiento económico que el obtentor tiene sobre la variedad protegida. No se detrae la demanda, ni se realizan actos en competencia con él, dado que tanto el acopiador como el transportista son simples tenedores, a través de los cuales el propietario del material conserva la posesión ⁹⁷. Con la entrega traslativa de la tenencia no se detraen potenciales compradores del material protegido, y, en consecuencia, no existe perjuicio para el titular del derecho intelectual.

La doble finalidad del régimen -dikelógica y económica- no se ve afectada por esta interpretación restrictiva. Muy por el contrario, la respalda, ya que no tiene sentido alguno prohibir a los terceros aquellos actos que no causan perjuicio alguno al titular del derecho de obtentor. Correctamente, ha destacado Baylos Corroza que para que exista infracción a un derecho intelectual, deben cumplirse dos requisitos: a) reproducción o materialización de la concepción protegida (o un acto posterior: oferta, comercialización, etc.); y b) los actos consignados en a) han de colocar al presunto infractor en la posición de un competidor eventual del titular del derecho ⁹⁸. En términos del autor: “... *para que exista infracción, es preciso que la actuación de las posibilidades prototípicas de la creación se haga con la finalidad de ofrecer o suministrar a un tercero o a la generalidad bienes, dentro o fuera del mercado. Ha de implicar una actuación empresarial concurrente con la reservada al titular del derecho, o, cuando menos, una actividad que haga innecesaria la actuación empresarial en el suministro de bienes a un tercero o a la generalidad, con lo que ello supone entonces de sustracción de clientes al mercado y, por tanto, de disminución de la clientela eventual del monopolista, titular del derecho...*” ⁹⁹. El criterio parece, a todas luces, compatible. Puede, en consecuencia, ser utilizado para interpretar la norma de la LSCF.

Evidentemente, los actos traslativos de la tenencia no constituyen, en sí mismos, actos de competencia para con el titular del derecho de obtentor. En consecuencia, no tiene sentido interpretar que están comprendidos por la expresión “entrega a cualquier título” que emplea la ley. Parece preferible considerar que sólo está prohibida la entrega traslativa de la posesión (y, *a fortiori*, la traslativa del dominio), lo que supone reducir el sentido de la expresión “entrega a cualquier título”, empleado por la ley. Esta reducción necesita ser debidamente justificada, por lo que conviene, como paso previo, esclarecer si se trata de una simple interpretación restrictiva, o de una verdadera reducción teleológica, ya que las condiciones a cumplir en uno u otro caso son diversas. Vale aclarar

que la metodología utilizada a continuación se basa en las prescripciones vertidas por Karl Larenz en su obra *Metodología de la ciencia del derecho*.

Se entiende por interpretación estricta o restrictiva aquella cuyo resultado interpretativo se identifica con la esfera nuclear, el primer significado tenido en cuenta al usar un término. La definición puede ilustrarse con un ejemplo: la interpretación del art. 3º, inciso h, de la ley 22.362, en el que se establece que no puede registrarse como marca "... h) El nombre, seudónimo o retrato de una persona, sin su consentimiento o el de sus herederos hasta el cuarto grado inclusive...". Esta disposición ha sido interpretada restrictivamente, señalando que la prohibición no rige para el simple nombre de pila, ya que llevaría al absurdo, v.gr., de tener que pedir permiso a todos los Carlos del país para registrar la marca "Carlos", "don Carlos", etc.¹⁰⁰. Pero la interpretación restrictiva tiene un límite: si se excluyen fenómenos que, sin duda, están incluidos en la esfera nuclear de significado de la norma (aun cuando el significado se interprete en forma estricta), ya no hay interpretación estricta, sino reducción teleológica. Tal es lo que sucedería, siguiendo con el ejemplo, si se pretendiese interpretar que cuando el art. 3º, inc. h, se refiere al nombre de una persona, no sólo no se está refiriendo al nombre de pila (como se consideró al interpretar la norma restrictivamente) sino que ni siquiera se refiere al apellido. Evidentemente, en este último caso ya se estaría excluyendo por esta vía interpretativa a un fenómeno (el apellido) que se encuentra en la esfera nuclear de significado de la palabra "nombre", conforme al sentido técnico del término e incluso por los usos generales del lenguaje.

¿Es posible rebasar este límite, excluyendo en la interpretación de una norma parte de su significado literal nuclear? Sin duda, se trata de un sendero peligroso, que podría llevar a interpretaciones arbitrarias, reemplazando el criterio normativo del legislador por la caprichosa voluntad del "intérprete". Sin embargo, y adoptando los debidos recaudos, esta reducción puede justificarse cuando la propia finalidad de la norma así lo exige, a través de un método que ha dado en llamarse "reducción teleológica". Así expresado, el criterio puede parecer escandaloso. Sin embargo, no es así, y en más de una oportunidad se lo utiliza, sin reparar en la metodología utilizada. Puede tomarse, como ejemplo, el referido art. 3º, inciso h, de la ley de marcas. No sólo se ha considerado que la prohibición de registrar el "nombre" de una persona sin su autorización no abarcaba a los nombres de pila, sino que también se ha entendido que ciertos apellidos no resultan comprendidos por la prohibición, considerando que sólo están encuadrados en la prohibición los apellidos notorios, o los poco comunes. En consecuencia, no es necesario pedir autorización para registrar la marca "Pérez" o "Rodríguez". Este criterio es pacíficamente aceptado. Sin embargo, debe reconocerse que mediante su uso se está excluyendo del ámbito de aplicación de una norma parte de su "núcleo esencial", desde un punto de vista literal. El peligro que la aplicación desmesurada de esta metodología apareja ya ha sido destacado, por lo que conviene precisar en qué consiste y cuáles son los requisitos que deben cumplirse para justificar su aplicación.

La reducción teleológica tiene lugar cuando a una regla legal, contrariando su sentido literal, pero de acuerdo con su teleología inmanente, se le añade una restricción, impidiendo así su aplicación a determinados supuestos a los que resultaría literalmente

aplicable. En el ejemplo referido, al sentido literal de la palabra “nombre” se agrega una restricción, dejando fuera de su esfera de significación a los apellidos comunes. En definitiva, la norma que justifica la aplicación de una reducción teleológica presenta una laguna, ya que, en forma contraria al plan de la ley, se encuentra incompleta. En el caso citado, se advierte que no está en el plan del legislador que quien pretende registrar como marca un apellido común deba requerir autorización a todas aquellas que lo portan. Parece, entonces, que se justifica la reducción.

Esto puede resultar extraño, ya que generalmente se asocia la presencia de una laguna con la aplicación de la analogía, por la cual se *extiende* el significado de una norma para aplicarla a un caso no previsto (y no a la reducción teleológica, por la cual se *reduce* el significado de la norma, a los efectos de evitar su aplicación a un caso que se encuentra literalmente previsto). Con todo, esta inquietud señalada se disipa si, siguiendo a Larenz, se distingue entre las lagunas manifiestas y las lagunas ocultas¹⁰¹. La laguna manifiesta es aquella que existe cuando la ley no contiene regla alguna aplicable a un determinado grupo de casos, si bien, según su propia teleología, la debería contener. Esta es la laguna típicamente conocida, y el defecto que la norma presenta se resuelve mediante el recurso de la analogía, por el cual se traslada una regla, dada en la ley para el supuesto de hecho **A**, o para varios supuestos de hecho similares, a otro supuesto **B**, no regulado en la ley, pero que es “similar” a aquél. Su aplicación se justifica por el principio conforme al cual lo que es igual debe ser tratado igualmente. Retornando al art. 3º, inciso h, de la ley de marcas, en él se prohíbe que el nombre de una persona pueda registrarse sin su consentimiento, o el de sus herederos hasta el cuarto grado inclusive. Razonablemente, y apelando a la analogía, se ha considerado que la autorización también es requerible y otorgable cuando el heredero es testamentario, aunque no sea pariente, o pariente en ese grado, del titular del nombre. La misma norma también requiere idéntica autorización para registrar como marca el seudónimo de otra persona, frente a lo cual se ha entendido que la autorización es igualmente necesaria para registrar sobrenombres, motes y apodos. En ambos casos, como puede verse, se ha acudido a la analogía para colmar una laguna manifiesta, lográndose así que la norma se aplique a una serie de supuestos a los que no resultaría literalmente aplicable.

Menos conocida es, en cambio, la laguna oculta, que acontece cuando la ley contiene una regla aplicable a todos los casos de una clase, pero que, según su sentido y finalidad, no se ajusta a determinado grupo de casos de la clase prevista, porque no presta atención a su especialidad. Ciertamente, parece un contrasentido decir que en este caso existe una laguna, ya que, a primera vista, no falta norma aplicable (por el contrario, pareciera que “sobra”). Pero, justamente, la laguna consiste en la ausencia de una restricción. En el ejemplo referido del art. 3º inc. h, falta la disposición restrictiva que establezca que la norma no se aplica a los apellidos más comunes. Y así como las lagunas manifiestas se resuelven mediante la analogía, las lagunas ocultas se superan a través de una reducción teleológica. Por supuesto, la aplicación de la reducción teleológica necesita estar debidamente justificada: es necesario acreditar que no estaba en el plan del legislador aplicar la consecuencia prevista en la norma al caso cuya exclusión se pretende.

Parece que la metodología referida puede aplicarse, con provecho, al art. 27 de la LSCF. La norma prohíbe la entrega a cualquier título del material protegido, si no se cuenta con la autorización del titular. Literalmente, resultaría aplicable a todo tipo de entrega. De ser correcta la postura que se sustenta, se trataría de una norma lagunosa. Más específicamente, se trata de una norma que presenta una laguna oculta, ya que carece de la disposición restrictiva que excluya de su ámbito de aplicación a las entregas a título traslativo de la tenencia. En efecto, la norma resulta literalmente aplicable a todos los casos de una clase (la entrega), pero no repara en que existe una categoría específica de casos (la entrega a título traslativo de la tenencia) que, por su especialidad, merecen una solución diversa (es decir, no estar prohibidos), según se infiere de la finalidad inmanente a la propia norma y al régimen en el cual se inserta. Esto último, por cierto, necesita ser debidamente probado.

A este efecto, se hace necesario recordar el análisis efectuado *supra*, N° 2, donde se destacó que el régimen del derecho de obtentor se inspira en una doble finalidad: otorgar una justa compensación al obtentor que ha desarrollado una nueva variedad vegetal, e incentivar el progreso de la actividad fitomejoradora. Ambos fines se basan en un dato elemental: que mediante la explotación comercial de la nueva variedad, el obtentor puede llegar a resultar beneficiado económicamente. En efecto, es precisamente porque es posible que de la referida explotación resulte un provecho económico que se considera justo permitir al obtentor participar de él (o, dicho negativamente, que se considera injusto excluirlo de él); y es porque de la explotación económica de la variedad puede resultar un resultado económico apetecible que se confía en que el sistema ha de incentivar la inversión en el desarrollo tecnológico. Partiendo de este dato, no resulta descabellado considerar que las normas del régimen del derecho de obtentor deben interpretarse de modo que faciliten el cumplimiento de ese fin, restringiendo el ámbito de actuación de los terceros sólo en la medida que ello sea necesario. En consecuencia, es razonable reducir el haz de conductas prohibidas a aquellas que supongan algún tipo de competencia, directa o indirecta, para con el titular del derecho de obtentor. Este temperamento se corrobora cuando se examinan cuáles son los actos que resultan prohibidos: reproducción, comercialización y entrega del material protegido. En todos estos casos, se trata de conductas que, directa o indirectamente, suponen competir con el titular del derecho de obtentor. Más estrictamente, se trata de una tríada de actos elementales a los efectos de efectuar la referida competencia: primero se reproduce el material; luego, se lo comercializa; y, finalmente, se lo entrega. Con la realización de esta cadena de actos se afecta el derecho de explotación exclusiva que la ley garantiza al titular del derecho intelectual, detrayendo su demanda.

Si no se aplica la reducción teleológica sugerida, excluyendo a la entrega traslativa de la tenencia, se terminará prohibiendo una categoría de actos que de ningún modo suponen competir con el titular del derecho intelectual. Parece bastante claro que este temperamento es contrario al plan del legislador. Luego, se justifica aplicar la reducción teleológica, integrando la laguna oculta mediante el agregado de la disposición normativa que se echa de menos: la que excluye del ámbito del *ius prohibendi* a los actos de entrega a título traslativo de la tenencia. En suma: sólo debe considerarse prohibida la entrega

traslativa de la posesión del material protegido (y, *a fortiori*, la traslativa del dominio)¹⁰². En consecuencia, no están comprendidas dentro de la prohibición del art. 27 LSCF la entrega para almacenar, para acondicionar o para transportar el material protegido. Bien entendido: no están prohibidos autónomamente, *per se*. Por supuesto, esto no impide que se los pueda considerar ilícitos en tanto actos ordenados a una finalidad prohibida autónomamente (v.gr., la comercialización del material).

Sin embargo, después de efectuar esta reducción teleológica subsiste cierta disconformidad, porque no se ha reducido cualquier disposición, sino una norma a la cual expresamente el legislador le adjudicó la máxima extensión. En efecto, el legislador no se limitó a prohibir la entrega del material protegido, sino que se ocupó especialmente de aclarar que resulta prohibida la entrega *a cualquier título*. En última instancia, la reducción teleológica, al igual que la analogía, se justifican porque el legislador, observado desde su propia intención reguladora, ha cometido un desliz al redactar (o al concebir) la norma, sea incluyendo lo que en el fondo quería excluir (en cuyo caso se aplica la reducción teleológica), sea excluyendo lo que según su propio plan debía incluir (supuesto en el cual se aplica la analogía). Ahora bien: resulta difícil aceptar que la inclusión de un caso obedeció a un descuido cuando deliberadamente el legislador le otorgó a la norma la máxima capacidad inclusiva (como sucede cuando aclara que se prohíbe la entrega “a cualquier título”). Para justificar que se trató de un verdadero *lapsus* del legislador deben gravitar poderosas razones. En particular, debe acreditarse la profunda contradicción que existe entre la inclusión del caso que se desea excluir y la teleología inmanente a la ley. Esta contradicción es la que se ha pretendido mostrar.

Complementariamente con este argumento principal, puede acudirse a otro criterio interpretativo que fortalece el criterio adoptado, que consiste en dar un giro al sentido que se le otorga a la voz “título”. En particular, la referencia a la entrega “a cualquier título” puede relacionarse, con provecho, con la distinción entre el título lucrativo y el título oneroso, de tradicional raigambre en el léxico jurídico. Título lucrativo es el gratuito, el que proviene de un acto de liberalidad, como la donación o el legado, es decir, cuando no existe conmutación recíproca; por el contrario, el título oneroso supone recíprocas prestaciones entre quien adquiere y quien transmite. Es decir, quedarían abarcadas en el contenido del derecho de obtentor tanto las entregas a título gratuito como las realizadas a título oneroso. Si se acepta este punto de vista, puede salvarse el justificado prurito que despierta la reducción teleológica reseñada. En efecto, ya no se trata de considerar que el título se refiere al efecto jurídico-real derivado de la entrega, sino al motivo por el cual se la realiza. Y, en este último sentido, no existe objeción alguna en aceptar, conforme a los términos de la ley, que tal motivación es irrelevante, estando prohibida tanto la entrega a título oneroso como la que se practica a título gratuito¹⁰³. En definitiva, tanto en uno como en otro caso se afecta el derecho de explotación exclusiva del titular del derecho de obtentor, detrayendo la demanda del material protegido. Que es, justamente, lo que se procura evitar mediante el régimen de propiedad intelectual: que se vulnere la exclusividad temporaria que el derecho reconocido otorga.

8.6.3.3. *La entrega a cualquier título y la comercialización*

El titular del derecho de obtentor tiene, entonces, la facultad exclusiva de reproducir, multiplicar, comercializar y entregar a cualquier título (tanto oneroso como gratuito) material perteneciente a la variedad protegida. Y, de acuerdo con la interpretación realizada precedentemente, por “comercialización” se entiende todo acto o proceso de liberación onerosa de un producto o mercancía al mercado, lo que abarca no sólo el acto jurídico por el cual se enajena el material protegido (compraventa, permuta, etc.), sino también las conductas previas a la celebración del acto jurídico (v.gr., la oferta) y su posterior ejecución (básicamente, la entrega del material protegido). Es claro que esta extensión del significado del término “comercializar” implica una superposición parcial con la entrega a cualquier título. Más concretamente, la entrega a título oneroso vendría a quedar comprendida, simultáneamente, como un acto de comercialización (conducta prohibida por el art. 37 de la LSCF) y como una entrega a cualquier título (conducta prohibida por el art. 27 de la ley). De ser correctas ambas interpretaciones, debería concluirse que el legislador ha incurrido en una redundancia, lo que, en principio, no es un resultado interpretativo aceptable, y obliga a renovar el examen de las normas, con el objeto de evitar el aparente defecto. La solución vendrá, necesariamente, por una de estas dos vías: o se reduce el significado del verbo “comercializar”, y se considera que no comprende la entrega de la mercadería, o se adopta el mismo temperamento con la entrega a cualquier título, reduciendo su significado a la entrega a título gratuito.

De las dos opciones planteadas precedentemente, parece preferible aquella que reduce el sentido de la expresión “comercializar”. Por lo tanto, ha de entenderse que la comercialización abarca todo acto integrante del proceso de liberación onerosa al mercado. Esto abarca tanto la celebración del acto jurídico como los actos previos a éste; no comprende, en cambio, la entrega posterior. Esta última conducta constituye un supuesto de “entrega a cualquier título”: dada la amplitud de esta expresión, resultaría chocante reducir su significado únicamente a las entregas a título gratuito.

8.6.3.4. *La entrega y el acto jurídico precedente*

Según se ha señalado *supra* 8.6.2, al tratar la facultad de comercializar, todo acto jurídico de carácter oneroso por el que se introduce sin autorización material perteneciente a la variedad protegida se encuentra prohibido. La entrega posterior al acto es, igualmente, un acto prohibido a los terceros no autorizados, aun cuando se trate de una entrega a título gratuito. Pero, en este último caso, no constituirá una infracción, a diferencia de lo que sucede con la entrega a título oneroso, el acto jurídico precedente (v.gr., el contrato de donación), ya que el art. 27 de la LSCF sólo prohíbe la *entrega* a cualquier título, y parece excesivo extender el significado del término “entrega” hasta hacerlo comprensivo del acto jurídico previo del cual surge la obligación de entregar. Al respecto, conviene recordar que se entiende por “entrega” la acción y efecto de entregar, y que el verbo transitivo “entregar” significa poner en manos o en poder de otro a alguien o algo (en el caso, el material protegido por el derecho de obtentor). Estrictamente, en el acto jurídico precedente no se pone en manos o en poder del tercero el material protegido.

Luego, se trata de un acto que escapa a la esfera de actuación exclusiva del titular del derecho de obtentor, aunque, por cierto, su cumplimiento posterior hará incurrir al otorgante en el ámbito de lo ilícito.

Esta indagación en torno a la entrega y el acto jurídico precedente es innecesaria en relación con las operaciones de carácter oneroso, ya que el acto jurídico oneroso se encuentra prohibido por el art. 37 LSCF (que se refiere a la comercialización), y la entrega por la cual se le da cumplimiento se prohíbe en el art. 27 de la misma ley (que se refiere a la entrega a cualquier título).

En suma, la situación quedaría planteada en estos términos: a) todo tipo de entrega de material protegido, sea onerosa o gratuita, está prohibida, en virtud del art. 27 LSCF; y b) sólo están prohibidos los actos onerosos precedentes a la entrega (en virtud del art. 37 de la LSCF), pero no los gratuitos.

8.6.3.5. Relación con el agotamiento del derecho

Sólo resulta prohibida la entrega del material de reproducción respecto del cual no se ha agotado el derecho de obtentor. Al respecto, ver *infra* 9.

8.6.3.6. Relación con la excepción del agricultor

No es ilícita la entrega del material obtenido mediante el ejercicio del derecho del agricultor. Al respecto, ver *infra* 10.

8.7. Facultades enumeradas en el decr. 2183/91

En el punto anterior se han analizado las facultades que surgen explícita o implícitamente de la ley, esto es, la reproducción y multiplicación, la comercialización y la entrega a cualquier título. A continuación, se analizarán las facultades reconocidas en el art. 41 del decr. 2183/91, en la medida que no hayan sido consideradas con anterioridad. En esta segunda etapa, no sólo se considerará el sentido de cada facultad, sino también si su reconocimiento reglamentario cuenta con el debido respaldo legal. Conviene, por lo tanto, recordar lo establecido por la norma referida: “A los efectos de los arts. 27 y concordantes de la ley 20.247 y la presente reglamentación, el derecho de propiedad de una variedad concedido al obtentor tendrá como efecto someter a su autorización previa los actos que enunciativamente se detallan, en relación a la simiente de una variedad protegida: a) Producción o reproducción; b) Acondicionamiento con el propósito de su propagación; c) Oferta; d) Venta o cualquier otra forma de puesta a disposición en el mercado; e) Exportación; f) Importación; g) Publicidad, exhibición de muestras; h) Canje, transacción y toda otra forma de comercialización; i) Almacenamiento para cualquiera de los propósitos mencionados en a) a h); j) Toda otra entrega a cualquier título”.

Varias de las facultades enumeradas en este artículo no son más que una repetición de lo establecido en la LSCF. Tal es el caso de la producción o reproducción (inc. a), la

venta o cualquier otra forma de puesta a disposición en el mercado (inc. b), la comercialización (inc. h) y la entrega a cualquier título (inc. j). En este punto, se considerarán aquellas otras facultades que, estando enumeradas en el art. 41 del decreto, no son mencionadas en la LSCF.

8.7.1. Oferta

Conforme se ha destacado *supra* 8.6.2, el titular del derecho intelectual cuenta, entre otras, con la facultad exclusiva de comercializar material perteneciente a la variedad protegida, habiéndose destacado que el término “comercialización” debe interpretarse en un sentido amplio, abarcativo no sólo del acto jurídico mediante el cual se introduce el producto en el mercado, sino también de los actos inmediatamente precedentes. Entre estos últimos se destaca, particularmente, la oferta de comercialización. En consecuencia, el inc. c) del art. 41 del decreto, referido a la oferta, se encuentra plenamente respaldado por la LSCF, dado que no hace más que detallar lo que, en términos más generales, ya está dispuesto en la ley. Esta facultad es reconocida al titular del derecho intelectual por la generalidad de la legislación comparada ¹⁰⁴.

El titular del derecho de obtentor cuenta, pues, con la facultad de ofertar en forma exclusiva la comercialización del material perteneciente a la variedad protegida. En el Código Civil, se alude a la oferta o promesa ¹⁰⁵ estableciendo que “... ésta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos” ¹⁰⁶. Conforme a la norma citada, entonces, son tres los requisitos de la oferta o promesa: a) debe ser completa; b) debe ser vinculante; y c) debe tener un destinatario determinado o determinable ¹⁰⁷. Coherentemente, el art. 454 del Código de Comercio considera que “las ofertas indeterminadas, contenidas en un prospecto o en una circular, no obligan al que las ha hecho”. En definitiva, se trata de una oferta que no satisface completamente los requisitos señalados por el art. 1148. Un criterio distinto es adoptado en la ley 24.240, de defensa del consumidor, cuyo art. 7º establece: “La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones”. Conforme a esta última norma, se entiende que es válida la oferta dirigida a personas indeterminadas. Por su parte, el *Diccionario de la Academia* entiende por “oferta”, en su tercera acepción, la “propuesta para contratar”.

¿Conforme a cuál de estas acepciones debe interpretarse el inc. c) del art. 41 del decr. 2183/91? En buena medida, la cuestión se clarifica al distinguir dos cuestiones que, aunque están relacionadas, son diversas: a) qué es o qué se entiende por “oferta”; y b) cuáles son los requisitos o condiciones que deben cumplirse para que la oferta produzca determinados efectos jurídicos. Parece razonable considerar que la oferta es la simple propuesta de celebrar un contrato. Aplicando este criterio al régimen del derecho de obtentor, es la propuesta de celebrar un acto jurídico mediante el cual se hará entrega de material de reproducción perteneciente a la variedad protegida. Cuestión distinta es la

referida a los requisitos que esa propuesta debe revestir para ser una manifestación de voluntad suficiente de modo que, mediante su simple aceptación por el destinatario, se perfeccione el contrato.

Merece agregarse que el sentido propiciado es el que mejor se concilia con los textos legales que utilizan el término. En efecto, en las diversas normas del Código Civil que hacen referencia a la oferta en el ámbito contractual (arts. 1144, 1146, 1148, 1149, 1150, 1151, 1152, 1153, 1155, 1156 y 1393) sólo se alude los tres requisitos ya referidos (ser completa, vinculante y dirigida a personas determinadas) en el art. 1148; sin embargo, en todas las normas referidas se usa la voz “oferta”. En sentido concordante se utiliza la expresión en el art. 454 del Código de Comercio, conforme al cual las ofertas indeterminadas no son vinculantes. Pero, cabe acotar, no por ello dejan de ser ofertas, y así las denomina la misma norma¹⁰⁸. Como se ha visto, en el mismo sentido se utiliza la expresión en el ámbito de la ley 24.240¹⁰⁹. Por los motivos expuestos, parece coherente considerar que hay oferta en toda oportunidad en que se propone la celebración de un contrato. Aunque, por supuesto, la validez de dicha oferta en orden a la formación de un contrato dependerá del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos (en particular, de los previstos en el art. 1148 del Código Civil).

En suma, incurre en un acto ilícito quien, sin contar con la autorización del titular, ofrece o propone la celebración de un contrato que suponga la entrega de material perteneciente a la variedad protegida, sin importar si tal propuesta satisface los requisitos contenidos en el art. 1148 del Código Civil. Asimismo, resulta indiferente el medio a través del cual se efectúa la oferta (oral, escrito, etc.).

El solo acto de oferta ya resulta suficiente, por sí mismo, para que se configure la infracción al derecho, aun cuando el oferente no tenga la variedad en su poder. Aunque, por supuesto, la oferta debe referirse a una variedad objeto de un derecho de obtentor vigente. No constituyen infracción *per se*, en cambio, los actos preparatorios de la oferta (preparación de prospectos, contratación de una agencia publicitaria, etc.), aunque pueden constituir un supuesto de tentativa. Tampoco constituye una infracción la simple recomendación, si quien la efectúa no revela su intención de ser suministrante de la variedad¹¹⁰. Lo cual, por cierto, no impide que pueda llegar a resultar responsable por aplicación de las reglas sobre participación delictual.

Obviamente, la ilicitud de la oferta depende de la ilicitud del acto cuya celebración se propone¹¹¹. Si, por ejemplo, la venta es lícita, también lo será su oferta. Al respecto, un caso especial se plantea cuando una persona oferta en Argentina la venta y entrega de semillas, a realizarse en el extranjero. Aplicando la regla de accesoriedad, parece necesario concluir que la oferta es lícita frente a la legislación local, ya que el acto de venta en el extranjero no resulta alcanzado por la legislación argentina, por aplicación del principio de territorialidad. Sin embargo, analizando el art. 8º de la ley 24.481, se ha considerado que en este caso la oferta es ilícita, ya que “... *tiene un efecto económico negativo sobre el titular de la patente argentina, que se ve sometido a la competencia de los productos ofrecidos en el extranjero*”¹¹². La calificación del supuesto resulta discutible. Como se ha visto, a favor de la licitud de esta oferta juega el principio de accesoriedad. En

contra de su licitud, en cambio, gravita el criterio de aplicación de la legislación local a todo acto que produzca efectos relevantes en Argentina, el cual, en el caso, tendría plena aplicación, ya que la operación concertada y ejecutada en el extranjero puede erosionar económicamente al derecho de obtentor local.

El supuesto anterior debe distinguirse del caso de oferta de importación o exportación. Siendo estos últimos actos claramente prohibidos por la legislación vigente, resulta indudable la ilicitud de su oferta ¹¹³.

8.7.2. Importación

8.7.2.1. Referencia al principio de territorialidad

También se prohíben en el art. 41 del decreto la importación (inc. f) y la exportación (inciso e) del material de reproducción perteneciente a la variedad protegida. La prohibición de importación se encuentra presente en la mayoría de las leyes extranjeras reguladoras de la materia ¹¹⁴. Con respecto a la exportación, ver *infra*, N° 8.7.3.

Estas facultades del titular del derecho deben vincularse, necesariamente, con el principio de territorialidad. Se trata de uno de los principios fundamentales en relación con el régimen de propiedad intelectual, en virtud del cual las leyes sobre la materia reducen su ámbito de aplicación al territorio del Estado que las ha dictado, entendiendo que el territorio es “... una porción de espacio geográfico donde el Estado ejerce su **dominio eminente**, o **dominio territorial**, es decir, la potestad suprema de regular en él la vida social” ¹¹⁵. Por cierto, la delimitación de los lugares sujetos a la jurisdicción argentina debe extraerse del derecho internacional público ¹¹⁶.

Este principio es pacíficamente adoptado a nivel mundial, en relación con la generalidad de los derechos intelectuales: marcas ¹¹⁷, patentes ¹¹⁸, derecho de autor ¹¹⁹, etc. Principio al que se ajusta, asimismo, el régimen del derecho de obtentor. De su reconocimiento se derivan dos consecuencias de relevancia: a) el derecho de obtentor concedido por la oficina nacional no protege al titular fuera del territorio argentino; y b) el derecho de obtentor concedido por una oficina extranjera carece de eficacia o alcance respecto de los actos realizados en Argentina. Ambas implicancias deben ser tomadas en consideración, al evaluar las facultades del legislador argentino de reservar al titular del derecho intelectual el derecho de exportar e importar en forma exclusiva el material protegido.

Queda claro que si cualquiera de las tres conductas prohibidas por la ley -reproducción, comercialización y entrega del material de reproducción de la variedad- ocurre en territorio argentino, se aplica la legislación argentina. Resulta indiferente si, además, se está infringiendo la legislación extranjera. La cuestión se torna más compleja cuando se trata de conductas realizadas en el extranjero, pero que producen efectos en el país. ¿Permite el principio de territorialidad la aplicación de la ley argentina a este tipo de actos o, por el contrario, los excluye de su alcance? Al respecto pueden postularse dos

criterios: uno, material; el otro, económico. Por el criterio material, se entiende que el acto resulta alcanzado por el régimen de la ley 20.247 cuando ha sido realizado en territorio argentino. Sin embargo, este criterio presenta un defecto relevante, ya que deja al margen del régimen local a aquellas acciones que, si bien no se han realizado materialmente en el territorio nacional, socavan económicamente el derecho de obtentor concedido en Argentina. Tal es el caso, por ejemplo, de la exportación realizada desde un país extranjero, y que tiene como país importador a la Argentina. En este tipo de casos es en los que despliega sus virtudes el criterio económico, que postula que el régimen debe aplicarse a todo acto que resulte idóneo para erosionar el valor económico del derecho intelectual concedido en Argentina, cualquiera sea el lugar geográfico donde se haya realizado ¹²⁰. Así, el eje se traslada del lugar de realización al lugar donde se producen los efectos del acto. Conforme a este criterio, se pretende reservar en forma exclusiva para el titular del derecho de obtentor la realización de todo acto de explotación de la variedad protegida cuyos efectos vayan a producirse en el mercado local.

Lógicamente, este criterio funcional o de los efectos debe limitarse cuando se trata de aplicar una sanción penal. En este caso, la legislación argentina sólo resulta aplicable cuando el resultado típico se produce en el territorio argentino, entendiendo que por resultado del delito no debe interpretarse cualquier efecto remoto del ilícito, sino tan sólo la consecuencia de la conducta delictuosa prevista en la disposición penal ¹²¹. Así, pues, resulta aplicable la legislación argentina cuando por un contrato realizado en el extranjero se conviene en introducir en Argentina material perteneciente a la variedad protegida.

8.7.2.2. Posibilidades de actuación derivadas de esta facultad

Aceptando que el titular del derecho de obtentor cuenta, entre sus facultades exclusivas, con la de importar el material protegido, cabe indagar qué posibilidades de actuación integran esta facultad. El término “importación” es utilizado en diversas normas del ordenamiento jurídico argentino: Convenio de París (art. 9), Acuerdo TRIPs (art. 28), ley 20.094 de la navegación (arts. 315, 440 y 528); ley 20.321 de asociaciones mutuales (art. 29); ley 22.802 de lealtad comercial (art. 1º); ley 22.990 de sangre (arts. 4º, 21, 75, 78 y 91); ley 23.968 de espacios marítimos (art. 586); ley 24.481 de patentes de invención y modelos de utilidad (arts. 8º y 102); ley 24.766 de confidencialidad (art. 5º); ley 24.922 de régimen federal de pesca (arts. 34 y 37); ley 25.248 de leasing (arts. 24 y 25), etc. Sin embargo, en ningún caso se define qué significa “importación”. Conforme al *Diccionario de la Real Academia*, “importar” significa introducir en un país géneros, artículos o costumbres extranjeros. Por lo tanto, y en relación con el derecho de obtentor, la importación consiste en introducir en Argentina material de reproducción de la variedad proveniente del exterior ¹²². Esta operación puede descomponerse en diversas etapas (producción del material, celebración del acto jurídico, cumplimiento del acto jurídico), que a continuación serán consideradas separadamente.

a) Producción en el extranjero del material perteneciente a la variedad

La producción o reproducción del material en el extranjero no resulta alcanzada por la ley argentina, en virtud del principio de territorialidad que rige en materia de derechos intelectuales. Con todo, es necesario trazar una distinción. Si quien produce la variedad en el extranjero es la misma persona que luego la exporta a Argentina, la ilicitud de su conducta resulta evidente, ya que estará interviniendo -en el rol de exportador- en una importación ilícita. Pero, en este caso, lo ilícito es la introducción del material en el país, y no su producción. Si, por el contrario, la persona se limita a producir la variedad en el extranjero, pero no interviene en su exportación, su conducta no resulta atacable, en principio, por la legislación argentina, excepto que el productor pueda resultar atrapado por aplicación de las reglas sobre participación en la posterior comercialización ilícita.

b) Introducción del material en el país (importación propiamente dicha)

Conforme al art. 37 de la LSCF, el obtentor goza del derecho de comercialización exclusiva, que abarca no sólo las operaciones internas, sino también las operaciones internacionales (importación y exportación) relativas al material protegido. En consecuencia, los incisos e) y f) del art. 41, que reconocen al obtentor, respectivamente, derechos exclusivos de exportación e importación, gozan de pleno sustento legal. Por lo tanto, todo tercero que introduce en el país semilla de la variedad protegida comete una infracción al derecho de obtentor, resultando indiferente la naturaleza onerosa o gratuita del acto jurídico que precede lógicamente a la introducción ¹²³. Incluso, puede que no exista un acto jurídico precedente, como sería el caso, por ejemplo, de un sujeto que importa su propia semilla desde el extranjero ¹²⁴. Asimismo, resulta irrelevante si la variedad ha sido protegida mediante un derecho intelectual en el país de exportación: basta que esté protegida en Argentina mediante el derecho de obtentor para que la importación resulte prohibida ¹²⁵. Igualmente, es irrelevante si Argentina es el destino final del material importado, o si se trata simplemente de un país de paso ¹²⁶. Tanto en uno como en otro caso, la importación es un acto prohibido, constituyendo una infracción al derecho de obtentor su realización por un tercero no autorizado.

c) Celebración del acto jurídico de importación del material

Conforme lo referido, la introducción del material en el país desde el extranjero constituye una infracción al derecho de obtentor, siendo indiferente la naturaleza del acto jurídico que precede tal introducción (el cual, incluso, puede no existir). De lo que ahora se trata es de analizar si la celebración del acto jurídico (v.gr., compraventa internacional) configura, en sí misma, una infracción al derecho intelectual. Al respecto, conviene distinguir, ahora sí, entre los actos jurídicos onerosos y los gratuitos. Evidentemente, los actos jurídicos de importación de carácter oneroso infringen el derecho del obtentor, ya que constituyen un típico supuesto de comercialización del material protegido (cuya realización, conforme al art. 37 de la LSCF, le corresponde en forma exclusiva al titular del derecho intelectual). El panorama se modifica, en cambio, cuando se analizan los actos gratuitos. En este caso, y considerados en sí mismos, es necesario reconocer que este tipo de actos no implica una infracción al derecho de obtentor local, dado que no constituyen un supuesto de comercialización. Sin perjuicio de esto, corresponde aclarar que: a) la entrega posterior, como se ha remarcado precedentemente, constituye un acto ilícito; y b) el acto jurídico gratuito puede constituir

una etapa en la comisión del ilícito que, en su caso, puede llegar a resultar sancionable como tentativa.

d) Oferta de importación

Tomando en consideración el sentido amplio conforme al cual se ha interpretado la comercialización, debe aceptarse que la oferta de importación onerosa constituye, claramente, un acto prohibido, ilícito *per se*. En definitiva, se trata de un supuesto de comercialización. Por el contrario, no constituye un ilícito en sí mismo la oferta de importación gratuita (por aplicación del principio de accesoriedad, en virtud del cual la naturaleza lícita o ilícita del acto ofertado determina la licitud o ilicitud de la oferta), sin perjuicio de la posibilidad de que el acto pueda resultar alcanzado por las reglas sobre participación y tentativa.

8.7.2.3. *Relación con el agotamiento del derecho*

Lógicamente, la facultad exclusiva del obtentor de importar el material protegido se extingue con relación a aquel material respecto del cual se ha agotado su derecho. Al respecto, ver *infra*, N° 9.

8.7.2.4. *Importancia del reconocimiento de esta facultad*

La prohibición de importar el material protegido sin la autorización del titular se justifica doblemente, tanto desde un punto de vista sustancial como formal. En lo sustancial, porque sin la prohibición de importar el derecho del obtentor se vería gravemente perjudicado en lo económico, por la introducción de material de reproducción desde el extranjero¹²⁷. Como se ha visto, el principio de territorialidad, imperante en la materia, restringe la eficacia del derecho intelectual al país donde ha sido registrado. De resultas de este principio, si el obtentor desea conseguir una protección a nivel mundial, debe registrar la variedad en cada país que reconoce el derecho de obtentor, opción que no siempre resulta accesible o conveniente para el interesado¹²⁸.

En efecto, conviene recordar que, por lo común, una variedad tan sólo tiene importancia económica para un país, o un grupo limitado de países, dadas sus características agronómicas y, en consecuencia, sus posibilidades de adaptación a distintos medios geográficos. Por lo tanto, difícilmente el obtentor vaya a registrar la variedad en países distintos de aquellos en los que piensa explotarla, ya que esto no se justificaría económicamente: estaría reservando mercados en los que no tiene pensado -por no ser viable económicamente- explotar la variedad. Pero esta planificación económica racional se vería desarticulada si cualquier tercero pudiera importar material perteneciente a la variedad desde un país en el que no esté protegida, lo que resalta la importancia que cumple la prohibición de importación como facultad integrante del contenido del derecho intelectual.

A lo expuesto, cabe agregar otra justificación de la prohibición de importar, esta vez de carácter práctico: una vez que el material de reproducción ha sido introducido en el mercado argentino, va a resultar sumamente difícil identificarlo, para hacer valer

respecto de él el derecho de exclusivo de su titular. La prohibición de importar permite adoptar medidas en frontera que protejan eficazmente el derecho intelectual.

8.7.3. Exportación

8.7.3.1. Referencia al principio de territorialidad

La prohibición de exportar se relaciona, claramente, con el principio de territorialidad, ya que la operación, íntegramente considerada, afecta diversas jurisdicciones nacionales. El tema ya ha sido considerado supra, N° 8.7.2.1.

8.7.3.2. Posibilidades de actuación derivadas de esta facultad

Conforme al art. 41 del decr. 2183/91, "...el derecho de propiedad de una variedad concedido al obtentor tendrá como efecto someter a su autorización previa los actos que enunciativamente se detallan, en relación a la simiente de una variedad protegida:... e) Exportación...". Conforme al Diccionario de la Academia, la exportación es la acción y efecto de exportar, y "exportar" significa "vender géneros a otro país". En suma, exporta, en los términos del reglamento, quien vende o comercializa material protegido desde Argentina a un país extranjero. Dada su importancia, no es de extrañar que esta facultad sea reconocida masivamente en la legislación comparada¹²⁹.

Si bien la LSCF no alude a la exportación, sí incluye a la comercialización entre las facultades exclusivas del titular del derecho de obtentor. Conforme se ha sostenido *supra*, N° 8.6.2, la comercialización debe entenderse en un sentido amplio, dentro del cual cabe incluir a la exportación. En efecto, la ley prohíbe toda comercialización no autorizada, sin distinguir en función del destino geográfico de la operación.

La operación de exportación, íntegramente considerada, puede descomponerse en diversas etapas (producción, celebración del acto jurídico, cumplimiento del acto jurídico), que a continuación serán consideradas separadamente.

a) Producción del material perteneciente a la variedad.

Claramente, la producción o reproducción local del material perteneciente a la variedad es una facultad exclusiva del titular del derecho intelectual. Todo tercero que, sin contar con la autorización del titular, produce o reproduce el material protegido, realiza una conducta ilícita. Resulta irrelevante al respecto, si el material propagado tiene por destino comercial un mercado extranjero, es decir, si se trata de material con destino de exportación.

b) Exportación del material (*stricto sensu*)

El titular del derecho de obtentor tiene la facultad de exportar en forma exclusiva el material de reproducción perteneciente a la variedad protegida, ya que, conforme al art. 37 de la LSCF, el obtentor goza del derecho de comercialización exclusiva, lo que abarca no sólo las operaciones internas, sino también las operaciones internacionales (importación y exportación) relativas al material protegido. Por lo tanto, todo tercero que,

desde Argentina, envía a un país extranjero semilla de la variedad protegida, comete una infracción al derecho de obtentor, siendo indiferente la naturaleza onerosa o gratuita del acto jurídico que precede lógicamente a la exportación, el cual, incluso, puede no existir¹³⁰. Tal es el caso, por ejemplo, de un sujeto que exporta su propia semilla al extranjero¹³¹. Asimismo, resulta irrelevante si la variedad ha sido protegida mediante un derecho intelectual en el país al cual se exporta el material: basta que esté protegida en Argentina para que la exportación resulte prohibida. Igualmente, es irrelevante si Argentina es el país de origen del material exportado, o si se trata simplemente de un país de paso. Tanto en uno como en otro caso, la exportación es un acto prohibido, constituyendo una infracción al derecho de obtentor su realización por un tercero no autorizado.

c) Celebración del acto jurídico de exportación del material

Ya se ha destacado que la introducción del material en el país extranjero constituye una infracción al derecho de obtentor, siendo indiferente la naturaleza del acto jurídico que precede tal introducción (el cual, incluso, puede no existir). De lo que ahora se trata es de analizar si la celebración del acto jurídico (v.gr., compraventa internacional) configura, en sí misma, una infracción al derecho intelectual. Al respecto, conviene distinguir, ahora sí, entre los actos jurídicos onerosos y los gratuitos. Evidentemente, los actos jurídicos de exportación de carácter oneroso infringen el derecho de exclusiva del obtentor, ya que constituyen un típico supuesto de comercialización del material protegido (cuya realización, conforme al art. 37 de la LSCF, le corresponde en forma exclusiva al titular del derecho intelectual). El panorama se modifica, en cambio, cuando se analizan los actos gratuitos. En este caso, y considerados en sí mismos, es necesario reconocer que este tipo de actos no implica una infracción al derecho de obtentor local (ya que no constituyen un supuesto de comercialización). Sin perjuicio de esto, corresponde aclarar que: a) la entrega posterior, como se ha remarcado precedentemente, constituye un acto ilícito; y b) el acto jurídico gratuito puede constituir un acto previo en la comisión del ilícito que, en su caso, puede llegar a resultar sancionable como tentativa.

d) Oferta de exportación

Tomando en consideración el sentido amplio con que ha sido interpretada la comercialización, debe aceptarse que la oferta de exportación onerosa constituye un acto prohibido, ilícito *per se*. En definitiva, se trata de un supuesto de comercialización. Por el contrario, no constituye un ilícito, en sí mismo, la oferta de exportación gratuita (en virtud del principio de accesoriedad, en virtud del cual la naturaleza lícita o ilícita del acto ofertado determina la licitud o ilicitud de la oferta). Esto último es sin perjuicio de la posibilidad de que el acto pueda resultar alcanzado por las reglas sobre participación y tentativa.

8.7.3.3. Relación con el agotamiento del derecho

En ningún caso puede constituir un ilícito la exportación de material respecto del cual se ha agotado el derecho del obtentor. Al respecto, ver *supra* 9.

8.7.3.4. Relación con la excepción del agricultor

Es lícita la exportación del material obtenido bajo la cobertura de la excepción del agricultor. Al respecto, ver *infra*, N° 10.

8.7.4. Almacenamiento

Establece el art. 41, inciso i), que está prohibido el “almacenamiento para cualquiera de los propósitos mencionados en a) a h)”, es decir, con el propósito de realizar alguno de los actos prohibidos que el mismo artículo enumera precedentemente (comercializar, vender, ofertar, etc.). El almacenamiento con fines prohibidos es, en general, objeto de prohibición autónoma en las leyes extranjeras sobre la materia ¹³². Se entiende por “almacenamiento” la acción y efecto de almacenar, y “almacenar” significa, conforme al Diccionario de la Academia, reunir o guardar muchas cosas. En el caso analizado, lo que se guarda es el material de reproducción de la variedad vegetal.

La prohibición del almacenamiento *per se* favorece la observancia del derecho de obtentor. En efecto, la prohibición autónoma del almacenamiento impide que quien tiene en su poder, en infracción, material para la venta, pueda invocar que lo tiene en depósito. En suma, la prohibición del almacenamiento con un fin prohibido permite al obtentor prevenir la realización de otros actos ilícitos cuya detección resulta esquivada ¹³³. De no estar prohibido autónomamente, este tipo de conductas sólo sería castigable mediante las reglas generales sobre participación o tentativa de un acto que sí esté prohibido (reproducción, comercialización, entrega a cualquier título), cumplidos que sean los requisitos respectivos.

El problema es que sólo el decreto prohíbe el almacenamiento, por lo cual surge el interrogante de si esta disposición reglamentaria cuenta con respaldo legal. Es obvio que la prohibición reglamentaria de un acto sólo es válida si encuentra sustento en una norma de rango legal. En consecuencia, si un acto resulta prohibido por la reglamentación, pero no por la ley, debe entenderse que la prohibición es inválida, por lo que el acto resulta, en definitiva, permitido, es decir, no integra las facultades exclusivas del derecho de obtentor.

Conforme se ha analizado *supra*, N° 8.6.1 a 8.6.3, la LSCF sólo contempla entre los actos prohibidos la reproducción, la comercialización y la entrega del material de reproducción de la variedad protegida. Corresponde, entonces, analizar si la prohibición reglamentaria de almacenar encuentra sustento en la ley. Bien entendido, lo que se trata de aclarar es si se trata de una conducta prohibida autónomamente en la ley, y no como mera participación o preparación de otro acto que sí es ilícito. Es claro que los efectos jurídicos no son los mismos en uno y otro caso. Con su prohibición autónoma, el acto es ilícito por su sola realización. En el caso de que el acto constituya una participación en otro ilícito, deben cumplirse los requisitos subjetivos y objetivos que surgen de las reglas generales sobre participación.

Destacada la relevancia de la cuestión, corresponde analizar si la prohibición autónoma efectuada en el reglamento encuentra sustento en la ley. Es claro que el almacenamiento no puede considerarse como una hipótesis de multiplicación de la variedad. Se trata, en forma evidente, de conductas diversas, lo que no impide que el almacenamiento pueda constituir una participación en la reproducción ilícita de la variedad.

Tampoco cabe asimilar el almacenamiento con la entrega del material de reproducción. En un caso se guarda el material de reproducción, en el otro -conforme al Diccionario de la Academia- “se pone en manos o en poder de otro a alguien o algo”. Parece, entonces, que no cabe trazar relación alguna entre la entrega y el almacenamiento. Sin embargo, se hace necesario distinguir dos supuestos: o la persona almacena su propio material, o almacena material que le ha entregado un tercero. En el primer caso, no cabe trazar relación alguna entre la conducta de almacenar y una entrega que, por definición, es inexistente. En la segunda hipótesis (el almacenador ha recibido el material de un tercero), en cambio, existe una clara relación entre el almacenamiento y la entrega. En este caso, ciertamente, quien almacena el material de reproducción lo ha recibido previamente, es decir, ha existido una entrega previa. Sin embargo, ya se ha concluido precedentemente que la prohibición legal no se extiende a la entrega traslativa de la tenencia ¹³⁴. Claramente, la entrega que se efectúa para el almacenamiento o depósito del material de reproducción de la variedad constituye un supuesto de entrega traslativa de la tenencia, como surge en forma explícita del art. 2462, en el que se considera al depositario como un simple tenedor ¹³⁵. En consecuencia, puede concluirse que la prohibición autónoma del almacenamiento no puede ampararse en la prohibición legal de la entrega.

Resta analizar la posible justificación del almacenamiento como un supuesto de comercialización. Salta a la vista que el almacenamiento no implica necesariamente la comercialización del material almacenado. Si bien es posible que el almacenamiento constituya una etapa del proceso de comercialización del material de reproducción de la variedad, resulta igualmente posible que el almacenamiento resulte por completo ajeno a un proceso de tal índole. Tal es el caso, por ejemplo, de la persona que almacena semilla que ella misma ha reproducido, y sin intención alguna de liberarla al mercado en cuanto tal. La distinción fáctica apuntada obliga a efectuar, en cuanto al tema que se está considerando, una distinción jurídica. Cuando el almacenamiento constituya una etapa del proceso de comercialización de la semilla, puede llegar a resultar ilícita en tanto constituya una participación en la comercialización prohibida. Por el contrario, en aquellos casos en que el almacenamiento no integra un proceso de comercialización, resulta imposible encontrar un justificativo legal a la prohibición reglamentaria: en ningún caso la ley prohíbe esta conducta. En cualquier caso, resulta claro que la prohibición legal de comercializar no justifica, en modo alguno, la prohibición autónoma del almacenamiento.

Por los motivos expuestos, entonces, cabe concluir que la prohibición autónoma del almacenamiento carece de sustento legal. Por supuesto, esto no impide que el almacenamiento del material de reproducción de la variedad protegida pueda resultar

ilícito por aplicación de las reglas generales que rigen la participación delictual (v.gr., el caso en el cual el almacenamiento constituye una colaboración necesaria en la comercialización del producto), en la medida que concurren los requisitos objetivos y subjetivos exigibles.

8.7.5. *Canje*

Conforme al art. 41 del decr. 2183/91, "... el derecho de propiedad de una variedad concedido al obtentor tendrá como efecto someter a su autorización previa los actos que enunciativamente se detallan, en relación a la simiente de una variedad protegida:... h) Canje, transacción y toda otra forma de comercialización...". Conforme al Diccionario de la Academia, se entiende por canje el cambio, trueque o sustitución. En suma, con esta expresión el decreto se está refiriendo a la operación que, en el ámbito del Código Civil, se conoce bajo el nombre de "permuta", y que es definido en los siguientes términos: "El contrato de trueque o permutación tendrá lugar, cuando uno de los contratantes se obligue a transferir a otro la propiedad de una cosa, con tal que éste le dé la propiedad de otra cosa"¹³⁶. El canje, trueque o permuta del material protegido también es objeto de prohibición específica por algunas leyes extranjeras¹³⁷.

Se trata, pues, de una conducta prohibida. La disposición reglamentaria cuenta con pleno respaldo legal, ya que la permuta o canje es una de las diversas formas que puede asumir la comercialización del material de reproducción perteneciente a la variedad protegida, cuya realización no autorizada se encuentra prohibida por el art. 37 de la LSCF. Ciertamente, es lícita la permuta del material obtenido mediante el ejercicio del derecho reconocido en la excepción del agricultor. Al respecto, ver *infra*, N° 10.

8.7.6. *Transacción*

Establece el art. 41 del decr. 2183/91 que "...el derecho de propiedad de una variedad concedido al obtentor tendrá como efecto someter a su autorización previa los actos que enunciativamente se detallan, en relación a la simiente de una variedad protegida:... h) Canje, transacción y toda otra forma de comercialización...". Por el inciso h), entonces, se prohíbe a los terceros la transacción no autorizada por el titular de la variedad protegida.

En sentido técnico, la transacción es un instrumento de composición de controversias jurídicas¹³⁸. Así, el Código Civil define a la transacción como "... un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas"¹³⁹. La transacción, entonces, es un acto que se caracteriza por su finalidad (conseguir certidumbre acerca de un derecho o relación jurídica pendiente) y por los medios escogidos para lograrla (sacrificios recíprocos que efectúan las partes para lograr el resultado).

Resulta bastante claro que el reglamento no alude al término analizado en su sentido técnico jurídico, ya que se concibe a esta conducta como una forma de comercialización, enunciativamente incluida junto con el canje. Aunque no sea la metodología más recomendable, parece que no queda otro recurso que aceptar que la norma se refiere al término en su sentido vulgar. En este sentido, transacción es cualquier acuerdo, convenio o pacto entre dos personas, particularmente de índole comercial o financiera ¹⁴⁰, significado que se ve reflejado en la segunda acepción del término en el Diccionario de la Academia, conforme al cual “transacción” significa “trato, convenio, negocio”. En definitiva, se trata de un supuesto, un tanto difuso, de comercialización, por lo que cabe concluir que la disposición reglamentaria, aunque válida, nada agrega a la prohibición de comercialización prevista en el art. 37 de la LSCF.

8.7.7. Publicidad

Dispone el art. 41 del decr. 2183/91 que “... el derecho de propiedad de una variedad concedido al obtentor tendrá como efecto someter a su autorización previa los actos que enunciativamente se detallan, en relación a la simiente de una variedad protegida:... g) Publicidad...”. La prohibición específica de la publicidad no es usual en la legislación comparada, aunque en la legislación canadiense puede encontrarse una prohibición similar ¹⁴¹. Conforme al Diccionario de la Academia, tercera acepción, la publicidad es la divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial, para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc. Si bien no existe una definición legal del término, al interpretar el art. 8º de la ley 24.240, que regula los efectos de la publicidad, se ha definido a esta última como “... cualquier forma de anuncio público destinado a ayudar directa o indirectamente en la venta de un producto, en la prestación de un servicio” ¹⁴². La definición citada resulta aceptable en relación con el régimen del derecho de obtentor, con la salvedad de que el acto promovido no necesariamente debe ser una compraventa, sino que puede serlo todo contrato a través del cual pretenda comercializar el material perteneciente a la variedad protegida. En cuanto a su naturaleza jurídica, se ha destacado que, generalmente, la publicidad constituye una invitación a ofrecer ¹⁴³.

Según se ha sostenido *supra*, N° 8.6.2, la facultad exclusiva de comercializar que reconoce al obtentor el art. 37 de la LSCF debe ser interpretada en un sentido amplio, de modo de abarcar no sólo el acto jurídico a través del cual ésta se realiza, sino también los actos preparatorios. En consecuencia, la prohibición reglamentaria encuentra sustento en el referido art. 37 de la LSCF, y es perfectamente válida.

Naturalmente, la publicidad sólo es ilícita cuando la operación cuya concreción se promueve también lo es. Rige, al respecto, una clara relación de accesoriedad. En consecuencia, es lícito publicitar la comercialización de material respecto del cual se ha agotado el derecho intelectual (ver *infra*, N° 9), u obtenido merced a la excepción del agricultor (ver *infra*, N° 10), entre otros supuestos.

8.7.8. Exhibición de muestras

Conforme al art. 41 del decr. 2183/91, "... el derecho de propiedad de una variedad concedido al obtentor tendrá como efecto someter a su autorización previa los actos que enunciativamente se detallan, en relación a la simiente de una variedad protegida:... g)... exhibición de muestras...". En la medida en que se trate de una conducta inserta en el marco de un proceso de comercialización, es razonable y tiene pleno respaldo legal su prohibición por vía reglamentaria. Esta facultad también es objeto de reconocimiento por algunas leyes extranjeras ¹⁴⁴, y por el Convenio UPOV 1978 ¹⁴⁵.

8.7.9. Acondicionamiento

Conforme al art. 41 del decr. 2183/91, "... el derecho de propiedad de una variedad concedido al obtentor tendrá como efecto someter a su autorización previa los actos que enunciativamente se detallan, en relación a la simiente de una variedad protegida:... b) Acondicionamiento con el propósito de su propagación...". Esta facultad también ha sido reconocida en numerosas leyes extranjeras ¹⁴⁶. Ni el decreto ni la ley aclaran qué significado debe atribuirse a la voz "acondicionamiento". Conforme al Diccionario de la Academia, la voz significa "acción y efecto de acondicionar". Por su parte, el verbo transitivo "acondicionar" significa, en su segunda acepción, "disponer o preparar algo de manera adecuada a determinado fin...". Trasladando esto al ámbito del derecho de obtentor, se advierte que el inciso b) del art. 41 del reglamento prohíbe, entonces, la disposición o preparación del material de reproducción de la variedad protegida efectuado con el propósito de su propagación.

Sin embargo, la LSCF no enumera al acondicionamiento entre las facultades exclusivas del titular del derecho de obtentor. Resulta, por lo tanto, difícil de justificar su prohibición autónoma. En efecto, el acondicionamiento no constituye ni un supuesto de producción ni de comercialización del material protegido. Respecto a su relación con la entrega, es necesario distinguir dos supuestos: a) el acondicionador trabaja sobre material propio; y b) el acondicionador trabaja sobre material ajeno. En el supuesto a), queda claro que no existe ninguna relación entre el acondicionamiento y la entrega. Es evidente, entonces, que en este primer supuesto la prohibición autónoma del acondicionamiento carece de sustento legal. En el supuesto b), en cambio, el acondicionador recibe el material de un tercero. Se verifica, pues, una entrega, pero se trata de una entrega traslativa de la tenencia, la cual, según se ha analizado precedentemente, no se encuentra prohibida por la LSCF, a pesar de los términos abarcativos empleados en el art. 27 ¹⁴⁷. En este segundo supuesto, por lo tanto, el acondicionamiento se relaciona con un tipo de entrega que no se encuentra legalmente prohibida, y, en consecuencia, tampoco se justifica su prohibición autónoma.

En suma, la prohibición autónoma del acondicionamiento carece de sustento legal, ya que no constituye un supuesto de producción, comercialización o entrega del material protegido. Lógicamente, esto no obsta a que tal conducta pueda resultar ilícita por aplicación de las reglas generales en materia de participación delictual. De hecho, el decreto sólo prohíbe el acondicionamiento realizado con el propósito de propagar el material protegido. Queda claro que la licitud o ilicitud del acondicionamiento depende de la naturaleza de la reproducción proyectada. Sólo si la reproducción tenida en mira es ilícita se podrá, si concurren los demás requisitos exigibles para considerar que existe participación delictual, considerar ilícito el acondicionamiento. En particular, merece destacarse que la reproducción efectuada al amparo de la excepción del agricultor es plenamente lícita. En consecuencia, el acondicionamiento efectuado con la finalidad de reproducir el material al amparo de esta excepción participa de su licitud, aun cuando se acuda a un tercero para la realización de esta tarea¹⁴⁸.

8.8. Referencia al Convenio UPOV 1978

La determinación positiva del derecho de obtentor es abordada en el art. 5 del Convenio UPOV, en estos términos: “Derechos protegidos; ámbito de la protección. El derecho concedido al obtentor tendrá como efecto someter a su autorización previa la producción con fines comerciales, la puesta a la venta, la comercialización del material de reproducción o de multiplicación vegetativa, en su calidad de tal, de la variedad...”. Tres son, entonces, las facultades que el tratado reconoce: a) la producción con fines comerciales; b) la puesta en venta; y c) la comercialización. Así entendido, el contenido del derecho de obtentor presenta algunas diferencias entre su regulación por la LSCF y por el tratado, que serán analizadas a continuación.

El tratado incluye entre las facultades del obtentor la producción *con fines comerciales*. En este sentido, se advierte una diferencia con la legislación argentina interna, que reconoce al titular del derecho la facultad de producir y reproducir la variedad, sin reducirla a los casos en que tal reproducción se realice con fines comerciales. Parece, pues, que el régimen de la ley otorga una protección mayor que la del tratado. Con todo, esta divergencia es sólo aparente, ya que la LSCF luego acota esta extensión inicial de los poderes del obtentor, reconociendo la excepción del agricultor, principal supuesto de producción sin fines comerciales¹⁴⁹. En suma, no se advierten, en lo que respecta a esta facultad, diferencias relevantes entre el régimen del tratado y el de la LSCF, ya que la producción sin fines comerciales resulta permitida tanto en el tratado (en virtud del principio general del art. 5) como en la Ley N° 20.247 (merced a la excepción del agricultor).

El Convenio UPOV también reconoce al obtentor la facultad de comercializar el material protegido. Si, de acuerdo a lo referido *supra*, N° 8.6.2, se entiende por “comercialización” todo acto de liberación onerosa al mercado, como así también aquellos que le preceden, se advierte que la otra facultad reconocida por la norma internacional, la

puesta en venta, no es sino un supuesto específico de comercialización. Según se ha analizado precedentemente, también la LSCF, aunque con cierta oscuridad, reconoce al titular del derecho de obtentor la facultad de comercialización exclusiva del material protegido, por lo que no existe diferencia alguna entre la regulación de esta facultad por ambos cuerpos normativos.

Esclarecido el contenido patrimonial del derecho en el régimen de UPOV 1978, se advierte que existe una asimetría relevante con relación a su configuración en el marco de la LSCF: la entrega a título gratuito. En efecto, y según se ha visto *supra*, N° 8.6.3.2, la LSCF incluye a la entrega a cualquier título entre las facultades exclusivas del obtentor, que resulta abarcativa de la entrega a título gratuito. Por el lado del Convenio UPOV 1978, en cambio, no se hace referencia a la entrega. Con todo, no existe inconveniente en considerar que la entrega a título oneroso forma parte del proceso de comercialización, y se encuentra, por lo tanto, incluida entre las facultades del titular. Sin embargo, no resulta posible concebir como una forma de comercialización a la entrega a título gratuito. En suma, no cabe interpretar que el Convenio UPOV 1978 ha incluido entre las facultades del obtentor a la entrega gratuita del material protegido.

Así las cosas, se advierte que, en lo que a este punto se refiere, la LSCF otorga una protección mayor que la prevista en el Convenio UPOV 1978, ya que incluye a la entrega gratuita entre las facultades exclusiva del titular del derecho de obtentor. Esta desigualdad en las regulaciones, con todo, carece de importancia, ya que, en virtud del principio de trato nacional, prescripto en el art. 3 del tratado, esta mayor protección prevista en la ley resulta aplicable, asimismo, a las personas sujetas al Convenio UPOV 1978.

SECCIÓN 3

DETERMINACIÓN NEGATIVA DEL CONTENIDO DEL DERECHO

9. Agotamiento del derecho

9.1. Introducción

Como ya se ha señalado, la determinación del contenido del derecho de obtentor se realiza, en la legislación argentina, por una doble vía. En primer lugar, se efectúa una determinación positiva, esto es, se establece cuáles son las facultades que se reconocen al titular del derecho. Efectuada la determinación positiva, el legislador se aboca a determinar negativamente el contenido del derecho intelectual, estableciendo límites a las facultades del titular, reduciéndose así el ámbito de actuación inicialmente trazado por vía positiva. De la conjunción de estas prescripciones resulta el contenido preciso del

derecho subjetivo. Al estudio de estos límites que se fijan a las facultades del titular del derecho de obtentor se destina esta parte del trabajo.

Tres son, particularmente, las limitaciones a partir de las cuales se determina negativamente el derecho de obtentor: el agotamiento del derecho, la excepción del agricultor y la excepción del fitomejorador.

El principio del agotamiento del derecho es usualmente receptado por las leyes reguladoras de la propiedad intelectual en general, y las normas reguladoras del derecho de obtentor no son una excepción a esta tendencia ¹⁵⁰. En virtud de este principio, se considera que las facultades que el titular de un derecho intelectual tiene respecto de un determinado producto (la exclusividad en cuanto a la producción, comercialización y entrega a cualquier título) se extinguen una vez que éste ha sido comercializado lícitamente. En consecuencia, el titular del derecho intelectual no puede ejercer derecho alguno respecto de las enajenaciones posteriores que se realicen con relación a ese producto que él ya ha puesto en el comercio. Esto implica que el adquirente del producto (primer adquirente) se encuentra facultado para disponer a cualquier título (v.gr., venta) del producto que ha adquirido, transmitiéndolo a un tercero (segundo adquirente), sin que el *ius prohibendi* del titular del derecho intelectual alcance a esta segunda operación. En suma, se considera que el derecho intelectual se agota, en relación con cada producto, con la primera “venta” (o, más precisamente, con su puesta lícita en el comercio).

Este principio admite diversas modalidades, según la amplitud con que es concebido por las normas que lo establecen. En su modalidad internacional, el agotamiento se produce con la comercialización del producto protegido, sin que tenga relevancia el país donde el acto tiene lugar. En consecuencia, y conforme a esta versión, el agotamiento se produce tanto cuando el producto ha sido puesto en el comercio en el país en el que resulta aplicable la ley reguladora, como si lo ha sido en el extranjero ¹⁵¹. En el sistema del agotamiento nacional, local o territorial, en cambio, el derecho sólo se agota respecto de los productos comercializados en el territorio del país, pero no cuando el producto ha sido puesto en el comercio en el extranjero ¹⁵². Finalmente, en el sistema del agotamiento comunitario o regional, el derecho sólo se agota cuando el producto se comercializa en el territorio de algún país integrante de la comunidad multinacional o mercado común ¹⁵³.

La importancia de esta distinción sólo puede ser comprendida si se la relaciona con el principio de territorialidad. Conviene recordar que, en virtud de este último principio, las normas reguladoras del derecho de obtentor -al igual que las demás normas que regulan la propiedad intelectual en general- sólo tienen alcance territorial, es decir, sólo se aplican, en principio, a los actos realizados dentro del territorio del país legisferante; en suma: *lex non valet extra territorium*. La vigencia de esta regla implica que, en principio, los actos realizados en el extranjero carecen de relevancia jurídica para la legislación local. Supóngase, por ejemplo, el caso de una variedad vegetal, registrada en el RNPC, que es comercializada en el extranjero. En principio, este acto queda fuera del alcance del régimen de la LSCF, sin perjuicio de que el acto en cuestión puede ser trascendente para la legislación vigente en el país extranjero donde se ha realizado, suponiendo que allí también la variedad se encuentre protegida por un derecho intelectual. En el caso de que

ese material, ya comercializado en el extranjero, luego sea importado a la Argentina, ¿queda esta importación sujeta al *ius prohibendi* del titular del derecho de obtentor local? La respuesta al interrogante depende de múltiples factores, que en la breve descripción del supuesto no han sido siquiera referidos, y que serán considerados *infra*, N° 9.4. Pero, sin duda, un factor que gravitará de manera decisiva es el tipo de régimen que se adopte en la legislación local con relación al agotamiento del derecho. Todo indica que, si se ha adoptado un sistema de agotamiento nacional o territorial, el derecho intelectual sobre el material importado no se habrá agotado frente a la legislación argentina. Si, por el contrario, se recepta el sistema del agotamiento internacional, y si concurren otras condiciones (fundamentalmente, que el obtentor local sea quien, personalmente o mediante un licenciario, haya sido quien comercializó el material en el extranjero), puede que se considere que el derecho del obtentor local se ha agotado.

Como puede advertirse, existe una íntima vinculación entre el principio de territorialidad y el agotamiento de derecho. Con todo, no existe una relación de necesidad entre el principio de territorialidad y algún tipo especial de agotamiento del derecho, en el sentido de que la vigencia del principio de territorialidad implique que necesariamente deba adoptarse el sistema del agotamiento nacional. Si bien es cierto que, en virtud del principio de territorialidad, el acto realizado en el extranjero queda sujeto a las leyes del país de realización, esto no impide que la ley argentina tome en consideración la realización de este acto para asignar determinadas consecuencias jurídicas (v.gr., determinar que la comercialización en el extranjero agota el derecho respecto del producto comercializado). El principio de territorialidad, en suma, es compatible tanto con el sistema del agotamiento nacional como con el del agotamiento internacional.

A título de ejemplo, puede citarse la regulación que adopta en la materia la ley de patentes vigente, cuyo art. 36 establece: “El derecho que confiere una patente no producirá efecto alguno contra:... c) Cualquiera persona que adquiriera, use, importe o de cualquier modo comercialice el producto patentado u obtenido por el proceso patentado, una vez que dicho producto hubiera sido puesto lícitamente en el comercio de cualquier país”. Claramente, se adopta un régimen de agotamiento internacional de los derechos, al establecer que el derecho del patentado no alcanza al producto que ha sido puesto lícitamente en el comercio “de cualquier país”.

Dado que este instituto implica una importante limitación al derecho intelectual, y considerando que el régimen del derecho de obtentor existe para incentivar el desarrollo de la actividad fitomejoradora, no es desatinado inferir que el legislador ha presupuesto que este límite no impide el cumplimiento de la finalidad apuntada, es decir, que el legislador considera que los beneficios potenciales derivados de este régimen, que incluye el principio de agotamiento, constituyen un incentivo suficiente de la actividad fitomejoradora y que, en consecuencia, la supresión del agotamiento del derecho implicaría incurrir en un costo social innecesario, extendiendo la zona de influencia del “monopolio” legal sin un correlativo beneficio que lo compense ¹⁵⁴.

9.2. Impacto económico

Los efectos que esta limitación a los derechos intelectuales presenta son de considerable importancia económica, y varían notablemente en función de la modalidad de agotamiento que se adopte. En todo caso, resulta claro que, en virtud del agotamiento, el titular del derecho intelectual pierde la oportunidad de realizar nuevas ventas. En efecto, cabe suponer que el adquirente del producto (segundo adquirente), de no haber sido por la reventa, hubiese adquirido el producto directamente al titular del derecho intelectual. Esto es particularmente probable si las condiciones de la reventa (en particular, el precio) son semejantes o parecidas a las condiciones conforme a las cuales el titular del derecho intelectual ofrece sus productos en el mercado al que accede el segundo adquirente. En cambio, no es razonable suponer que este segundo adquirente hubiese contratado con el titular del derecho intelectual si el precio de la segunda reventa es notablemente inferior al precio con el cual el titular del derecho intelectual o su licenciataria comercializan el producto protegido. Si se verifica la condición señalada, entonces, es razonable suponer que el titular del derecho intelectual pierde, en virtud del agotamiento, la chance de realizar más operaciones, en una medida proporcional a las ventas que se realizan al amparo de la restricción.

Debe admitirse, sin embargo, que no es común que exista la condición apuntada. En efecto, es de suponer que el primer adquirente, que ha pagado el precio fijado por el patentado o su licenciataria, no estará dispuesto a revender el producto adquirido sino a un precio superior a aquel por el cual lo obtuvo. Con lo cual, en definitiva, al potencial segundo adquirente le resulta más conveniente adquirir directamente el producto al propio titular del derecho intelectual. Pareciera, entonces, que no son muchas las operaciones que el titular del derecho intelectual se ha de perder, ya que difícilmente el revendedor pueda competir en el precio. Sin embargo, existe un supuesto en que este fenómeno es posible, y tiene lugar cuando el titular del derecho intelectual utiliza una estrategia de diferenciación o discriminación de precios, es decir, cuando aplica precios diferentes a los mismos productos en función de alguna característica de los consumidores¹⁵⁵. La discriminación de precios puede efectuarse: a) entre consumidores, o grupos de consumidores (v.gr., fijando un precio más alto a aquel grupo de consumidores que está dispuesto a pagarlo, y uno más bajo al que no está dispuesto a hacerlo); b) en función del consumo realizado (v.gr., disminuyendo el precio a medida que aumenta el consumo); y c) combinando los dos supuestos anteriores.

Para poder aplicar con éxito una política de discriminación de precios es necesario que concurren tres condiciones¹⁵⁶: a) que los mercados sean perfectamente separables; b) que sea imposible, o extremadamente difícil o muy costoso, el almacenamiento o la reventa del producto (de lo contrario, los clientes de precio más bajo podrían revender el producto que han adquirido, en el mercado de precio más alto); y c) que las demandas en los mercados separados presenten elasticidades diferentes. Esta última condición es el presupuesto de esta estrategia: el agotamiento internacional de los derechos impacta en la economía del titular del producto en la medida en que esté aplicando una política de diferenciación de precios entre los distintos mercados nacionales, lo que sólo será posible

en la medida que las demandas locales presenten elasticidades diferentes. Se hace referencia, por cierto, a la elasticidad-precio de la demanda, por la cual se mide la sensibilidad de la demanda ante los cambios de precios, y que resulta de comparar la variación porcentual de la cantidad demandada del bien respecto a la de su precio ¹⁵⁷. Esta elasticidad depende de diversos factores, entre los que se destaca la existencia de bienes sustitutivos accesibles (cuanto mejores sustitutivos existan, más elástica será la demanda, y a la inversa), aunque también gravitan otros factores, entre los que pueden destacarse el grado de necesidad del bien (a mayor necesidad, menor elasticidad, y a la inversa), su peso en el presupuesto del adquirente (a mayor gravitación presupuestaria, mayor elasticidad, y a la inversa), la cantidad previa disponible (cuanto mayor sea esa cantidad, mayor será la elasticidad, y a la inversa), el plazo de tiempo tomado en consideración en el análisis (a mayor plazo, mayor elasticidad, y a la inversa) ¹⁵⁸.

La primera condición -es decir, que los mercados sean perfectamente separables- se verifica, cuando el mercado está segmentado, lo que ocurre cuando “... *por alguna razón (espacial, cualitativa, de precio...) las opciones para los agentes económicos se centran en una parte de aquél y el cambio a cualquier otro segmento implica notorias diferencias en el coste o/y en el rendimiento*” ¹⁵⁹. Como se verá a continuación, el agotamiento internacional de los derechos conspira contra la posibilidad de realizar una segmentación de mercado por razones geográficas. En efecto, lo normal es que los habitantes de una localidad (o país) oferten y demanden fundamentalmente dentro de ella, dado que acudir a otra localidad o país supone un costo adicional notorio que sólo encontrará justificación si las ventajas son importantes y capaces de compensar los costos que la distancia genera ¹⁶⁰. Pero seguramente, si las diferencias de precio lo justifican, alguien va a estar dispuesto a comprar en el mercado de precio más bajo, y revender en el mercado de precio más alto. Pero, si el producto está patentado, esto sólo será posible si existe agotamiento de los derechos. Evidentemente, entonces, el agotamiento internacional del derecho vulnera la condición señalada en b) -imposibilidad o dificultad de reventa del producto-, ya que hace jurídicamente factible tal reventa. En consecuencia, la aceptación legislativa del agotamiento internacional desmorona toda estrategia de discriminación de precios, basada en la segmentación geográfica de mercados, que pretenda implementar el titular del derecho intelectual. Por el contrario, el sistema del agotamiento nacional impide esta competencia internacional de precios, operando así como una barrera proteccionista, en perjuicio de los adquirentes del país en el cual el precio del producto se ha fijado por encima del establecido en el extranjero.

Se advierte, entonces, que el agotamiento internacional del derecho provoca un doble perjuicio al titular del derecho intelectual, ya que, con su actuación, el revendedor no sólo disminuirá las ventas del patentado, sino que, además, le impedirá implementar exitosamente una estrategia de discriminación de precios a nivel internacional. En suma, el titular del derecho intelectual se verá económicamente constreñido a trasladar a todos los mercados nacionales en los que actúe el precio más bajo que haya fijado en uno de esos mercados, con lo cual se pierde la posibilidad de apropiarse del excedente del consumidor de aquellos países en los cuales los clientes estarían dispuestos a pagar un precio superior ¹⁶¹. Por supuesto, este efecto no se produce cuando se adopta el sistema del

agotamiento nacional, ya que en este caso el titular del derecho intelectual podrá oponerse a la reventa local del producto comercializado primeramente en el extranjero, ya que, conforme a este sistema, su derecho no se habrá agotado respecto del producto en cuestión.

9.3. Exégesis de la legislación argentina vigente

Aunque sin demasiada claridad, la LSCF contempla al agotamiento del derecho de obtentor en el art. 27, en el que se establece: “No lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar quien entrega a cualquier título semilla del mismo mediando autorización del propietario... o vende como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de tal creación fitogenética”. En suma, la norma fija un límite al obtentor que, por sí o por un tercero (v.gr., licenciataria), ha comercializado material protegido, estableciendo que su derecho no se extiende al producto obtenido del cultivo del material de reproducción puesto en el comercio. En consecuencia, el obtentor no podrá prohibir que el adquirente del material de reproducción comercializado (v.gr., el productor agropecuario) venda el producto obtenido mediante su cultivo.

Se advierte, sin embargo, que la norma en cuestión presenta defectos evidentes, entre los cuales merecen destacarse los siguientes:

a) Literalmente interpretada, la norma sólo consagra el agotamiento del derecho respecto del producto obtenido a partir del cultivo del material de reproducción (sin importar si se lo vende como materia prima o como alimento). Se advierte un alarmante vacío en lo que respecta a la reventa del material de reproducción que ha sido objeto de la primera venta, en cuanto tal, es decir, como material de propagación. ¿Se trata, realmente, de un vacío, de un *lapsus* del legislador, o debe interpretarse como un caso de “silencio elocuente”, del cual cabe inferir que el derecho no se ha agotado para este tipo de reventa? Al respecto, ver *infra*, N° 9.5.

b) No se precisa qué condiciones deben cumplirse para que se produzca el agotamiento. En particular, no se aclara qué sistema de agotamiento se ha adoptado, lo que resulta alarmante si se toma en consideración el diverso impacto económico que la adopción de uno u otro sistema de agotamiento (nacional o internacional) produce. Al respecto, ver *infra*, N° 9.4.

c) No se hace alusión al régimen jurídico aplicable al material de reproducción obtenido a partir del material ya comercializado. Al respecto, ver *infra*, N° 9.4.

El decr. 2183/91 no ha reglamentado la cuestión, que tampoco se encuentra contemplada en el Convenio UPOV 1978. Ante la insuficiencia regulatoria de la normativa específica, parece justificable acudir, por analogía, al régimen de la ley de patentes, aunque, según se verá, este recurso no permite solucionar algunos de los problemas interpretativos planteados. Entre otros motivos, porque la ley que se pretende aplicar vía analógica no ha sido diseñada específicamente para regular la protección de la materia viva.

Conviene recordar, asimismo, que mediante la LSCF se pretende satisfacer la exigencia del art. 27.3.b del TRIPs, que exige que las variedades vegetales sean protegibles mediante patentes, un sistema eficaz *sui generis*, o una combinación de ambos. Al adoptar el régimen del derecho de obtentor, y habiéndose excluido la patentabilidad de las variedades vegetales -con disposiciones de diverso valor jurídico, según se ha analizado *supra*, N° 1.5.1.4- resulta claro que Argentina se ha inclinado por cumplir la exigencia del tratado mediante el reconocimiento de un derecho *sui generis* eficaz. La referencia no es un dato menor, ya que implica que la eventual desprotección del derecho intelectual puede llevar al país a incurrir en un incumplimiento del tratado, con la consiguiente responsabilidad internacional que esto conlleva. Sin duda, la eficacia de un derecho intelectual depende, en buena medida, y entre muchos otros factores, del régimen que se aplique con relación a su agotamiento.

Ciertamente, el derecho de obtentor no es regulado por el TRIPs, pero esto no significa que los principios fundamentales del acuerdo sean por completo indiferentes para el régimen de este derecho intelectual. En efecto, la mayoría de los países del mundo, al amparo de la habilitación prevista en el citado artículo 27.3.b del tratado, han optado por proteger las variedades vegetales mediante el sistema del derecho de obtentor. No habiéndose planteado objeción alguna al respecto, cabe entender que se acepta tácitamente que el régimen del derecho de obtentor constituye un sistema *sui generis*, aceptable en el marco del tratado. Y vale recordar, al respecto, que este sistema *sui generis* debe ser eficaz, según lo exige la norma citada. Parece razonable suponer que el criterio utilizable para medir la eficacia del régimen debe provenir, fundamentalmente, de los principios que el mismo tratado establece. En efecto, sería absurdo que el tratado pautase cuidadosamente, como lo hace, los estándares mínimos de protección que deben alcanzar los regímenes locales de patentes, y que esto pueda ser desbaratado, en lo que a las variedades vegetales respecta, acudiendo al recurso del sistema *sui generis*. El criterio para medir la eficacia de este sistema alternativo, entonces, debe surgir de los estándares que el mismo TRIPs establece para los derechos intelectuales en general y, *mutatis mutandis*, para las patentes en particular.

Sin embargo, el TRIPs ha sido particularmente flexible en lo que respecta al agotamiento de los derechos. En efecto, en el art. 6 se establece: “Para los efectos de la solución de diferencias en el marco del presente Acuerdo, a reserva de lo dispuesto en los arts. 3 y 4 *supra* no se hará uso de ninguna disposición del presente Acuerdo en relación con la cuestión de la extinción de los derechos de propiedad intelectual”. Aunque la norma no se caracteriza por su claridad, la doctrina entiende que el tratado ha dejado un amplio margen a los países miembros para regular en las respectivas legislaciones nacionales como mejor les parezca el tema del agotamiento del derecho¹⁶². En particular, se ha observado, el tratado permite la adopción del principio del agotamiento en cualquiera de sus versiones (nacional, internacional, comunitario). Esto significa, pues, que un sistema no deja de ser eficaz, según lo exige el art. 27.3.b del tratado, aún cuando adopte un régimen de agotamiento internacional. Sin embargo, a pesar de esta amplia habilitación del tratado para regular la materia, existen algunos umbrales mínimos cuyo traspaso por una legislación nacional afecta la eficacia del derecho intelectual. Estas

exigencias mínimas serán tomadas en consideración en el punto siguiente, al analizar los requisitos del agotamiento.

9.4. Requisitos

A los efectos de establecer los requisitos, es necesario dilucidar previamente qué clase de agotamiento resulta aplicable al derecho de obtentor. Como se ha destacado, la LSCF no hace una referencia explícita a la cuestión, limitándose a señalar que “No lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar quien entrega a cualquier título semilla del mismo mediando autorización del propietario... *o vende como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de tal creación fitogenética*”¹⁶³. No obstante la parquedad de la ley, parece que la interpretación más defendible es aquella que considera aplicable el régimen del agotamiento internacional, por los siguientes motivos: i) la ley no introduce ninguna restricción en cuanto al lugar donde debe haberse comercializado el producto, a los efectos de que opere el agotamiento; ii) el agotamiento internacional es el que mejor se compadece con los fundamentos económicos del régimen del derecho de obtentor; y iii) el régimen de patentes, aplicable por analogía, consagra el agotamiento internacional. A continuación estos argumentos serán considerados brevemente.

i) La ley no introduce ninguna exigencia geográfica en cuanto al lugar de comercialización del producto, a los efectos de considerar agotado el derecho intelectual. En concreto, la ley no exige que el producto haya sido comercializado en Argentina, y, conforme al conocido brocardico, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Particularmente, cuando, como sucede en este caso, nada indica que el legislador haya incurrido en un *lapsus*. En consecuencia, no se justifica efectuar una reducción teleológica o una interpretación restrictiva, ya que ningún elemento permite inferir una preferencia del legislador por el sistema del agotamiento nacional.

ii) El agotamiento internacional es el más compatible con los fundamentos del régimen del derecho de obtentor. Evidentemente, la adopción de un sistema de agotamiento internacional restringe, o puede restringir, los beneficios económicos que el obtentor alcanzaría si existiese un régimen de agotamiento nacional, impidiendo al titular del derecho intelectual segmentar los diversos mercados nacionales, a los efectos de aplicar una política empresarial de discriminación de precios (política que sí podría aplicar si existiese un régimen de agotamiento nacional). Desde este punto de vista, podría argumentarse que con la adopción del agotamiento internacional se resiente el efecto-incentivo de la LSCF. Con todo, esta objeción puede superarse si se distingue entre los medios y los fines del régimen del derecho de obtentor. Ciertamente, entre los fines del régimen se destaca la pretensión de incentivar el desarrollo tecnológico, pero la LSCF no acude a cualquier medio para alcanzar el cumplimiento de esta finalidad, sino que acude a un medio específico: la concesión de un derecho intelectual, mediante el cual el obtentor adquiere la facultad de explotar en forma exclusiva y temporaria la variedad vegetal que ha inventado o descubierto y desarrollado. Ninguna norma de la LSCF, ni del

decr. 2183/91, permiten suponer que el legislador apuesta a incentivar el desarrollo de la actividad fitomejoradora mediante el establecimiento de reglas que permitan o propicien la aplicación de políticas de diferenciación internacional de precios, en perjuicio de los adquirentes y consumidores locales. Por el contrario, el legislador argentino evidencia, en diversas normas, una clara inclinación por apuntalar la libertad en los mercados ¹⁶⁴. En consecuencia, parece razonable afirmar que el régimen del agotamiento internacional es el que mejor armoniza con el régimen de la LSCF, y con la legislación argentina en general.

iii) A la misma solución se arriba mediante la aplicación analógica de la ley 24.481, en la que se considera agotado el derecho una vez que el producto ha sido "... puesto lícitamente en el comercio *de cualquier país*", con lo que se admite en forma explícita el agotamiento internacional. En realidad, este argumento es subsidiario del anterior, ya que, como es sabido, la analogía es un recurso metodológico que sólo se justifica ante la existencia de una laguna y, conforme se ha argumentado, parece que no existe tal laguna en el régimen de la LSCF, el cual, aunque en forma implícita, se inclina por el agotamiento internacional. Pero si la fuerza de convicción de los argumentos referidos precedentemente no basta, habrá que concluir que existe una laguna en el punto, ya que, definitivamente, nada autoriza a considerar que la ley se ha inclinado por el sistema del agotamiento nacional. Suponiendo que exista tal laguna, la solución analógica es, pues, la misma: rige el sistema del agotamiento internacional.

Esclarecida esta cuestión, se está en condiciones de abordar el análisis de los requisitos del agotamiento. Al respecto, conviene distinguir entre los requisitos genéricos, aplicables a todo tipo de agotamiento, y los requisitos específicos que deben concurrir para que se produzca el agotamiento internacional. Son requisitos genéricos: a) que el material de reproducción de la variedad protegida sea puesto en el comercio; y b) que tal puesta en el comercio sea lícita.

a) Para que el derecho de obtentor se agote respecto de determinado material de reproducción, es necesario que el producto haya sido puesto en el comercio. El significado de esta clásica expresión necesita ser precisado, a la luz de lo establecido en la normativa vigente. A este efecto, conviene recordar la norma que regula la cuestión en la LSCF, esto es, el art. 27: "No lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar quien entrega a cualquier título semilla del mismo mediando autorización del propietario, o quien reserva y siembra semilla para su propio uso, o usa o vende como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de tal creación fitogenética". La imprecisión de la norma es evidente, tanto en lo que refiere a los efectos del agotamiento (al respecto, ver *infra*, N° 9.5) como en lo que respecta a sus requisitos.

Con relación a esta última cuestión, la norma establece que no lesiona el derecho de obtentor quien usa o vende el producto obtenido del cultivo de "tal creación fitogenética", por lo que conviene dilucidar a qué se refiere el legislador con esta expresión. Por lo pronto, es claro que lo que se agota no es el derecho intelectual respecto de la variedad vegetal en sí, lo que implicaría su extinción, sino respecto de determinado material de reproducción perteneciente a la variedad protegida. Debe leerse, entonces, que el derecho

se agota respecto de “tal material de reproducción perteneciente a la variedad protegida”. El demostrativo “tal” se refiere al material de reproducción referido precedentemente en la norma, es decir, a aquel que: i) ha sido entregado mediando autorización del propietario; o ii) se ha obtenido mediante la reserva y siembra de semilla para uso propio (es decir, obtenido por el derecho emanado de la excepción del agricultor)¹⁶⁵. En suma, el derecho se agota respecto de determinado material cuando se ha transferido su propiedad o, al menos, su posesión¹⁶⁶. Al respecto, resulta indiferente cuál ha sido el acto jurídico precedente que justifica la transmisión de la posesión o de la propiedad¹⁶⁷, aunque, por supuesto, debe tratarse de una transferencia lícita. El derecho se agota, asimismo, si el material proviene de una reproducción autorizada en virtud de la excepción del agricultor. Si bien esta excepción será analizada *infra*, N° 10, conviene adelantar que, en definitiva, la excepción del agricultor requiere, asimismo, que el material que se reproduce haya sido adquirido lícitamente por el agricultor. En suma, tanto en el caso previsto en i) (en forma inmediata) como en el caso previsto en ii) (en forma mediata) se requiere que el material haya sido introducido en el comercio en forma lícita, exigencia que será tratada a continuación.

b) La puesta en el comercio del material respecto del cual se ha agotado el derecho (caso i) o de aquel del cual deriva el material (caso ii) debe ser lícita. Estrictamente, esta exigencia no está plasmada en estos términos en el art. 27 de la LSCF, que se limita a exigir que la entrega haya sido realizada con la autorización del “propietario”. Ciertamente, lo normal será que sólo sea lícita aquella entrega realizada por el propietario o con su autorización. Voluntad del propietario y licitud parecieran, entonces, ser dos modos de expresar una misma exigencia.

Sin embargo, existe un caso en el cual la puesta en el comercio puede ser lícita, aunque no haya sido realizada con la conformidad del propietario: aquel en el cual se ha declarado a la variedad vegetal como de uso público restringido. Al respecto, conviene recordar que, conforme al art. 28 de la LSCF, “El Título de Propiedad de un cultivar podrá ser declarado de ‘uso público restringido’ por el Poder Ejecutivo Nacional... sobre la base de una compensación equitativa para el propietario, cuando se determine que esa declaración es necesaria en orden de asegurar una adecuada suplencia en el país del producto obtenible de su cultivo y que el beneficiario del derecho de propiedad no está supliendo las necesidades públicas de semilla de tal cultivar en la cantidad y precio considerados razonables. Durante el período por el cual el cultivar fue declarado de ‘uso público restringido’, el Ministerio de Agricultura y Ganadería podrá otorgar su explotación a personas interesadas...”. Se trata, en suma, de una licencia obligatoria, y la comercialización realizada bajo su amparo es lícita, aunque no haya sido autorizada por el titular del derecho de obtentor.

Se hace necesario, entonces, despejar la incógnita planteada: ¿el agotamiento se produce sólo con la comercialización realizada con la conformidad del titular del derecho de obtentor (que, por definición, es lícita) o con toda comercialización lícita (sin importar si se cuenta con la conformidad del obtentor)? Una interpretación literal del art. 27 puede llevar a considerar que es indispensable que el material haya sido comercializado por el obtentor o con su conformidad¹⁶⁸. Sin embargo, este criterio interpretativo conduce a

resultados prácticos absurdos (v.g., que el titular del derecho pueda prohibir la utilización del material comprado a un licenciataria amparado por la declaración de uso público restringido). Evidentemente, esta interpretación vaciaría de sentido el régimen de licenciamiento obligatorio previsto en los arts. 28 y 29 de la LSCF. Siendo una norma susceptible de dos interpretaciones, de las cuales una de ellas conduce a una contradicción con otra norma vigente, debe preferirse aquella otra interpretación que permite una convivencia armónica entre ambas. Apelando, entonces, a un criterio sistemático, y aceptando el postulado de la dogmática que afirma que el legislador no es contradictorio, parece justificado interpretar extensivamente el art. 27, y considerar que agota el derecho intelectual toda puesta lícita en el comercio, aunque no haya sido realizada con la anuencia del titular del derecho de obtentor.

Si el agotamiento se produce por la comercialización vía licencias obligatorias (o uso público restringido, en el lenguaje de la ley), es necesario que tal licenciamiento satisfaga las exigencias mínimas establecidas en el TRIPS con relación a este instituto. De lo contrario, se estaría incumpliendo el art. 27.3.b) del tratado, que exige que, de optarse por la protección de las variedades vegetales mediante un *sistema sui generis*, éste sea eficaz. El acuerdo internacional regula la cuestión en el art. 31, bajo el título de “Otros usos sin autorización del titular de los derechos”. De esta norma surge, con claridad, cuáles son las condiciones mínimas que deben cumplirse para otorgar una licencia obligatoria. Si bien esta norma se incluye dentro de la Sección 5 del tratado, referido a las patentes, su aplicación al ámbito del derecho de obtentor (que no ha sido regulado por el TRIPs) se justifica en tanto representa un muestra elocuente de cuál es el estándar mínimo para considerar al régimen del derecho de obtentor como un sistema *sui generis* eficaz. En concreto, la norma establece las siguientes condiciones:

- El otorgamiento de cada licencia obligatoria debe ser considerado en función de sus circunstancias propias ¹⁶⁹. Estrictamente, el tratado no restringe a las leyes nacionales mediante un catálogo de causas que autorizan el otorgamiento de una licencia obligatoria. Reconocida la libertad de las leyes locales en este punto, debe observarse, sin embargo, que el silencio del tratado no justifica el reconocimiento de causas de licenciamiento absolutamente infundadas.

- La licencia obligatoria sólo puede ser concedida si en forma previa el potencial licenciataria ha intentado obtener una licencia voluntaria en términos y condiciones comerciales razonables, y sus intentos no han surtido efecto en un plazo prudencial ¹⁷⁰, aunque esta exigencia no tiene vigor si la licencia se otorga porque el titular del derecho intelectual ha incurrido en prácticas anticompetitivas ¹⁷¹. En lo que respecta a las licencias obligatorias originadas en situaciones de emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, los países signatarios pueden disponer que es suficiente con notificar al titular del derecho intelectual, criterio que se repite para el caso de uso público no comercial.

- El contenido de la licencia debe estar limitado en función de los fines para los que fue concedida ¹⁷².

- La duración de la licencia debe estar limitada en función de los fines para los que fue concedida ¹⁷³.

- Las licencias obligatorias no pueden ser exclusivas ¹⁷⁴.

- La licencia obligatoria debe ser intransferible, a excepción de los siguientes casos: a) transferencia total de la empresa o establecimiento mercantil; o b) transferencia parcial de la empresa o establecimiento mercantil, en la medida en que los elementos transferidos tengan aptitud para atraer clientela, y exista una relación funcional entre la licencia y dichos elementos ¹⁷⁵.

- En principio, la licencia debe estar limitada al abastecimiento del mercado interno ¹⁷⁶. Esta limitación no se aplica si la licencia obligatoria ha sido concedida para remediar una práctica anticompetitiva del titular del derecho intelectual ¹⁷⁷.

- El licenciante deberá recibir una remuneración adecuada según las circunstancias de cada caso, teniendo en consideración el valor económico de la autorización ¹⁷⁸. Además, toda decisión relativa a tal remuneración debe ser susceptible de ser revisada judicialmente, o por una autoridad administrativa de jerarquía superior ¹⁷⁹.

- El acto de otorgamiento de la licencia obligatoria debe ser pasible de revisión judicial, o por una autoridad administrativa de jerarquía superior ¹⁸⁰.

En la medida que la licencia obligatoria en virtud de la cual se introduce el material en el comercio satisfaga las condiciones requeridas por el TRIPs, puede considerarse, a los efectos del agotamiento, que el material de reproducción ha sido puesto lícitamente en el comercio. Este es, asimismo, el criterio que se adopta en materia de patentes ¹⁸¹. Con todo, cabe acotar que este resultado interpretativo se obtiene en forma más fluida a partir del texto de la ley de patentes, el cual, a diferencia del art. 27 LSCF no requiere que la semilla haya sido comercializada voluntariamente por el titular del derecho intelectual, sino, con mayor amplitud, que haya sido comercializada lícitamente ¹⁸².

En suma, el derecho de obtentor se agota respecto del material de reproducción perteneciente a la variedad protegida que ha sido introducido lícitamente en el comercio, sea por el titular del derecho, sea por un licenciario (sin importar si la licencia es voluntaria u obligatoria). Al respecto, cabe cuestionar qué efectos produce, en relación con el agotamiento del derecho, la comercialización por el licenciario fuera de los límites de la licencia. La licencia del derecho intelectual puede, en efecto, presentar diversos límites: personales (a quién puede el licenciario venderle el producto), temporales (duración de la licencia), geográficos (en qué área puede el licenciario comercializar el producto), objetivos (qué productos puede producir y comercializar el licenciario), de contenido (qué actos puede realizar el licenciario, v.gr., producción, comercialización, etc.), cuantitativos (qué cantidades puede producir o comercializar el licenciario), etc. Evidentemente, si el licenciario se excede de los límites fijados en el contrato, incurre en un incumplimiento que justifica la aplicación de los remedios legales previstos al efecto (responsabilidad civil, resolución contractual y, eventualmente, la escasa punición prevista en la LSCF). Pero, con independencia de lo anterior, queda el interrogante de si el derecho del titular se ha agotado respecto de ese material puesto en el comercio en violación a los límites fijados en la licencia. La cuestión no es abordada explícitamente

por la LSCF, ni tampoco es posible la solución analógica, ya que la ley de patentes no trata el asunto en forma específica, lo que ha dado lugar a interpretaciones encontradas. Al respecto, Cabanellas sostiene que la comercialización extralimitada del licenciataria no agota el derecho del titular ¹⁸³; por el contrario, y siempre con relación a las patentes, Moncayo von Hase entiende que sí se ha producido el agotamiento ¹⁸⁴.

En lo que respecta al régimen del derecho de obtentor, el criterio parece bastante claro. Al realizar la conducta analizada, el licenciataria perpetra un acto que es contrario a la voluntad del titular del derecho, y que resulta, asimismo, ilícito. Parece, entonces, que cualquiera sea el criterio que se adopte para considerar que existe puesta en el comercio (licitud, voluntariedad), la solución a la que se arriba es la misma: el derecho sobre el material así comercializado no se ha agotado, ya que ha sido introducido en el comercio en forma ilícita, y contrariando la voluntad del titular/licenciante. Ciertamente, cabe objetar que esta solución puede aparejar una cierta dosis de inseguridad, porque el tercero que contrata con el licenciataria no está en condiciones de conocer si el material que adquiere se está comercializando excediendo los parámetros fijados en el contrato de licencia. Con todo, la objeción puede superarse si se permite balancear la solución propuesta con el principio de protección de la confianza, en virtud del cual se protege al tercero adquirente que, de buena fe y de forma diligente, ignoró la ilicitud de la conducta del licenciataria y, por ende, sus efectos sobre el material que ha adquirido ¹⁸⁵. Por supuesto, para que este principio tuitivo de la seguridad pueda operar, han de concurrir una serie de requisitos, tradicionalmente apuntados al estudiar el tema de la apariencia jurídica:

a) Debe existir una apariencia de que la comercialización efectuada por el licenciataria es lícita (es decir, que no excede los límites establecidos en el contrato de licencia).

b) Por acción o por omisión, el licenciante debe haber contribuido a la creación de esta apariencia.

c) El tercero adquirente debe haber actuado con diligencia (y, se descuenta, con buena fe). En concreto, esto significa que la apariencia creada, en función de las circunstancias del caso, debe presentar una entidad suficiente como para despertar una razonable confianza en el tercero adquirente, en el sentido que la comercialización efectuada es lícita.

Si concurren estos extremos, la solución propuesta inicialmente (es decir, considerar que el derecho no se ha agotado) debe modificarse, en protección del tercero que, aun actuando con diligencia, confió en la apariencia creada. En consecuencia, ha de considerarse que, respecto de ese material, el derecho de obtentor ya se ha agotado. Sin perjuicio, obviamente, de las acciones que el titular del derecho intelectual pueda tener contra el licenciataria infiel.

Puede concluirse, entonces, con relación a los requisitos genéricos, que el derecho de obtentor se agota respecto del material de reproducción perteneciente a la variedad protegida que ha sido introducido lícitamente en el comercio, tanto por el propio titular como por un licenciataria (sin importar si la licencia es voluntaria u obligatoria), dentro

de los límites establecidos en la licencia (y sin perjuicio de brindar protección al tercero diligente y de buena fe, por aplicación del principio de protección de la confianza, en el caso en que el licenciatarario haya actuado excediendo los límites de la licencia).

Hasta aquí se han considerado los requisitos exigibles genéricamente para que se produzca el agotamiento del derecho. A continuación, se analizarán los requisitos específicos que deben concurrir, adicionalmente, cuando el material perteneciente a la variedad protegida ha sido introducido en el comercio en el extranjero. Es decir, entonces, que se analizarán las exigencias adicionales para que se produzca el agotamiento internacional, a saber: a) la variedad vegetal debe estar protegida en el país extranjero por un derecho intelectual eficaz (de acuerdo a los cánones establecidos en el TRIPs); y b) esta protección eficaz no debe estar neutralizada por la legislación vigente en el país donde el producto se comercializó. Adicionalmente, se considerará si resulta también exigible que la comercialización del material haya sido consentida por el titular.

a) En primer lugar, entonces, la variedad vegetal a la que pertenece el material comercializado debe estar protegida en el país de introducción, mediante un derecho intelectual eficaz¹⁸⁶. Esto es lo que resulta, como ya se ha destacado anteriormente, de introducir en el análisis al art. 27.3.b) del TRIPs. Si bien este tratado internacional no regula al derecho de obtentor, sí regula, en cambio, a las patentes. *Mutatis mutandis*, entonces, cabe considerar que las exigencias mínimas previstas para las patentes son también válidas con relación al derecho de obtentor, *al solo efecto de determinar su eficacia, en relación con el citado artículo 27.3.b*. Ya se ha justificado *supra*, N° 8.5.3, por qué esta exigencia es válida con relación a la legislación argentina. Debe, ahora, justificarse la razón por la cual tal exigencia es aplicable, igualmente, a la legislación del país extranjero en el que se introdujo el material.

El agotamiento internacional le impide al titular de la patente segmentar artificialmente los mercados nacionales, aplicando una política de diferenciación de precios en función de la distinta elasticidad de las demandas locales. Se destacó, al considerar la cuestión, que el beneficio económico que deriva para el titular de tal segmentación es ajeno a la teleología del régimen del derecho de obtentor en particular, y de los derechos intelectuales en general. Si bien el derecho de obtentor se justifica porque implica un mecanismo de incentivación del desarrollo tecnológico, a través de la promesa de un potencial beneficio económico, esto no significa que toda regla que incremente los beneficios potenciales del titular del derecho se encuentre, por ello solo, legitimada, sino que la finalidad de incentivar al fitomejorador se canaliza a través de un medio jurídico específico: un derecho subjetivo que le permite explotar en forma exclusiva, durante un período limitado de tiempo, la variedad desarrollada. Para que este designio del legislador se concrete, es necesario que el agotamiento con respecto al material introducido en el extranjero sólo se produzca si el país de introducción del producto otorga a la variedad vegetal una protección eficaz, a través de una patente o de un derecho de obtentor. De lo contrario, como oportunamente se ha destacado con relación a las patentes, "... las importaciones paralelas se utilizarían para extender a la Argentina las falencias existentes en otros países en materia de cumplimiento con los requisitos del acuerdo TRIP"¹⁸⁷.

Condición indispensable, entonces, para que se produzca el agotamiento, es que la variedad vegetal esté protegida, en el país de introducción, mediante un derecho intelectual eficaz. Esto implica que el derecho no se agota si: i) la legislación del país extranjero no protege a las variedades vegetales (o, por lo menos, a la especie a la que pertenece la variedad en cuestión) mediante un derecho intelectual eficaz; y ii) el titular del derecho de obtentor en Argentina no tiene un derecho de obtentor vigente, sobre la variedad interesada, en el país extranjero. Con respecto a esto último, resulta indiferente la causa por la cual el titular local no cuenta con un derecho de obtentor o una patente en el país extranjero: porque la variedad no es protegible, porque optó por no protegerla, porque la protección ya se ha extinguido, etc. En cualquier caso, la carencia del derecho intelectual impide que se produzca el agotamiento¹⁸⁸.

b) Según se ha propuesto, la segunda condición para que se produzca el agotamiento internacional es que los intereses económicos del titular que se tutelan a través del derecho intelectual extranjero no resulten injustificadamente afectados por la legislación vigente en el país donde el producto se comercializó. Tal sería el caso, como se ha referido con relación a las patentes, de la fijación de precios máximos¹⁸⁹.

Finalmente, algún sector de la doctrina considera que el agotamiento internacional sólo puede producirse si el producto ha sido introducido en el comercio con la conformidad del titular del derecho intelectual. Es decir, se requiere que el material haya sido introducido por el propio titular, o por un tercero a quien haya autorizado. Esta exigencia implica, en particular, que el agotamiento internacional no se produce respecto de los productos que han sido comercializados en el extranjero al amparo de una licencia obligatoria¹⁹⁰. Como puede advertirse, esta exigencia implicaría un *plus* con respecto al requisito genérico de la licitud de la comercialización, ya que, conforme a esta postura, no basta que la comercialización sea lícita, sino que debe ser voluntaria (desde el punto de vista del titular local). También con relación a las patentes, un sector de la doctrina ha manifestado su disconformidad con esta exigencia, considerando suficiente que la comercialización en el extranjero haya sido lícita, siendo indiferente su voluntariedad¹⁹¹.

Admitiendo que la cuestión no resulta clara, parece que el criterio preferible es el siguiente: si la comercialización en el extranjero es lícita (voluntaria o no), el derecho se agota respecto del producto comercializado; si, en cambio, las condiciones en las cuales se otorgó la licencia obligatoria no se adecuan a los estándares fijados en el TRIPs, no se produce el agotamiento. Tal sería el caso, por ejemplo, si se otorgase la licencia por un motivo irrazonable, o no se compensase adecuadamente al titular del derecho intelectual. Adviértase que, en este último caso, el régimen extranjero del derecho de obtentor estaría revelando su ineficacia, conforme a los estándares del TRIPs (aplicables analógicamente, según se ha justificado anteriormente). En particular, tres disposiciones del art. 31 del TRIPs -dedicado a las licencias obligatorias- se destacan en este sentido: los incisos a), f) y h), por lo que serán considerados a continuación.

- El inciso a), si bien no se destaca por su precisión, presupone que debe existir algún motivo razonable para otorgar la licencia obligatoria.

- El inciso f), establece claramente que la licencia obligatoria será otorgada "... principalmente para abastecer el mercado interno del Miembro que autorice tales usos...". Si, vía reventa, se abastece el mercado argentino (es decir, el mercado de un país extranjero, desde la perspectiva del país otorgante de licencia obligatoria), evidentemente, se estará excediendo el límite que el TRIPs establece con relación a la licencia. Si tal límite ha sido fijado por la legislación o la autoridad extranjera que otorgó la licencia, se tratará de una comercialización en exceso de los límites de la licencia, motivo por el cual no se producirá el agotamiento del derecho, según se ha considerado precedentemente. Si, por el contrario, la legislación y las condiciones de otorgamiento de la licencia en el extranjero permiten esa producción en exceso de las necesidades del mercado interno del país otorgante de la licencia, evidentemente se estará brindando una protección jurídica ineficaz, conforme a los parámetros del TRIPs, con lo cual, en consecuencia, no existirá agotamiento del derecho.

- Por último, conforme al inciso h) del art. 31 el titular del derecho intelectual debe recibir "... una remuneración adecuada según las circunstancias propias para cada caso, habida cuenta del valor económico de la autorización..."

Si en la licencia obligatoria otorgada en el extranjero se estipula una remuneración adecuada, conforme a los términos fijados en la norma citada, el derecho de obtentor se habrá agotado respecto del material que comercialice el licenciataria, lo que no resulta particularmente criticable ya que, en principio, el titular ya ha habré obtenido un beneficio económico -por la vía atípica de la contraprestación de la licencia obligatoria- por la introducción del producto en el mercado. Si, en cambio, la remuneración no resulta adecuada, conforme al estándar del art. 31 inciso h), no se producirá el agotamiento del derecho.

De lo dicho se desprende que no es necesario postular el requisito adicional de la voluntariedad de la introducción del producto en el mercado, siendo suficiente con mantener la exigencia de que la protección extranjera de la variedad vegetal sea eficaz. Si la licencia obligatoria ha sido otorgada respetando las exigencias mínimas del TRIPs, parece adecuado sostener que el derecho de obtentor local se ha agotado respecto del material comercializado bajo la cobertura de tal licencia. Si, en cambio, la licencia obligatoria no se adecua a las prescripciones mínimas establecidas en el TRIPs, no existirá agotamiento respecto de los productos introducidos en el mercado por el licenciataria, ya que no se habré dado cumplimiento a uno de los requisitos específicos señalados precedentemente, esto es, no podrá considerarse que la variedad vegetal está tutelada en el país extranjero mediante una protección eficaz.

Párrafo aparte merece el tema de la venta directa. Tal es lo que sucede, por ejemplo, cuando la primera venta del producto se realiza desde el extranjero (país de exportación) a la Argentina (país de importación). Es necesario precisar que, estrictamente, este no es un tema vinculado al agotamiento del derecho, ya que no se refiere a la "segunda venta", sino a la primera, motivo por el cual el tema ha sido considerado *supra*, N° 8.7.2, al analizar la facultad del titular del derecho de obtentor de importar el material protegido.

En su oportunidad, vale recordarlo, se distinguieron diversos supuestos, para poder valorar la licitud del acto de importación, y las facultades del titular del derecho intelectual respecto de tal acto:

a) Si el vendedor del material es el propio titular del derecho de obtentor local, el acto es lícito. Por otra parte, resultaría absurdo que el obtentor pretendiese oponerse a un acto que él mismo está realizando.

b) Si el vendedor/exportador es un tercero, es necesario discernir si tiene licencia para hacerlo. Si el tercero es un licenciataria, debe determinarse si la operación ha sido realizada dentro de los límites establecidos en la licencia. Si tales límites han sido respetados, el acto es lícito; si, en cambio, el licenciataria ha actuado excediendo tales límites, el acto es ilícito, y, por lo tanto, el titular del derecho de obtentor podrá ejercer el *ius prohibendi* respecto de la importación. Si el tercero no es siquiera licenciataria, evidentemente el acto es ilícito, y puede ser igualmente prohibido.

9.5. Efectos jurídicos

Producido el agotamiento, el titular del derecho de obtentor no puede ejercer el *ius prohibendi* respecto del material que ya ha sido comercializado, lo que implica que la comercialización y circulación subsiguiente de ese material escapa a su control. Su derecho, pues, se ha consumido o agotado con la “primera venta”. Sin embargo, los efectos que específicamente se derivan del agotamiento del derecho de obtentor distan de ser claros. La cuestión está regulada, con cierta imperfección, en el art. 27 de la LSCF, en el que se establece: “No lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar quien entrega a cualquier título semilla del mismo mediando autorización del propietario... o vende como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de tal creación fitogenética”.

La norma, literalmente interpretada, sólo consagra el agotamiento del derecho respecto del producto obtenido a partir del cultivo del material de reproducción, si se lo “vende” como materia prima o alimento. En realidad, son cuatro los supuestos que pueden presentarse, si se combinan dos criterios que tienen, a los efectos jurídicos, destacada relevancia: el material respecto del cual se realiza el acto (primer criterio) y la naturaleza del acto realizado (segundo criterio). En lo que refiere al primer criterio, el material respecto del cual se realiza el acto puede ser el mismo material originariamente adquirido, no modificado, o el material resultante del cultivo del material originariamente adquirido. En lo que respecta a la naturaleza del acto (segundo criterio), el material puede ser vendido como material de propagación, o como materia prima o alimento. De la combinación de estos dos criterios, pues, resultan cuatro supuestos cuyo tratamiento legal presenta marcadas diferencias:

a) comercialización, como materia prima o alimento, del material originariamente adquirido;

b) comercialización, como materia prima o alimento, del material resultante del cultivo del material originariamente adquirido;

c) comercialización, como material de reproducción, del material originariamente adquirido; y

d) comercialización, como material de reproducción, del material resultante del cultivo del material originariamente adquirido.

De los cuatro casos enumerados, sólo el supuesto b) está expresamente regulado por la LSCF. Partiendo de la base de que el titular del derecho de obtentor cuenta, entre otras, con la facultad de comercializar en forma exclusiva el material de reproducción perteneciente a la variedad, podría inferirse que la realización de los supuestos previstos en c) y en d) está prohibida. La cuestión es, sin embargo, más compleja, y no se presta a soluciones genéricas, por lo que conviene analizarla más detenidamente.

Tres de los supuestos enumerados son de sencilla resolución. El supuesto b) está expresamente previsto en el art. 27 de la LSCF: el adquirente se encuentra autorizado para vender -mejor, comercializar- como materia prima o alimento el material resultante del cultivo del material originariamente adquirido; se trata, pues, de un acto lícito. El supuesto a) -la venta, como materia prima o alimento, del material originariamente adquirido- carece de una regulación legal expresa, pero su licitud puede ser sencillamente justificada mediante el argumento *a maiore ad minus*. En efecto: si el adquirente se encuentra facultado para comercializar el material resultante del cultivo del material originariamente adquirido, con mayor razón lo está para comercializar, también como materia prima o alimento, el material originariamente adquirido. Ciertamente, el caso se contempla sólo como hipótesis, pero difícilmente pueda llegar a verificarse en la realidad, ya que sería completamente antieconómico, para el productor agrícola, incurrir en este tipo de prácticas. Pero esto no impide afirmar que, a pesar de lo restrictivo que es el texto del art. 27 de la LSCF, se trata de un acto lícito. El caso descrito en d) -la venta, como material de reproducción, del material resultante del cultivo del material originariamente adquirido- resulta, a todas luces, prohibido. No existe una norma que expresamente lo autorice, y se trata de un típico acto cuya realización se encuentra reservada, en forma exclusiva, al titular del derecho intelectual: la comercialización del material de reproducción perteneciente a la variedad protegida. Ciertamente, este principio no se desdibuja por el hecho de que el material del cual deriva el que se pretende comercializar haya sido adquirido lícitamente¹⁹². Sólo queda por analizar, entonces, el supuesto previsto en c), es decir, la comercialización, como material de reproducción, del material originariamente adquirido, que será tratado a continuación.

El art. 27, al regular el agotamiento del derecho, establece que “No lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar quien entrega a cualquier título semilla del mismo mediando autorización del propietario... o vende como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de tal creación fitogenética”. Se advierte un alarmante vacío en lo que respecta a la reventa del material de reproducción que ha sido objeto de la primera venta, en cuanto tal, es decir, como material de propagación. ¿Se trata, realmente, de un vacío, de un *lapsus* del legislador, o debe interpretarse como un caso de “silencio elocuente”, del cual cabe inferir que el derecho intelectual no se ha agotado respecto de este tipo de reventa? El problema reside, entonces, en que el agotamiento del

derecho sólo está contemplado parcialmente. En efecto, la norma reconoce que, como consecuencia del agotamiento del derecho intelectual, el obtentor no puede impedir que el producto obtenido a partir del cultivo del material adquirido se venda como materia prima o alimento ¹⁹³, pero no hace alusión alguna a la posibilidad del adquirente de comercializar, como material de propagación, el mismo material que ha adquirido. Frente a este panorama normativo, se presentan dos opciones interpretativas: a) apegarse al texto de la ley, entendiendo que la ausencia de una restricción a los poderes del titular del derecho intelectual respecto de este tipo de actos implica que puede prohibirlos; y b) superar ese nivel literal de interpretación, considerando que el adquirente se encuentra facultado, asimismo, para disponer de cualquier forma del material adquirido legítimamente, así sea como material de reproducción.

Desde una perspectiva formal, la cuestión se reduce a lo siguiente: o la norma se interpreta a contrario, y se considera que el acto está prohibido, o se la aplica en forma analógica, y se acepta que el acto está permitido y escapa al *ius excluendi* del titular del derecho intelectual. En efecto, el argumento a contrario puede desarrollarse en estos términos: si la norma autoriza al adquirente a disponer del material adquirido sólo como materia prima o alimento, a contrario cabe interpretar que no puede disponer del mismo como material de reproducción. La analogía, en cambio, lleva a la conclusión opuesta: si la norma autoriza al adquirente a disponer del material adquirido como materia prima o alimento, también cabe considerar que el adquirente puede disponer de ese material para venderlo como material de propagación ¹⁹⁴.

Se trata, como se advierte a partir de los resultados interpretativos expuestos, de dos recursos metodológicos contrapuestos ¹⁹⁵, por lo que resulta indispensable, pues, definir cuál es el que debe ser aplicado al caso planteado. Formalmente, se considera que el argumento a contrario es el adecuado cuando, de algún modo, puede advertirse que la ley (o el legislador, si se prefiere) *sólo* ha querido enlazar la consecuencia jurídica al supuesto de hecho expresamente previsto ¹⁹⁶. En el caso, el supuesto de hecho expresamente previsto (supuesto A) es la venta, *como materia prima o alimento*, del material adquirido, previo cultivo del mismo, y la consecuencia jurídica sería que tal acto es lícito. Habría un segundo supuesto de hecho (supuesto B) no previsto: la venta, *como material de propagación*, del material adquirido. La cuestión reside, entonces, en si el acto previsto en el supuesto B es lícito, o si está prohibido. Si se apela a la analogía, la licitud que cubre al supuesto A se extendería al caso previsto en el supuesto B. Ahora bien, para acudir a este último recurso es necesario constatar que la intención del legislador no ha sido enlazar la consecuencia jurídica *sólo* al supuesto de hecho expresamente previsto (es decir, el supuesto A). De lo contrario, resultaría completamente infundado el recurso a la analogía, ya que se estaría contrariando la voluntad del legislador. Ciertamente, esta disyuntiva no puede resolverse a través de los mecanismos de la lógica formal, sino que se trata de dilucidar la teleología legal y la valoración expresada en ella ¹⁹⁷. Aplicando este criterio, parece razonable suponer autorizado el recurso a la analogía. En efecto, de la teleología del régimen del derecho de obtentor se desprende que no ha sido la idea del legislador extender los poderes del titular del derecho intelectual a la segunda venta del material de reproducción. Esta es, por otro, lado, la solución invariablemente prevista en

los demás derechos intelectuales previstos en la legislación argentina, como así también, según se ha visto, el criterio adoptado en la legislación comparada en materia de derecho de obtentor.

En suma, entonces, cabe considerar que, agotado el derecho, el adquirente puede: a) comercializar, como materia prima o alimento, el material obtenido del cultivo del material adquirido (supuesto de hecho expresamente previsto en la ley); b) comercializar, como materia prima o alimento, el material adquirido (supuesto no previsto expresamente en la ley, pero cuya licitud resulta de la aplicación del argumento *a maiore ad minus*); y c) comercializar, como material de reproducción o propagación, el material adquirido (supuesto de hecho no expresamente previsto, pero que se considera lícito por No resulta lícita, en cambio, la comercialización, como material de propagación, del material resultante del cultivo de la semilla originariamente adquirida. En efecto, debe tenerse en cuenta que el material protegido, al ser materia viva, puede ser reproducido o multiplicado. En este caso, es obvio, el titular del derecho de obtentor conserva intactas sus facultades con relación al material obtenido a partir del material original, respecto del cual el derecho se ha agotado ¹⁹⁸. Con relación a la descendencia del material originario no cabe hablar de agotamiento alguno, ya que el material derivado del original no ha sido introducido en el comercio por el obtentor. De lo contrario, debería aceptarse el absurdo de que con la adquisición del material protegido, y previa reproducción del material adquirido, el adquirente podría competir en igualdad de condiciones con el obtentor. Esto, evidentemente, erosionaría por completo el derecho intelectual, desnaturalizándolo e impidiéndole cumplir la finalidad que inspiró su reconocimiento. Circunstancia que no impide, sin embargo, que el adquirente de la semilla cuente con otras facultades respecto del material reproducido, incluso en su calidad de material de propagación. En efecto, en virtud de la excepción del agricultor, el productor agrícola que adquiere lícitamente material de reproducción perteneciente a la variedad protegida tiene el derecho de reservar para uso propio el material de su cosecha. Como puede advertirse, no se trata de una aplicación del agotamiento de los derechos, sino de una excepción autónoma, que cuenta con requisitos propios y opera en un ámbito diverso, y que será tratada a continuación.

10. Excepción del agricultor

10.1. Introducción

La excepción del agricultor ¹⁹⁹ es una restricción al derecho de obtentor, por la cual el productor agrícola puede reservar una parte del material cosechado para destinarlo a la siembra en su propia explotación. Esta excepción se encuentra prevista explícita o implícitamente por la mayoría de la legislación comparada ²⁰⁰. En la legislación argentina interna, este instituto es regulado en el art. 27 de la LSCF, conforme al cual “No lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar... quien reserva y siembra semilla para su

propio uso, o usa o vende como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de tal creación fitogenética”. Asimismo, la excepción está reglamentada en el art. 44 del decr. 2183/91, que prescribe que “No se requerirá la autorización del obtentor de una variedad conforme lo establece el art. 27 de la ley 20.247, cuando un agricultor reserve y use como simiente en su explotación, cualquiera sea el régimen de tenencia de la misma, el producto cosechado como resultado de la siembra en dicho lugar de una variedad protegida”. Finalmente, algunos aspectos del régimen jurídico de esta excepción han sido regulados mediante dos resoluciones: la 35/96 del INASE, y la 52/03 de la SAGPyA.

Para comprender los efectos de esta excepción, resulta conveniente recordar que el titular del derecho de obtentor cuenta, en principio, con la facultad exclusiva de producir, comercializar y entregar a cualquier título el material de reproducción perteneciente a la variedad protegida. Asimismo, el derecho intelectual se agota respecto del material de reproducción que ha sido puesto lícitamente en el comercio, aunque, como regla general, el agotamiento no se extiende al material obtenido a partir del material previamente adquirido. En virtud de esta excepción, el agricultor se encuentra facultado para reproducir el material reservado, como así también para comercializar con posterioridad el producto obtenido a partir de esta última reproducción. Se advierte, entonces, que la excepción del agricultor altera profundamente las reglas generales que rigen los poderes de actuación exclusiva del titular del derecho intelectual, en beneficio del productor agrícola. Conviene, por lo tanto, detenerse a analizar cuál es el fundamento de esta restricción, de la cual nace un derecho subjetivo cuyo titular es el agricultor.

10.2. Fundamento

Se han invocado diversos argumentos para justificar el reconocimiento de la excepción del agricultor. A continuación, se consideran brevemente los tres que han alcanzado mayor difusión.

a) Motivos históricos. Conforme a esta postura, la conducta del agricultor de reservar material de su cosecha para la siembra posterior constituye una costumbre de amplia difusión, de inveterada raigambre histórica ²⁰¹. Desde esta perspectiva, se ha señalado que *“los agricultores seleccionan y guardan las mejores semillas de una buena cosecha para plantarlas de nuevo en la siguiente temporada. Este ciclo de selección, reserva y resiembra de semillas ha venido siguiéndose desde los inicios de la agricultura”* ²⁰². Partiendo de esta incuestionable constatación, puede afirmarse que esta práctica tan difundida reúne los requisitos necesarios, tanto objetivos como subjetivos, para ser calificada como una verdadera costumbre.

Aunque los hechos invocados en este razonamiento son innegables, la conclusión a la que se arriba no es compartible, por dos motivos. En primer lugar, porque han cambiado los hechos que legitimaban esta inveterada práctica. Es cierto que, antes de la profesionalización de las labores de mejoramiento vegetal, eran los propios agricultores quienes se ocupaban de seleccionar y cruzar las variedades vegetales con el objeto de

lograr determinadas características deseadas en la descendencia. En cierto modo, puede afirmarse que eran ellos mismos quienes realizaban la labor fitomejoradora, aun cuando no la asumieran como una labor profesional específica. En este contexto, ninguna objeción podía plantearse al agricultor que decidía guardar parte del material cosechado para destinarlo a una futura siembra. En cierto modo, se trataba de una “tecnología” que él mismo había contribuido a desarrollar. Sin embargo, el panorama actual ha cambiado en forma sensible. Con la profesionalización de la labor de mejoramiento vegetal se ha logrado un incremento notorio en el rendimiento de diversas especies vegetales, lo que ha llevado a que la mayor parte del material de cultivo provenga de empresas especializadas en la materia. Al presente, y desde hace más de un siglo, ya no es el agricultor quien asume la tarea de mejorar el material de cultivo, sino que lo adquiere de aquellos que asumen profesionalmente esta actividad. Ante esta modificación estructural, no resulta tan sencillo justificar la reserva para uso propio por parte del agricultor. Ya no se trata de “su” variedad, sino de la variedad que ha sido desarrollada profesionalmente por un tercero. El otorgamiento de un derecho de obtentor sobre la variedad vegetal a la que pertenece el material reservado así lo reconoce. En suma, con esta primera crítica se pretende destacar que la pretérita costumbre de reservar el material de la cosecha para uso propio no es similar, en su elemento material, a la reserva actual que se pretende justificar, ya que se ha modificado un hecho fundamental: las variedades vegetales, en la actualidad, son fruto de una actividad profesional. Luego, no se puede pretender afirmar que la reserva practicada en la actualidad sea una verdadera costumbre, ya que difiere en su elemento material con respecto a la costumbre anterior.

En segundo lugar, y aun prescindiendo de la diferencia fáctica apuntada, y aceptando en consecuencia que la reserva para uso propio sea una verdadera costumbre, vale recordar que esto no es suficiente para legitimar su práctica, sino que es necesario que la ley permita que tal práctica colectiva se erija en fuente del derecho. Como es sabido, la legislación argentina sólo autoriza la aplicación de la costumbre *secundum legem* y *praeter legem*. Interpretado a contrario, el art. 17 del Código Civil prohíbe la costumbre *contra legem*. Cabe preguntarse qué clase de costumbre es, conforme a este tradicional criterio, la reserva para uso propio. Para responder a este interrogante debe, necesariamente, consultarse a cada ordenamiento jurídico en particular. Para el derecho argentino, y *suponiendo ausente una norma que legitime su actuar*, el agricultor que reservara para uso propio material protegido por un derecho de obtentor infringiría el derecho intelectual en cuestión. Por lo tanto, de no existir una expresa disposición que legitime tal conducta, se trataría de una costumbre *contra legem*. Por cierto, en el caso de la legislación argentina, la excepción ha sido objeto de expreso reconocimiento. Parece, entonces, que esta primera vía argumental resulta insuficiente para fundamentar el reconocimiento legal de la excepción analizada. Lejos de ello, parece que la práctica de reservar material de la cosecha para uso propio necesita de un expreso reconocimiento legal para no constituir una infracción. En suma, la costumbre de reservar material para uso propio no sólo no sirve para fundamentar el reconocimiento legal de la excepción del agricultor, sino que además necesita de este reconocimiento normativo para ser lícita.

b) Motivos prácticos. Desde esta perspectiva, se admite con cierta impotencia que resultaría extremadamente difícil controlar la reserva para uso propio, suponiendo que estuviese prohibida. Esta constatación conduce, si no a justificar, por lo menos a relativizar el supuesto impacto nocivo respecto de los intereses del obtentor que el reconocimiento de esta excepción apareja ²⁰³. En un marco más general, aunque en la misma orientación iusfilosófica, se ha afirmado que, en materia de derechos intelectuales, si una ley no es susceptible de hacerse respetar, es preferible que no sea dictada ²⁰⁴.

Si bien este razonamiento cuenta con un innegable sustento fáctico, no resulta suficiente como justificación del reconocimiento de la reserva de uso propio. En primer lugar, cabe apuntar una observación de carácter fáctico. Sin negar que, dada la dispersión de los usuarios del material de reproducción de una variedad protegida, el control de la reserva para uso propio no resultaría sencillo, merece destacarse que los desarrollos tecnológicos más recientes están modificando profundamente esta realidad, permitiéndole al obtentor detectar con relativa facilidad en qué casos el material utilizado pertenece a la variedad protegida. Ciertamente, esto no implica negar la dificultad de control que supone la difusión de los usuarios del material protegido, sino, simplemente, destacar que el control no es imposible, y que los avances tecnológicos más recientes lo favorecen en algunos aspectos ²⁰⁵. En segundo lugar, puede oponerse a esta fundamentación de la excepción del agricultor un argumento de carácter iusfilosófico: la difusión de una conducta ilícita no parece motivo suficiente para justificar su legitimación por el ordenamiento jurídico. En todo caso, este fenómeno debe operar como un aliciente para identificar y aplicar aquellos mecanismos que eviten la proliferación de la infracción.

c) Motivos de interés público. Conforme a esta postura, se entiende que resulta de interés público alentar, promover y proteger la actividad de los agricultores mediante este recorte a los derechos intelectuales que pueden limitar su desempeño ²⁰⁶. Así, en el Reglamento 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, se fundamenta la excepción en este sentido, al establecerse en los considerandos que "... el ejercicio de los derechos conferidos por la protección comunitaria de obtención vegetal debe supeditarse a restricciones previstas en disposiciones adoptadas en interés público... la protección de la producción agrícola responde a dicho interés público; que a tal fin, debe autorizarse a los agricultores a utilizar el producto de su cosecha para la siembra, y ello bajo ciertas condiciones...". Más adelante, y ya en el texto del articulado del reglamento, en el art. 14.1 se aclara que la excepción del agricultor es reconocida "... con objeto de salvaguardar la producción agrícola".

Esta justificación resulta, en principio, compartible. Sin embargo, parece oportuno recordar que también se funda en un interés general el derecho de obtentor, al cual el derecho emanado de la excepción del agricultor le impone un importante recorte. El derecho de obtentor se reconoce por el ordenamiento jurídico como un incentivo a la inversión en el área del mejoramiento vegetal, porque se parte de la premisa de que, sin tal mecanismo de promoción, la inversión en el área resultaría inferior a la que sería socialmente deseable, lo que redundaría en una desaceleración del desarrollo tecnológico y, por ende, en una menor productividad en el sector ²⁰⁷. Es evidente, en consecuencia,

que tanto el derecho de obtentor como el derecho del agricultor se fundan en motivos de interés público. Por lo tanto, ambos derechos necesitan compatibilizarse en su ejercicio, de modo de no contrariar ese interés general a cuya satisfacción ambos apuntan. He aquí, pues, el desafío que debe sortear el legislador al regular el derecho del agricultor: reconocerlo de modo tal de no erosionar el derecho intelectual al que busca limitar. Este interés público comprometido en el reconocimiento de la excepción del agricultor condiciona, asimismo, el criterio conforme al cual se ha de interpretar la normativa que le resulta aplicable.

10.3. Sistemas

Según ya se ha señalado, la excepción o derecho del agricultor es reconocida explícita o implícitamente por la mayoría de la legislación comparada y de los convenios internacionales relacionados con la materia. Sin embargo, esta afirmación puede considerarse una simplificación excesiva del panorama internacional. En efecto, es necesario profundizar el régimen de cada país en particular, ya que son notorias las asimetrías que pueden detectarse entre los distintos ordenamientos jurídicos, no pudiendo sintetizarse los modelos existentes en la dicotomía “reconocen / no reconocen la excepción”. Existen legislaciones en las que el reconocimiento es tan amplio e ilimitado que incluso llega a poner en jaque al derecho de obtentor, por lo menos respecto de determinadas especies. En otros casos, en cambio, la excepción está sometida a una serie de requisitos y limitaciones tales que, en definitiva, el régimen resultante termina presentando un mayor parecido con el de aquellos países que no reconocen el privilegio del agricultor que con aquellos que lo admiten en su versión más elástica ²⁰⁸.

No basta, por lo tanto, con reducir el análisis a determinar si la excepción es o no es reconocida por la ley, sino que es necesario profundizar su estudio, determinando con precisión el contenido específico de cada regulación, en particular en lo que respecta a los requisitos y a los límites de la excepción. De la razonabilidad con que estos dos últimos temas estén abordados depende, en gran medida, que el régimen del derecho de obtentor no se transforme en letra muerta, por lo menos en relación a determinadas especies, como así también, en el otro extremo, que el derecho reconocido al agricultor no se transforme en una vana ilusión legislativa.

A los efectos de sistematizar el panorama internacional en la materia, pueden adoptarse diversos criterios de ordenación de las legislaciones que reconocen la excepción del agricultor: a) legitimación; b) especies y variedades a las que la excepción resulta aplicable; c) carácter gratuito u oneroso de la excepción; d) superficie cultivable al amparo de esta excepción; y e) término de expiración del derecho. En lo que respecta al sujeto legitimado, algunas legislaciones otorgan este privilegio a todo agricultor ²⁰⁹, otras sólo al pequeño agricultor (por lo menos, en su modalidad gratuita) ²¹⁰ y, en algunos casos, se requiere que el agricultor sea una persona física ²¹¹. En relación con las especies y variedades a las que resulta aplicable la excepción, en algunos casos la excepción se

reconoce en forma indiscriminada, resultando aplicable a cualquier tipo de variedad, y sin importar la especie a la que pertenezca, mientras que en otros el reconocimiento es más acotado, siendo aplicable el privilegio sólo a determinadas variedades, teniendo en consideración la especie a las que pertenezcan, o alguna otra característica relevante ²¹². Apelando al tercer criterio, se advierte que algunas legislaciones contemplan la excepción en forma gratuita ²¹³, mientras que otras someten su ejercicio, en determinados casos, al pago de una contraprestación ²¹⁴. Dentro de este último grupo, en general, la excepción sólo es gratuita a favor de los pequeños agricultores, y para los restantes sujetos legitimados, se establece una contraprestación equitativa en beneficio del obtentor, que consiste en una regalía reducida que se determina en función de diversos parámetros, que varían de país en país (en general, se llega a fijar una regalía cuyo monto es notablemente inferior al de la regalía ordinaria). En relación con la superficie cultivable al amparo de esta excepción, generalmente no se establece límite alguno. Sin embargo, en la legislación mexicana se restringe la cantidad de material de propagación que el productor agrícola puede reservar, la que no puede exceder de la cantidad necesaria para sembrar una superficie cuyos límites son establecidos por la oficina nacional correspondiente ²¹⁵. En la mayoría de las leyes sobre la materia, la excepción está contemplada sin límite temporal alguno, aunque, como un caso solitario, puede citarse el de Kirguizistán, cuya ley establece que el derecho del agricultor sólo puede ejercerse por dos años desde que se adquirió lícitamente el material de reproducción ²¹⁶.

Analizada conforme a estos parámetros, la regulación de la excepción en la legislación argentina es sumamente amplia. En efecto, el derecho es reconocido a todo agricultor ²¹⁷, sin fijación de límites en cuanto a las especies vegetales a las que resulta aplicable ²¹⁸, no se establece, en caso alguno, la obligación de pagar una contraprestación por el ejercicio del derecho ²¹⁹, no se fijan límites en cuanto a la cantidad de material que se puede reservar, ni se establecen límites temporales para el ejercicio del derecho. Aunque no necesariamente, esta versión hipertrofiada de la excepción del agricultor puede prestarse a todo tipo de abusos, por lo que resulta fundamental establecer un marco que garantice el ejercicio regular del derecho ²²⁰.

10.4. Naturaleza jurídica

La excepción del agricultor puede ser explicada mediante diversas categorías jurídicas, según cuál sea la perspectiva desde la que se la analice. Por sus efectos, la excepción constituye una clara restricción al derecho de obtentor, es decir, establece un límite al derecho intelectual. Analizada en su estructura, la excepción constituye un derecho subjetivo, ya que la norma jurídica le reconoce al agricultor un poder (sembrar el material reservado) para la satisfacción de su interés. Evidentemente, se trata de un derecho patrimonial, dado que su objeto resulta susceptible de apreciación pecuniaria, y a través de él se persigue la satisfacción de un interés económico de su titular. Aceptado que se trata de un derecho patrimonial, resta aún discernir a cuál de las especies de los

derechos patrimoniales pertenece. A este efecto, se hace necesario repasar, previamente, qué impacto produce, respecto de terceros, el reconocimiento de un derecho intelectual.

La existencia de un derecho intelectual impone una restricción a los derechos de toda persona que no sea el titular, prohibiéndose ciertas conductas que, de otro modo, estarían permitidas. Así, se restringe la facultad de trabajar y ejercer industria lícita, ya que se crea un ámbito de actuación exclusiva a favor del titular del derecho intelectual, que no puede ser invadido por los terceros. Desde este punto de vista, la existencia de un derecho intelectual fija un límite a lo que ha dado en llamarse el “derecho a la libertad de acción”, emanado de los arts. 14, 18, 19 y 33 de la Constitución Nacional ²²¹. Actos que, hasta el nacimiento del derecho intelectual, estaban permitidos, pasan al ámbito de lo prohibido.

En lo que se relaciona específicamente con el agricultor, la vigencia de un derecho de obtentor respecto de la semilla que ha adquirido implica un importante recorte a sus facultades como propietario. En principio, y como es tradicionalmente aceptado, el propietario se encuentra facultado para usar, gozar y disponer de la cosa. Para medir el impacto jurídico de la excepción del agricultor, puede resultar oportuno suprimirla hipotéticamente, para analizar en qué situación jurídica se encontraría el agricultor si ésta no existiese. Apelando a este recurso metodológico, se advierte que el agricultor no estaría autorizado para sembrar nuevamente el material cosechado, es decir, sufriría un recorte su facultad de usar la cosa (la semilla), ya que, entre los muchos usos materialmente posibles, quedaría excluida la siembra. Al no poder sembrar la semilla reservada, se perdería la posibilidad de adquirir la propiedad de los frutos, con lo que también se vería afectada, pues, su facultad de goce o disfrute. Y si, a pesar de la prohibición, reservase y sembrase parte del material de la cosecha, no podría luego vender el material cosechado a partir de esta segunda siembra, con lo que se afectaría, en consecuencia, su facultad de disposición.

En suma, se advierte que varias de las facultades integrantes del derecho de dominio del agricultor sobre la semilla adquirida lícitamente se verían recortadas si no existiese la excepción. A partir de esta elemental constatación, resulta más simple determinar la naturaleza de este derecho: en virtud de la excepción, el agricultor “recupera” facultades integrantes de su derecho de dominio, que de otro modo no tendría, en virtud del *ius prohibendi* del obtentor. En efecto, en virtud de la excepción el agricultor se encuentra facultado para sembrar el material reservado, y disponer luego de él como materia prima o alimento. Por lo tanto, las facultades que componen el derecho del agricultor son las mismas facultades integrantes del derecho de propiedad sobre la semilla que han sido “recuperadas” en virtud de la excepción.

10.5. Denominación y criterio de interpretación aplicable

En virtud de la excepción del agricultor, se recorta el ámbito del *ius prohibendi* del titular, quien genéricamente tiene el derecho de explotación exclusiva en cuanto a la producción, comercialización y entrega del material de reproducción perteneciente a la

variedad protegida. Desde este punto de vista, entonces, la figura estudiada constituye una excepción al principio que rige los poderes de actuación del titular del derecho intelectual. Es por esto que, en numerosas legislaciones, se hace referencia a este instituto bajo el nombre de “excepción del agricultor”, “excepción” o “restricción”²²². Pero no es menos cierto que la ley reconoce al agricultor un derecho subjetivo, por el que se encuentra facultado para realizar una serie de actos que, de no ser por la norma que consagra la excepción, le estarían prohibidos. Esto explica que en algunas legislaciones también se haga referencia a la voz “derecho” al aludir a esta excepción²²³, haciéndose alusión al “derecho a guardar semilla”²²⁴, al “derecho del agricultor”²²⁵ o al “derecho a propagar la variedad”²²⁶. Incluso, en alguna legislación se denomina a este derecho como un “privilegio”²²⁷. Por último, en muchos casos la excepción del agricultor está regulada sin hacer referencia a un nombre especial²²⁸.

Se discute en la doctrina acerca del nombre que debe darse a esta figura. Negando que la institución analizada constituya un derecho subjetivo, se ha señalado que “... se trata de una excepción al derecho y no un derecho o privilegio del agricultor”²²⁹. Desde otra perspectiva, se ha observado que “... la figura conocida como ‘privilegio del agricultor’... no es sino una transformación de lo que originaria y esencialmente constituye un derecho del agricultor”²³⁰. Si bien la cuestión, así planteada, puede parecer meramente semántica, lo cierto es que detrás de las diferencias terminológicas se esconden discrepancias en relación al criterio conforme al cual debe ser interpretada esta excepción o derecho. Así, se ha considerado que “se trata de una excepción al derecho... Como tal debe interpretarse, en un sentido restringido”²³¹. Desde la otra vertiente, se entiende que la expresión “excepción del agricultor” es una “... denominación equívoca que predispone a su valoración restrictiva en tanto límite externo a los derechos del propietario...”²³².

En suma, quienes defienden que la norma estudiada consagra una excepción al derecho intelectual, derivan de esta postura que la interpretación de las normas que la regulan deben ser objeto de interpretación restrictiva; por el contrario, este criterio interpretativo es rechazado por quienes afirman que se trata de un verdadero derecho del agricultor. Más allá de sus evidentes discrepancias, ambas posturas comparten un presupuesto metodológico: que si la norma consagra una excepción, debe interpretarse restrictivamente, criterio interpretativo que debe abandonarse, en cambio, si de la norma emana un derecho subjetivo.

Este presupuesto no parece compartible. Sin duda, el punto de partida de la labor interpretativa viene marcado por el criterio literal²³³, conforme al cual las palabras de la norma jurídica deben interpretarse según los usos del lenguaje²³⁴. Como es sabido, el lenguaje jurídico carece de exactitud, razón por la que casi siempre existe un número más o menos grande de posibles significados de la expresión contenida en la norma jurídica. Para determinar cuál de esos posibles significados ha de escogerse, se apela a otros criterios interpretativos: la conexión de significado de la ley (o interpretación sistemática), la intención reguladora, fines e ideas normativas del legislador histórico (también llamada interpretación histórica) y, finalmente, a criterios teleológico-objetivos

(interpretación lógica) ²³⁵. Mediante la aplicación de estos puntos de vista metódicos se arriba, en un proceso que suele prestarse a un amplio margen de indeterminación, al resultado interpretativo que se considera más aceptable. Bien entendido que la interpretación no es un ejemplo de cálculo, sino una actividad creadora del espíritu, ya que en los casos límite, al intérprete siempre le queda un margen de libre enjuiciamiento, dentro del cual son defendibles diferentes resoluciones ²³⁶. En última instancia, se trata de averiguar el sentido normativo de la ley o, si se prefiere, la voluntad del legislador.

De lo expuesto se infiere el sentido de la interpretación restrictiva: simplemente, se trata de contrastar el resultado interpretativo finalmente aceptado con los posibles significados de la norma a partir de un criterio exclusivamente literal. Como se ha señalado, *“si de la comparación de la interpretación literal y de la histórica resulta que la norma significa, según su sentido lingüístico usual, más de lo que la voluntad auténtica de su autor quiso decir, corresponde achicar la norma para adaptarla a esta última (interpretación restrictiva)”* ²³⁷. En suma, la interpretación restrictiva es una especie -junto con la extensiva- de interpretación correctora: a partir de lo que se considera el espíritu o la *ratio* de la ley, se corrigen los términos que ha empleado el legislador para expresarse ²³⁸. En el caso de la interpretación restrictiva, se constata que el legislador ha escogido términos demasiado amplios para expresar la norma, por lo que se hace necesario reducir su sentido literal. Por ejemplo, en el art. 2308 del Código Civil se regula quiénes están obligados, y en qué orden, al pago de los gastos funerarios efectuados por un tercero. Al interpretar esta norma, se sostiene que por “cónyuge” debe entenderse “cónyuge no divorciado”. De los muchos sentidos posibles del término cónyuge, se escoge el más acotado en cuanto a su extensión conceptual. La interpretación restrictiva supone el agregado de una o varias notas al contenido de un concepto, lo que implica una consecuente reducción de su extensión ²³⁹. En el ejemplo citado, al concepto de cónyuge se agrega una nota: que no esté divorciado. El agregado de esta nota enriquece el contenido del concepto, y reduce en consecuencia su extensión: la norma ya no resulta aplicable al cónyuge divorciado ²⁴⁰.

La determinación de cuándo una norma debe ser objeto de interpretación estricta depende de diversos factores; básicamente, de la aplicación de los criterios usuales de interpretación que complementan al literal. En particular, suele afirmarse que las normas excepcionales son de interpretación restrictiva, idea que no resulta plenamente compatible. Primeramente, porque, como se ha observado, resulta problemático determinar cuándo una norma o disposición es excepcional ²⁴¹. Al respecto, puede apelarse a un criterio formal o a un criterio sustancial. Como se verá a continuación, ninguno de los dos criterios fundamenta, en rigor, la aplicación de un criterio restrictivo de interpretación.

Conforme al criterio formal, una disposición se considera excepcional cuando impone una restricción a lo dispuesto en otra disposición. No parece que, por esta simple circunstancia, pueda justificarse una interpretación restrictiva. Tómese, por ejemplo, el caso del art. 513 del Código Civil. En la disposición citada se establece: “El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor...”.

Formalmente, esta norma supone una restricción a lo establecido en el art. 505 del mismo Código, conforme al cual el acreedor se encuentra facultado para exigir el cumplimiento de la obligación o, en defecto de cumplimiento, las indemnizaciones correspondientes ²⁴². Ciertamente, esta relación formal entre las dos disposiciones no autoriza a interpretar restrictivamente al art. 513. Lo mismo cabe observar respecto de la excepción del agricultor: el hecho de que constituya una limitación a los poderes que, genéricamente, tiene el obtentor, no autoriza a considerar que deba ser interpretada restrictivamente.

Apelando a un criterio sustancial, una norma es excepcional cuando se advierte que la voluntad de la ley (o del legislador, para los intérpretes subjetivistas) es que la norma se aplique a un ámbito acotado de supuestos, es decir, que sea de interpretación restrictiva. Con lo cual, el razonamiento se hace circular; no es que primeramente se determina el carácter excepcional de la norma, y de esto se desprende que es de interpretación restrictiva, sino que el mismo acto de constatación de la excepcionalidad de una norma presupone que se la considera de interpretación restrictiva.

No se advierte relación alguna entre la cuestión semántica y la hermenéutica apuntadas. Es perfectamente posible que una norma que consagra un derecho subjetivo sea interpretada restrictivamente ²⁴³; asimismo, puede que una norma que consagra una limitación a un derecho se interprete extensivamente. De hecho, los derechos intelectuales suponen, en general, una restricción al derecho de comerciar y ejercer industria lícita, que cuenta con rango constitucional, sin que por esta razón se haya propugnado su interpretación restrictiva. En definitiva, el criterio conforme al cual una norma debe ser interpretada, en cuanto a su restricción o amplitud, no depende de si consagra o no un derecho subjetivo.

La aplicación de los criterios tradicionalmente aceptados conduce, en lo que se refiere específicamente a la excepción o derecho del agricultor, a propugnar en algunos casos una interpretación restrictiva, y en otros a una interpretación extensiva. Así, y conforme se verá *infra*, N° 10.6.1.2, se arriba a una interpretación restrictiva cuando, sobre la base de la teleología del régimen, se interpreta que sólo pueden ser beneficiarios de esta excepción los agricultores. Por otro lado, la norma es objeto de una interpretación extensiva cuando se analizan las facultades del agricultor, y se considera implícitamente aceptada la facultad de acondicionar y almacenar el material reservado a través de terceros ²⁴⁴. Despojada de su pretendida trascendencia hermenéutica, la cuestión semántica se ve reducida a lo que realmente es: una mera discrepancia en torno al significado de un puñado de términos. Planteada la cuestión a este nivel, resulta bastante claro que el art. 27 de la LSCF establece una restricción o “excepción” al derecho de obtentor, que supone para el agricultor el reconocimiento de un “derecho subjetivo”.

Calificar como excepción a esta verdadera restricción al derecho intelectual del obtentor no resulta chocante con la terminología utilizada por el legislador argentino. Así, por ejemplo, en el art. 41 de la ley de patentes, se atribuye al Instituto Nacional de la Propiedad Industrial la facultad de restringir una patente, si concurren determinadas circunstancias. En efecto, la norma establece que el citado organismo “... podrá establecer excepciones limitadas a los derechos conferidos por una patente”, a lo que debe agregarse que es el único artículo incluido en el Capítulo 6 del Título 2 de la ley 24.481, denominado

“Excepciones a los derechos conferidos”. Claramente, entonces, el uso de la expresión “excepción del agricultor” resulta armónico con el lenguaje utilizado por el legislador argentino. Asimismo, el significado atribuido al término resulta compatible con la segunda acepción prevista en el *Diccionario de la Academia*: “cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie”. En definitiva, las facultades reconocidas al agricultor constituyen una importante excepción al principio rector del régimen del derecho de obtentor, conforme al cual resulta prohibida la reproducción, comercialización y entrega del material de reproducción de la variedad sin la autorización del titular del derecho intelectual. Frente a esto, se ha objetado que “la ley no utiliza la denominación, ni lo hace el decreto reglamentario n. 2183/91 en su art. 44. La designación aparece solamente en la Res. 35/96 del Instituto Nacional de Semillas...”²⁴⁵. Sin embargo, debe apuntarse que del hecho de que el legislador no utilice un determinado término para designar un instituto jurídico no se desprende que la doctrina no pueda hacerlo. Al respecto, son innumerables los casos de términos que no han sido utilizados por el legislador, pero que sí han sido receptados por la doctrina y la jurisprudencia para referirse precisamente a los supuestos que el legislador regula, o a las consecuencias jurídicas que les atribuye: “derecho subjetivo”, “responsabilidad objetiva”, “revisión del contrato” o “revisión contractual”, “inmisiones”, “acto jurídico familiar”, “estirpe”, etc. Más específicamente, en ninguna oportunidad la LSCF utiliza la expresión “derecho de obtentor”, lo que no ha sido obstáculo para su uso generalizado por la doctrina²⁴⁶. A esto puede agregarse que, de ser correcto, el argumento resultaría igualmente válido para impedir el uso de la expresión “derecho del agricultor” o para calificar como “derecho” al poder reconocido en el art. 27 al agricultor, ya que esta norma no utiliza ninguna de las dos expresiones. En suma, no parece que el no uso de una expresión por parte del legislador -en este caso, de la expresión “excepción del agricultor”- sea un obstáculo para su uso por la doctrina y la jurisprudencia.

También se ha objetado el uso de la expresión “derecho del agricultor”, y parece que tampoco esta impugnación es afortunada. Como es sabido, y se estudia ya en las materias introductorias a la carrera de derecho, existe -y, particularmente, ha existido- una difundida disputa doctrinaria en torno a la naturaleza jurídica del derecho subjetivo, lo que, lógicamente, ha impactado en las definiciones que se han elaborado. Aunque el análisis de esta cuestión no es competencia de este trabajo, merece señalarse que muchas de las diferencias referidas a la misma presentan un acusado matiz semántico. Con todo, en la actualidad tienden a predominar las posiciones eclécticas, que reconocen que el derecho subjetivo es un poder otorgado por una norma jurídica para la satisfacción de un interés de su titular. Si se acepta esta acepción del término, es innegable que el art. 27 de la LSCF reconoce al agricultor un verdadero derecho subjetivo. A la misma conclusión se arriba si se utiliza el sentido del término conforme a la décima acepción del *Diccionario de la Academia*, conforme a la cual “derecho” significa “*facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella*”.

La institución estudiada también es conocida como “privilegio del agricultor”. Esta tercera forma de denominar al derecho de agricultor no resulta desafortunada, ya que,

conforme a la primera acepción del *Diccionario de la Academia*, “privilegio” significa “exención de una obligación o ventaja exclusiva o especial que goza alguien por concesión de un superior o por determinada circunstancia propia”. En definitiva, en virtud de la excepción del agricultor, su beneficiario se halla exento del *ius prohibendi* del obtentor, lo que resulta, para él, una ventaja.

En suma, las tres denominaciones son aceptables, en la medida que reflejan, conforme al sentido jurídico de los términos utilizados, e incluso conforme a los usos generales del lenguaje, distintos aspectos del fenómeno estudiado. La expresión “derecho del agricultor” resulta apropiada para referirse a la naturaleza jurídica del poder que el art. 27 de la LSCF reconoce al agricultor. Por otro lado, las expresiones “excepción del agricultor” y “privilegio del agricultor” reflejan adecuadamente el impacto que el derecho subjetivo reconocido produce sobre el derecho intelectual del obtentor.

Con respecto a la supuesta trascendencia que estas denominaciones pueden presentar con relación al criterio de interpretación aplicable a la excepción o derecho del agricultor, la misma debe descartarse por completo. La interpretación restrictiva o extensiva del art. 27 de la LSCF depende de diversos factores -fundamentalmente, de la teleología del régimen- entre los que no se cuenta, precisamente, el nombre escogido por la doctrina para bautizar la institución estudiada.

10.6. Requisitos

10.6.1. Requisitos de la LSCF

El estudio de las condiciones que dan nacimiento a esta excepción resulta relevante, no sólo a los efectos de precisar los derechos de los productores agrícolas, sino también para garantizar la efectiva vigencia del derecho de obtentor, ya que en más de una oportunidad se ha invocado falsamente la excepción del agricultor para burlar los legítimos derechos intelectuales del obtentor sobre su variedad. En efecto, uno de los factores que conspira contra la observancia de los derechos intelectuales es la previsión de excepciones vagas o difusas²⁴⁷. La imprecisión en torno a lo prohibido y lo permitido favorece que cualquier conducta en infracción al *ius prohibendi* del titular del derecho intelectual pueda ampararse dentro de los límites borrosos de una excepción insuficientemente delimitada. En lo que respecta a los intereses del agricultor, la previsión exacta de las condiciones que deben cumplirse para adquirir y ejercer el derecho que lleva su nombre le permite conocer los requisitos a los que debe ajustarse para actuar conforme a derecho, como así también enjuiciar en qué casos las exigencias del titular del derecho intelectual sobrepasan las previstas por la legislación vigente y son, por ende, inválidas.

En suma, resulta claro que el establecimiento de un régimen transparente en cuanto a los requisitos de la excepción del agricultor es de interés tanto para el titular del derecho intelectual como para el agricultor que pretende actuar lícitamente, ejerciendo su

derecho en la medida y en los casos legalmente aceptados. A continuación, se analizarán los requisitos de la excepción, que son los siguientes:

a) Existencia de un derecho de obtentor vigente.

b) Requisito subjetivo: sólo puede ser titular de este derecho quien es agricultor.

c) Requisitos objetivos: i) material reservado de la cosecha de una explotación del agricultor; ii) adquisición legítima del material originario; y iii) siembra en una explotación del agricultor.

En caso de controversia, será el agricultor que invoca la excepción quien deberá probar la concurrencia de los requisitos, ya que se trata de una restricción al alcance general del derecho del obtentor.

10.6.1.1. Presupuesto: existencia de un derecho de obtentor vigente

La excepción del agricultor reduce el ámbito de las conductas que resultan prohibidas en virtud del reconocimiento de un derecho de obtentor sobre una variedad vegetal determinada. La vigencia de un derecho de obtentor sobre la variedad en cuestión es, por ende, el presupuesto lógico de la excepción, ya que carece de sentido predicar la existencia de una restricción que limita un derecho inexistente. El material perteneciente a una variedad vegetal no protegida por un derecho de obtentor -sea porque éste nunca existió, sea porque se ha extinguido- puede ser utilizado y dispuesto por su propietario sin limitación alguna.

10.6.1.2. Requisito subjetivo

Como se ha señalado, este instituto es conocido indistintamente bajo diversas denominaciones, v.gr., “excepción del agricultor”, “derecho del agricultor”, “privilegio del agricultor”, las que, más allá de sus diferencias, coinciden en su referencia subjetiva: el agricultor. Se sobreentiende, pues, que se trata de un beneficio a favor del agricultor. Sin embargo, en el art. 27 de la LSCF no se hace referencia alguna a la profesión del beneficiario o titular del derecho. Con mayor amplitud, la norma establece que “no lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar... quien reserva y siembra semilla para su propio uso, o usa o vende como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de tal creación fitogenética”. Conforme a la norma citada, entonces, el beneficiario de esta excepción es “quien reserva y siembra semilla para su propio uso”²⁴⁸. Sí se hace referencia explícita al agricultor en el art. 44 del decr. 2183/91, que prescribe que “no se requerirá la autorización del obtentor de una variedad conforme lo establece el art. 27 de la ley 20.247, cuando un agricultor reserve y use como simiente en su explotación, cualquiera sea el régimen de tenencia de la misma, el producto cosechado como resultado de la siembra en dicho lugar de una variedad protegida”. En su dimensión subjetiva, la norma reglamentaria es, en apariencia, más restrictiva que la legal. Con todo, se trata de una mera apariencia. De la teleología del régimen del derecho de obtentor surge que este beneficio sólo ha sido reconocido pensando en el agricultor. De lo contrario, debería aceptarse que todo aquel que adquiere semilla, aunque no fuese agricultor, estaría en

condiciones de reservarla para sí, interpretación que, evidentemente, desbarataría por completo el sistema de incentivos al desarrollo tecnológico que a través del régimen del derecho de obtentor se pretende establecer. Por otro lado, la referencia del art. 27 al uso propio refuerza esta interpretación. Así, la diferencia entre la ley y el decreto queda, en este punto, salvada, y por ende la validez de las disposiciones de este último.

En consecuencia, se descarta la posibilidad de que otros sujetos que no sean agricultores -v.gr., acopiadores, acondicionadores, procesadores, etc.- puedan invocar el beneficio que esta excepción importa²⁴⁹. La configuración de este requisito ha merecido la crítica de algún sector de la doctrina, que considera que la cuestión ha sido regulada en forma demasiado estricta, y que postula una reforma a los efectos de incluir como posible beneficiario de la excepción también al productor pecuario²⁵⁰.

En el marco del régimen del derecho de obtentor, la noción de agricultor debe interpretarse de manera amplia, entendiendo por tal, conforme la tendencia imperante en la legislación comparada, todo aquel que explote realmente y por cuenta propia una o varias explotaciones agrícolas, haciendo de ello su profesión habitual²⁵¹.

En la generalidad de la legislación comparada, este beneficio se otorga a favor del agricultor, granjero o productor agrícola²⁵². Con todo, esta afirmación vale sólo como marco general, ya que entre las distintas leyes existen diferencias profundas en cuanto a los requisitos subjetivos de la excepción. En efecto, mientras algunas leyes, entre las que se cuenta la LSCF, otorgan el derecho de reserva indiscriminadamente a todo aquel que sea agricultor²⁵³, en otras legislaciones se distingue entre el agricultor y el pequeño agricultor, siendo sólo este último quien puede aprovechar gratuitamente la excepción²⁵⁴. En este último grupo de legislaciones, aquellos que no son considerados pequeños agricultores deben abonar una remuneración al obtentor, cuya determinación se efectúa a través de diversos criterios²⁵⁵. Finalmente, existe un tercer grupo de países que sólo admiten como beneficiarios de la excepción a las personas físicas²⁵⁶.

10.6.1.3. Requisitos objetivos

10.6.1.3.1. Reserva de la cosecha de una explotación propia

Conforme al art. 27 de la LSCF, no lesiona el derecho de obtentor quien “reserva” y siembra semilla para su propio uso. Según dispone el Diccionario de la Academia, “reservar” significa “guardar algo para lo futuro”. Y, en su quinta acepción, “guardar” significa “conservar o retener algo”. Esto implica que el derecho del agricultor sólo puede ser ejercido respecto que un material que él ya tiene de antemano, y que justamente por ello puede reservar. De todos modos, la norma legal no hace referencia al origen de ese material reservado, a diferencia del decreto reglamentario, que establece: “no se requerirá la autorización del obtentor de una variedad conforme lo establece el art. 27 de la ley 20.247, cuando un agricultor reserve y use como simiente en su explotación, cualquiera sea el régimen de tenencia de la misma, *el producto cosechado como resultado de la siembra en dicho lugar de una variedad protegida*”²⁵⁷. Así, el reglamento precisa lo que en la ley permanece indeterminado, aunque respetando plenamente la intención

reguladora del legislador: sólo puede ejercerse el derecho del agricultor respecto del producto cosechado como resultado de la siembra en una explotación del agricultor²⁵⁸. En la legislación comparada, esta exigencia se encuentra presente en la generalidad de las normas que reconocen la excepción del agricultor²⁵⁹.

En consecuencia, no puede invocarse el derecho del agricultor cuando el material de reproducción ha sido obtenido por un medio distinto al señalado (v.gr., compra, permuta, donación, etc.)²⁶⁰. En particular, no resulta lícito el uso del material reservado por un tercero, ya sea que su transferencia sea gratuita u onerosa²⁶¹. Al respecto, cabe adelantar que la excepción del agricultor no autoriza a su beneficiario a disponer del material reservado como material de reproducción, ni en forma gratuita ni onerosa²⁶².

Siendo que el material reservado debe provenir de la cosecha de una explotación del agricultor, es necesario precisar qué se entiende por “explotación”. El término no ha sido definido en el decr. 2183/91, y ni siquiera aludido -como sustantivo, que es lo que aquí importa- en la LSCF. Con todo, el decr. 2183/91 señala que es irrelevante cuál sea el régimen de tenencia de la explotación. Se trata, por ende, de una cosa, ya que de lo contrario no tendría sentido aludir a su tenencia. Se trata, además, de un inmueble destinado a la explotación agrícola, ya que se supone que el material se reserva del producto de la cosecha obtenida en él. En consecuencia, puede afirmarse que la definición contenida en la resolución INASE 35/96 es coherente con las prescripciones que emanan de la ley y el decreto. Conforme al art. 2º de la resolución referida, por “explotación” debe entenderse “... los distintos predios de un mismo titular cualquiera sea su régimen de tenencia”. En definitiva, es todo predio que el agricultor explota cultivando vegetales en virtud de un derecho real o personal. En el mismo sentido se ha interpretado esta voz en la legislación española, conforme a la cual se define a la explotación como “... toda explotación o parte de ella que el agricultor explote realmente cultivando vegetales, tanto si es de su propiedad como si la administra bajo su responsabilidad y por cuenta propia, en particular en el caso de los arrendamientos”²⁶³.

10.6.1.3.2. Adquisición legítima del material originario

Como presupuesto del requisito anterior, se entiende que el material reservado debe provenir de un material adquirido lícitamente por el agricultor. Es decir que la semilla de la cual proviene el producto que se pretende reservar debe haber sido adquirido lícitamente por el agricultor. Si bien este requisito no surge en forma explícita de las normas que regulan la excepción en la LSCF y en el decr. 2183/91, la solución propuesta se extrae sin dificultad apelando a un criterio sistemático de interpretación, dado que el obtentor tiene facultades exclusivas en cuanto a la reproducción, comercialización y entrega del material protegido. En consecuencia, no resulta infundada la exigencia de la resolución INASE 35/96, que se expide en este sentido sobre la cuestión²⁶⁴. Asimismo, este requisito también se encuentra explicitado por numerosas leyes extranjeras²⁶⁵. En principio, la adquisición lícita del material original puede provenir de tres situaciones: a) el material de reproducción fue adquirido por el agricultor del obtentor o de un tercero autorizado para comercializarlo; b) el agricultor adquirió material respecto del cual se

había agotado el derecho intelectual ²⁶⁶; c) el material fue sembrado al amparo de la excepción del agricultor. En el tercero de estos casos, en última instancia, en alguna oportunidad el agricultor debe haber adquirido el material conforme a alguno de los supuestos descriptos en a) y en b). En consecuencia, el agricultor carece de derecho de reserva respecto del material derivado de una adquisición ilegítima y en infracción al régimen del derecho de obtentor.

Un curioso caso planteado en Canadá se vincula directamente con el requisito analizado ²⁶⁷. Percy Schiemer, un granjero Saskatchewan, Canadá, fue demandado por Monsanto por guardarse semillas pertenecientes a una variedad vegetal protegida por un derecho intelectual del cual era titular la referida multinacional. En su defensa, el granjero señaló que su campo se vio invadido por el polen de los cultivos de los predios vecinos, y que lo único que hizo fue reservar semilla derivada de ese material invasor, que jamás compró a Monsanto. Desde la perspectiva de la empresa semillera, se trató de una reserva no autorizada, ya que el material original no fue legítimamente adquirido, de resultas de lo cual pretendió el resarcimiento correspondiente por la infracción a su derecho intelectual. Desde la perspectiva de Schiemer, Monsanto debía indemnizarlo por contaminación biológica. Analizado el caso a partir del derecho vigente en la Argentina, y tomando como reales los hechos señalados, parece que: a) podría encontrar sustento el reclamo indemnizatorio del granjero, si se cumplen todos los presupuestos de la responsabilidad civil; y b) la reserva efectuada por el granjero sería ilícita, ya que no se habría dado cumplimiento al requisito objetivo que se analiza en este punto.

10.6.1.3.3. Siembra en una explotación del agricultor

Conforme a este requisito objetivo, explícitamente exigido en numerosas legislaciones extranjeras ²⁶⁸, el material reservado sólo puede ser destinado a la siembra en una explotación del propio agricultor. Por lo tanto, es la intención del agricultor lo que determina la licitud o ilicitud de su conducta ²⁶⁹. Dos son los componentes de este requisito: a) el material reservado sólo puede ser destinado a la siembra; y b) tal siembra sólo puede ser realizada en una explotación del agricultor.

a) Es importante destacar que el derecho del obtentor no se ha agotado respecto del material reservado ²⁷⁰. Simplemente, en virtud de la excepción, el agricultor se encuentra facultado para sembrarlo. Y, por supuesto, para comercializar, como materia prima o alimento, el material obtenido a partir de la siembra efectuada al amparo de la excepción. Justamente porque el derecho de obtentor no se ha agotado, el agricultor no está autorizado por la ley para comercializar el material reservado como material de reproducción. Esta prohibición alcanza también a una modalidad especial de intercambio, que cobró cierta popularidad en las costumbres locales: el contrato atípico por el cual el productor entrega semilla al acopiador, a cambio de los servicios de acondicionamiento y depósito que este último le presta ²⁷¹. En suma, resulta prohibida toda utilización del material reservado distinta a la siembra.

b) Como se ha señalado, la siembra autorizada sólo puede realizarse en una explotación del agricultor. Este aspecto del requisito analizado no aparece con claridad en

la LSCF, que se limita a señalar, en el art. 27, que no viola el derecho de obtentor quien reserva y siembra semilla para su propio uso, sin puntualizar el lugar autorizado para la siembra. La cuestión sí es abordada, en cambio, en el decr. 2183/91, que considera lícito que “... un agricultor reserve y use como simiente *en su explotación*... el producto cosechado como resultado de la siembra en dicho lugar de una variedad protegida”²⁷². Con todo, la exigencia reglamentaria se encuentra implícita en el texto del art. 27 de la LSCF, y refleja fielmente su espíritu. Sin embargo, en un aspecto el decreto se ha desbordado en la reglamentación de la ley, ya que, literalmente interpretado, parece exigir que el material sea sembrado en el mismo predio donde fue sembrado el material original del cual proviene. En efecto, la ley autoriza al agricultor a reservar y usar “... como simiente en su explotación... el producto cosechado como resultado de la siembra *en dicho lugar* de una variedad protegida”²⁷³. El “lugar dicho” en el cual debe sembrarse al amparo de esta excepción no es otro, según el decreto, que aquel donde el producto reservado fue cosechado. Esta exigencia adicional carece de base legal, y resulta irrazonable. Por lo tanto, es suficiente con que el agricultor siembre la semilla reservada en una explotación propia, aunque no se trate de aquella en la que se cosechó el material reservado. En efecto, no cabe descartar que un agricultor, siendo titular de varias explotaciones, pueda destinar, como material de siembra de una de ellas, el material de reproducción obtenido de la cosecha de otra. Implícitamente, la resolución 35/96 acepta el criterio interpretativo propuesto, ya que regula el traslado de la semilla reservada de una a otra explotación del mismo agricultor²⁷⁴.

Parece, por lo tanto, que no es necesario que la semilla reservada permanezca en el predio donde fue cosechada, pudiendo ser trasladada a otro predio del agricultor (sea para conservarla, sea para sembrarla) o incluso ser entregada a un tercero (acopiador, depositario, acondicionador) a los efectos de su conservación hasta que se considere oportuno aplicarla al destino señalado²⁷⁵. En síntesis: el destino de la semilla reservada debe ser la siembra por el agricultor en su propia explotación y para su propio uso²⁷⁶.

10.6.2. Requisitos no exigidos por la LSCF

Del régimen de la LSCF no surgen otros requisitos para la excepción del agricultor que los ya enumerados. Por cierto, el ejercicio del derecho del agricultor no debe ser abusivo, lo cual implica respetar ciertos límites elementales, cuya transgresión supone una afectación ilegítima de los intereses del obtentor y, por ende, una infracción a su derecho intelectual²⁷⁷, pero esto de ningún modo supone admitir el agregado de nuevas exigencias, carentes de base legal. A continuación, se consideran cuatro exigencias inexistentes en el régimen de la LSCF, algunas de las cuales han sido recogidas en legislaciones foráneas, cuyo tratamiento resulta importante a los efectos de determinar la validez de aquellas normas reglamentarias de la LSCF que hayan introducido alguna restricción adicional en forma subrepticia.

10.6.2.1. Autorización del titular del derecho de obtentor

Aunque pueda resultar obvio, es necesario remarcar que el ejercicio del derecho del agricultor no está supeditado a la autorización del obtentor. En efecto, ninguna referencia de la ley autoriza semejante exigencia adicional. Lamentablemente, esta consideración elemental no ha sido debidamente atendida, en apariencia, por la Resolución INASE 35/96, cuyos arts. 3 y 6 aluden explícitamente a la autorización del obtentor como requisito para ejercer el derecho del agricultor. Como acertadamente se ha observado, “... mientras el agricultor haya realizado la reserva de semilla para sembrar en la propia explotación, la situación escapa a las atribuciones prohibitivas del obtentor en todo el complejo de operaciones necesarias para cumplir la finalidad...”²⁷⁸.

En consecuencia, toda norma jerárquicamente inferior a la LSCF, como es el caso de la resolución citada, carece de validez si adiciona esta exigencia que la misma ley no prevé. Este factor debe tomarse en consideración al interpretar el sentido de la resolución cuestionada, ya que, de ser sostenibles a partir de su texto varias interpretaciones, debe preferirse aquella que preserva su validez. En particular, parece que este último recurso es posible, ya que el art. 12 permite considerar que el supuesto pedido de autorización al obtentor no es más que, en el fondo, una simple notificación del ejercicio del derecho del agricultor. Al respecto, ver *infra*, N° 10.6.2.1.

10.6.2.2. Pago

La LSCF no exige al agricultor ningún tipo de pago por el ejercicio de su derecho, siguiendo así un criterio que es receptado por numerosas leyes extranjeras²⁷⁹. Sin embargo, también encuentra amplia aceptación en la legislación comparada un criterio diverso, en virtud del cual la excepción sólo es gratuita para los pequeños agricultores o granjeros, siendo onerosa para los restantes²⁸⁰.

Dentro de esta última tendencia, los criterios que determinan la condición de pequeño agricultor varían: productores cuya explotación agrícola es igual o menor de 200 hectáreas²⁸¹; delegación de la cuestión en un Ministerio²⁸² o en la reglamentación²⁸³; granjero cuya propiedad no excede de una determinada superficie (1, 2 o 10 hectáreas), según la especie a la que pertenezca la variedad cultivada²⁸⁴; granjeros que cultiven una superficie inferior a aquella necesaria para alcanzar determinada cantidad de producción, que se establecerá por la reglamentación, en función de la especie sembrada²⁸⁵. En general, en aquellos casos en que la excepción es onerosa, las normas establecen un procedimiento en el que se privilegia que sean las mismas partes -obtentor y agricultor- quienes pacten las condiciones de ejercicio del derecho²⁸⁶. En defecto de acuerdo, particularmente en lo que respecta al precio de las regalías a pagar por el agricultor, se determina que será el órgano estatal competente el encargado de zanjar la diferencia²⁸⁷. En este último caso, suele fijarse de antemano en la ley el criterio conforme al cual el organismo deberá fijar el precio, indicándose que la regalía fijada debe ser considerablemente inferior a la fijada para las licencias de esa variedad en esa misma zona²⁸⁸.

Queda claro, pues, que la ley no exige pago alguno por el ejercicio del derecho del agricultor. Se discute si es posible que este derecho, previsto gratuitamente en la ley, se pacte como oneroso en un contrato entre el agricultor y el obtentor. Al respecto, ver *infra*, N° 10.11.

10.6.2.3. Limitación en cuanto a las especies

En la legislación argentina, la excepción del agricultor es aplicable a cualquier variedad vegetal que sea objeto de un derecho de obtentor vigente, sin importar la especie a la que pertenezca, ni el tipo de variedad de que se trate. Si bien este grado de apertura no es exótico a nivel comparado, son numerosas las leyes extranjeras que fijan algún tipo de limitación al derecho del agricultor, en función de determinadas características que puede presentar la variedad vegetal ²⁸⁹. Así en algunos países la ley autoriza al órgano estatal competente a excluir, mediante un reglamento, a ciertos taxones del ejercicio de la excepción del agricultor ²⁹⁰. En otros casos, a la inversa, se delega en el órgano estatal la determinación de las especies a las que sí resultará aplicable la excepción ²⁹¹. En otras oportunidades, es la misma ley la que establece a qué especies o tipos de variedades se aplica o no la excepción del agricultor. Así, algunas normas incluyen una lista en la que se enumeran las especies afectadas por la excepción del agricultor ²⁹², otras excluyen a las especies frutícolas, ornamentales y forestales ²⁹³. Finalmente, algunas leyes excluyen del ámbito de la excepción a las variedades híbridas ²⁹⁴, o a las variedades híbridas y a las sintéticas ²⁹⁵.

Esta previsión irrestricta que hace la ley argentina de la excepción del agricultor puede prestarse, en determinados supuestos, a la realización de maniobras abusivas. Al respecto, ver *infra*, N° 10.10.

10.6.2.4. Limitación en cuanto a la cantidad de material reservado

No existe límite alguno a la cantidad de material que puede ser reservado por el agricultor, en la medida que éste sólo sea destinado a la siembra en su explotación. Si bien esta, en general, es la tendencia en la legislación comparada, en la legislación mexicana se restringe la cantidad de material de propagación que el productor agrícola puede reservar, la que no puede exceder de la cantidad necesaria para sembrar una superficie cuyos límites son establecidos por la oficina nacional correspondiente ²⁹⁶.

La ausencia de límites explícitos en este aspecto no puede justificar el ejercicio abusivo del derecho de agricultor. Al respecto, ver *infra*, N° 10.10.

10.6.2.5. Limitación temporal

La legislación argentina no fija un límite temporal al derecho de reserva del agricultor, lo que significa que, al amparo de esta excepción, el agricultor puede continuar con el ciclo de reserva y siembra indefinidamente. En general, esta es la tendencia que se advierte en la legislación comparada, aunque, como un caso solitario, puede mencionarse

el de Kirguizistán, cuya ley establece que el derecho del agricultor sólo puede ejercerse por dos años desde que se adquirió lícitamente el material de reproducción ²⁹⁷.

10.7. Deberes de información

No es ningún secreto que la infracción al derecho de obtentor alcanza, en Argentina, niveles exorbitantes. Tomando como base los datos contenidos en los considerandos de la Resolución 52/03 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos (SAGPyA), la demanda de semilla de soja fiscalizada cubre menos del veinte por ciento de la superficie cultivada, y, en el caso del trigo, la cantidad asciende a sólo el veinticinco por ciento. Ciertamente, esto no significa que el ochenta o el setenta y cinco por ciento restante sea semilla en infracción, ya que también la hay que proviene del ejercicio del derecho de agricultor. En efecto, jurídicamente sólo existen dos explicaciones posibles con relación a la semilla que no ha sido adquirida del obtentor, o de un tercero autorizado: o se trata de semilla en infracción, o se trata de semilla que se siembra y utiliza en virtud de la excepción del agricultor. En consecuencia, es necesario precisar en cuál de las categorías se encuadra cada caso que se presenta, a cuyo efecto resulta fundamental la existencia de un aceitado canal de información, que le permita al obtentor detectar en qué casos se está reservando semilla lícitamente, y en qué casos se está vulnerando su derecho.

Lamentablemente, la ley carece de una disposición que regule esta problemática, así sea sólo en grandes líneas. La cuestión ha sido abordada por dos resoluciones: la 35/96 del INASE, y la 52/03 de la SAGPyA. En particular, la validez de la primera ha sido cuestionada en algunos aspectos, habiéndose señalado que se extralimita en la reglamentación de la LSCF. Con respecto a la segunda de las normas citadas, ver infra, N° 10.12.

En lo que respecta a la Resolución 35/96, se establece una serie de cargas y formalidades que deben ser cumplidas por el agricultor, al ejercitar el derecho emanado de la excepción. En términos generales, mediante la resolución se pretende precisar las condiciones conforme a las cuales se debe acreditar la reserva de semilla bajo de la excepción del agricultor, con la finalidad de facilitar al obtentor el control de la observancia de su derecho intelectual y, en consecuencia, la detección de eventuales infracciones. A este efecto, la resolución exige el cumplimiento de un conjunto de actos y formalidades, con la finalidad de garantizar la identidad del producto que se va a someter a tratamiento, y del producto resultante de dicho procesamiento ²⁹⁸. Dado que el agricultor sólo tiene derecho a utilizar el material que cosechó, y no otro tanto de la misma especie y calidad, es adecuado exigir el cumplimiento de determinados actos que permitan acreditar dicha identidad ²⁹⁹. En cierto sentido, y a los efectos de la excepción, ese material se ha tornado no fungible.

Los actos y formalidades prescriptos por la resolución 35/96 varían según los supuestos de hecho regulados. En concreto, la norma reglamentaria contempla tres

supuestos, en función del lugar y de las condiciones en que es efectuada la reserva: a) semilla reservada en el mismo predio donde se la obtuvo; b) semilla reservada que es trasladada a otro predio del agricultor; y c) semilla que es entregada a un tercero para su reserva. Según se señaló, la citada resolución varía las exigencias formales en función de las circunstancias de hecho señaladas, lo que justifica su tratamiento separado.

a) Semilla reservada en el mismo predio donde se la obtuvo.

La reserva de la semilla en el mismo predio del agricultor se ha incrementado en los últimos años, tanto por parte de quienes actúan al amparo de la excepción del agricultor como de quienes infringen el derecho del obtentor. Con relación a los primeros, la difusión de esta práctica se basa en la necesidad de reducir costos, lo que ha generalizado su aplicación en la reserva de material perteneciente a especies autógamias³⁰⁰. En lo que respecta al circuito ilegal de semillas, el almacenamiento en los campos se ha intensificado a los efectos de eludir con mayor facilidad los controles oficiales, calculándose que entre el setenta y cinco y el ochenta por ciento de la semilla en infracción, según se consigna en los considerandos de la citada resolución, "... ya no se encuentra como bolsa blanca (semilla ilegal) en galpones comerciales para su venta o entrega, sino que está depositada en los campos confundida con el uso propio real que también fue adquiriendo proporciones importantes". Resulta fundamental, entonces, distinguir un caso de otro. En buena medida, el deber de información establecido en la resolución 52/03 apunta a este objeto. Asimismo, la resolución 35/96 exige para este caso la separación e identificación de la semilla reservada. Al respecto, se prescribe que la semilla reservada debe ser individualizada "... por variedad y cantidad, previo a su procesamiento"³⁰¹. Se trata de un requisito de sencillo cumplimiento para el agricultor, por lo cual puede considerarse razonable su exigencia. De esta forma, se evita que todo aquel en cuyo poder se encuentre material en infracción pueda ampararse invocando falsamente la cobertura de la excepción del agricultor.

b) Semilla que es trasladada a otro predio del agricultor.

Esta categoría abarca todo supuesto en el cual la semilla reservada es transportada de una explotación a otra del mismo titular. Este traslado puede efectuarse al solo efecto de acondicionar el material en el predio de destino o, incluso, a los efectos de sembrarlo en dicho predio. Conforme se ha visto *supra*, N° 10.6.1.3.3, no es necesario que el material reservado se utilice exactamente en el mismo predio en el que se sembró el material original: mientras se trate de predios que pertenecen al mismo agricultor, la cuestión carece de relevancia. Para estos casos, la Resolución 35/96 -inspirada en la finalidad de proteger con la mayor eficacia los derechos de los obtentores- agrega ciertos recaudos de carácter formal, que pueden dividirse en dos categorías: separación e identificación del material; y tenencia de documentación respaldatoria.

Con respecto a la separación e identificación del material, establece el art. 1 inc. f) que, en estos casos, la semilla "... deberá mantenerse separada del grano, conservando su identidad e individualidad desde el momento en que es retirada del predio por el agricultor y mantenida dicha identidad durante toda la etapa de procesamiento, acondicionamiento y depósito hasta el momento de su siembra en el predio del

agricultor”. En el artículo siguiente, la Resolución agrega que el traslado debe “estar amparado por la documentación pertinente (carta de porte, remito, guía, etc.)”, debiendo constar en dicha documentación una serie de datos básicos (nombre del agricultor, predio de origen y predio de destino, vol. de la semilla y variedad, fechas de envío y de arribo de la semilla).

Se trata de exigencias que pueden considerarse razonables, por dos motivos. En primer lugar, porque de lo contrario cualquier semilla en infracción que se encuentre en tránsito podría escudarse bajo la protección de una ficta excepción del agricultor. En segundo lugar, porque se trata de exigencias de sencillo cumplimiento para aquel que realmente está reservando material para uso propio.

c) Semilla que es entregada a un tercero para su reserva.

En este tercer supuesto, el agricultor no reserva la semilla en su explotación, sino que la entrega a un tercero -v.g., un acopiador- a los efectos de su conservación y acondicionamiento. Estrictamente, la ley no contempla esta posibilidad, pero tampoco la prohíbe. Apelando a un criterio teleológico, es razonable considerar que, si la ley reconoció al agricultor el derecho de reserva para uso propio, este reconocimiento se extiende a la posibilidad de acondicionar el material a través de un tercero ³⁰². Los recaudos formales que establece la resolución 35/96 para este supuesto pueden ser agrupados en tres categorías: c.i) solicitud de “autorización” al titular de la variedad; c.ii) entrega de documentación al procesador o depositario; y c.iii) rotulación especial de la semilla reservada.

c.i) Solicitud de “autorización” al titular de la variedad.

Establece el art. 3 de la Resolución 35/96 que el agricultor “... deberá con antelación suficiente al retiro de la semilla de su predio, solicitar la autorización al propietario de la variedad por un medio fehaciente...”. De este modo, al reglamentar la excepción del agricultor se establece que es necesario solicitar “autorización al propietario de la variedad”. Recibida la solicitud, el obtentor cuenta con un plazo de 30 días hábiles para aceptarla o rechazarla, vencido el cual se considera concedida la autorización ³⁰³. Se trata de un supuesto de manifestación de la voluntad presumida por la ley, conforme al art. 920 del Código Civil.

Es conveniente analizar la naturaleza de esta pretendida autorización, ya que de esto depende la constitucionalidad de la norma analizada. Según el criterio que se adopte, puede arribarse a dos resultados interpretativos claramente diferenciados. Una primera alternativa pasa por privilegiar el criterio literal: expresamente, la norma citada requiere la autorización del obtentor. Conforme al Diccionario de la Academia, por “autorización” se entiende, en su acepción jurídica, el “acto de una autoridad por el cual se permite a alguien una actuación en otro caso prohibida”. Si bien este resultado interpretativo es el que mejor se ajusta al sentido de los términos utilizados por la norma, presenta un severo inconveniente: implica la invalidez de la norma analizada, ya que es evidente que se ha excedido con relación a lo prescripto en la ley que pretende reglamentar. Dado que ningún artículo de la LSCF exige la autorización del obtentor con relación a la excepción

del agricultor, no corresponde que tal exigencia se introduzca a través de una norma reglamentaria.

Existe, sin embargo, una alternativa a la interpretación anterior, que permite salvar la validez de la Resolución 35/96. Apelando a un criterio sistemático, se advierte que, más allá de los términos utilizados, lo único que la resolución requiere para legitimar el ejercicio de la excepción del agricultor es la *solicitud* de la autorización, y no su *otorgamiento* por parte del obtentor. En efecto, en el art. 6 se establece que, en caso de denegatoria, basta con entregar al procesador o depositario de la semilla el pedido de autorización respectivo, dato a partir del cual cabe concluir que no se trata, propiamente, de una autorización. O no, por lo menos, en el sentido usual del término, conforme al cual es utilizado en la ley 20.247³⁰⁴, en el decr. 2183/91³⁰⁵ o en los tratados y normas internacionales que regulan la materia. Cabe recordar que en estos cuerpos legales, la técnica de protección del derecho consiste en someter a autorización cierta categoría de actos, que se encuentran sometidos al *ius prohibendi* del obtentor titular del derecho. Actos que, de no contar con dicha autorización, resultan prohibidos y contrarios a derecho, exponiendo a quien los realiza a las sanciones correspondientes. El obtentor puede o no otorgar su conformidad, y en caso de hacerlo, puede someterla a las condiciones que desee. Conforme al Diccionario de la Real Academia, “autorizar” significa “dar o reconocer a alguien facultad o derecho para hacer algo” (primera acepción), como así también “permitir” (quinta acepción). Evidentemente, no es ésta la autorización que debe solicitar el agricultor que reserva semilla para uso propio. Las diferencias son notorias, pudiendo destacarse las siguientes:

- cuando el agricultor reserva la semilla no realiza un acto prohibido, sino que ejercita un derecho;

- el obtentor no es libre de rechazar la solicitud, que debe ser necesariamente aceptada si concurren los requisitos legales³⁰⁶;

- el obtentor no puede supeditar el otorgamiento de su autorización a ningún tipo de condiciones, como no sea el exacto cumplimiento de los requisitos a que está sometido el ejercicio de la excepción; y

- aunque el obtentor rechace la solicitud, el agricultor puede reservar la semilla para uso propio si concurren los requisitos de la excepción. En este caso, lejos de estar realizando un acto prohibido, estará ejercitando un derecho.

Si bien, como ya se ha señalado, la LSCF no se pronuncia explícitamente sobre la cuestión, los términos conforme a los cuales reconoce la excepción permiten inferir que no es necesaria la autorización del obtentor. En efecto, se establece que “No lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar... quien reserva y siembra semilla para su propio uso, o usa o vende como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de tal creación fitogenética”³⁰⁷. Es claro que si con esta conducta no se lesiona el derecho del obtentor, carece de sentido requerir su autorización. En este sentido, más explícito es el decr. 2183/91, en cuyo art. 44 se declara que “No se requerirá la autorización del obtentor de una variedad conforme lo establece el art. 27 de la ley 20.247, cuando un agricultor reserve y use como simiente en su explotación, cualquiera sea el régimen de tenencia de

la misma, el producto cosechado como resultado de la siembra en dicho lugar de una variedad protegida”.

De las dos interpretaciones expuestas, parece preferible la segunda (por la que se entiende que no es necesaria la autorización). En efecto, la primera interpretación (conforme a la cual se considera necesaria la autorización del obtentor) conspira contra el espíritu y el sentido más elemental de la excepción que se pretende reglamentar, y el añadido de un requisito carente de base legal conduciría a la invalidez de la norma³⁰⁸. De ser una norma susceptible de dos interpretaciones diversas, debe preferirse aquella que salva su validez, criterio que justifica la preferencia por la segunda de las interpretaciones referidas.

A esto cabe agregar que, por lo general, el pequeño productor agrícola carece de la infraestructura necesaria para almacenar dentro de su propio predio la semilla reservada. De requerirse la autorización del obtentor para sacarla del predio, a los efectos de su almacenamiento por un tercero, se le estaría adicionando una exigencia que no debe afrontar quien sí cuenta con la estructura necesaria para efectuar el almacenamiento en su propia explotación. Impensadamente, entonces, se estaría planteando un trato discriminatorio en perjuicio del pequeño productor agrícola, lo que aportaría un argumento adicional en contra de la validez y constitucionalidad de la norma analizada.

En consecuencia, cabe considerar que la entrega a un tercero del material reservado para su depósito y acondicionamiento es un acto que escapa al ámbito del *ius prohibendi* del titular del derecho intelectual, libremente ejecutable -si se cumplen las condiciones legales- por quien resulta legitimado³⁰⁹. Resulta desafortunado el uso del término “autorización” por parte de la Resolución 35/96, máxime en una materia donde ya cuenta con un significado preciso. Más bien, parece tratarse de una notificación al obtentor, al solo efecto de ponerlo en conocimiento de la reserva para uso propio, y permitirle verificar la concurrencia de los requisitos legales que la justifican. Tan claro resulta que no se trata de una autorización en sentido propio que la misma Resolución 35/96 -art. 12- prevé la posibilidad, ante el rechazo de la solicitud por parte del obtentor, de que el agricultor solicitante presente, ante el organismo de aplicación, documentación e información tendiente a acreditar la procedencia de la excepción. Con todo, esta presentación no tiene otro valor que brindar la posibilidad al agricultor de acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos para ejercer el derecho, y su comprobación por parte de la oficina pública³¹⁰. Si bien el citado artículo contempla la posibilidad de que la oficina nacional emita una resolución, en el caso de que persista la controversia entre el agricultor y el obtentor será el Poder Judicial el que deberá determinar si concurren los requisitos a que se sujeta la excepción.

El art. 3 de la resolución exige que la solicitud se curse “con antelación suficiente”. No se trata, por cierto, de fijar un plazo taxativo, sino simplemente de dar aviso al obtentor con una anticipación razonable para que pueda adoptar las medidas de verificación o control que considere convenientes. Conforme a esta interpretación, parece desafortunada la crítica que se ha destinado a esta norma, al señalar que resulta imposible al productor esperar el transcurso de los 30 días para efectuar la cosecha³¹¹. La crítica no es compartible: la resolución no requiere al productor que espere la

autorización para ejercer su derecho, sino que, simplemente, le exige que curse la solicitud al obtentor con antelación suficiente para que éste pueda controlar -si así lo prefiere- el correcto ejercicio de la excepción invocada ³¹². Por lo tanto, el agricultor no precisa el otorgamiento de la autorización para ejercer su derecho. En lo que hace al plazo de 30 días, su único efecto es que, una vez transcurrido, se interpreta que el obtentor ha otorgado su aprobación, salvo manifestación expresa en contrario. Lejos de perjudicar al agricultor, la fijación de este plazo le beneficia. Con todo, merece destacarse que el efecto que la norma atribuye al silencio del obtentor resulta por demás cuestionable: si la ley no establece el deber de pronunciarse sobre la cuestión, no parece defendible que sí lo haga su norma reglamentaria. En definitiva, la licitud o ilicitud del accionar de quien reserva semilla dependerá de si concurren o no los requisitos relativos a la excepción del agricultor.

c.ii) Entrega de documentación al procesador o depositario.

El agricultor debe entregar al depositario un documento, en el que constarán diversos datos tendientes a acreditar que se trata de material amparado por el privilegio del agricultor, y a facilitar su eventual control ³¹³. El depositario debe dejar constancia en el documento de su recepción, devolviendo la copia al depositante. Debe adjuntarse, además, una copia de la autorización del obtentor, o de la solicitud en caso de su rechazo. El procesador o depositario es responsable de poseer la autorización del obtentor o la solicitud correspondiente. Incluso, el art. 10 de la resolución prescribe que en caso que la solicitud no haya sido cursada por el depositante, el depositario tiene el deber de solicitar la autorización, bajo apercibimiento de las sanciones de la ley 20.247. Esta documentación debe ser conservada por el depositario por un plazo mínimo de 18 meses ³¹⁴.

c.iii) Rotulación especial de la semilla reservada.

Las bolsas o envases en que se conserva la semilla deben estar rotulados con una leyenda que indique que se trata de semilla de uso propio, y con mención expresa de la prohibición de atribuirle un destino distinto (v.g., comercialización), bajo apercibimiento de las sanciones correspondientes ³¹⁵. El acopiador o depositario es el responsable de la correcta rotulación e identificación de la semilla que tiene en su poder ³¹⁶.

10.8. Efectos

La determinación del sentido y alcance de esta excepción ha sido motivo de conflictos permanentes, no sólo en Argentina sino también en los demás países que la reconocen ³¹⁷, hasta el punto que es posible afirmar que la interpretación de esta excepción es, probablemente, uno de los puntos más polémicos del régimen del derecho de obtentor. En consecuencia, resulta conveniente precisar cuáles son las facultades que integran el derecho del agricultor.

Según se ha señalado al analizar la naturaleza jurídica de esta figura, ésta implica una “restricción a las restricciones” que derivan para los terceros por la existencia de un

derecho de obtentor. En particular, el reconocimiento de la excepción le otorga al agricultor que adquiere lícitamente semilla protegida mediante un derecho de obtentor la posibilidad de efectuar una serie de actos que, de lo contrario, le estarían prohibidos. En concreto, el art. 27 de la LSCF establece que “no lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar... quien reserva y siembra semilla para su propio uso, o usa o vende como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de tal creación fitogenética”. Literalmente, pues, la ley alude a las siguientes facultades: a) reservar semilla; b) sembrar la semilla reservada; y c) usar o vender como materia prima o alimento el producto obtenido a partir de la siembra del material reservado. Sin embargo, esta interpretación literal merece ser corregida, tanto extensiva como restrictivamente. En lo que respecta a la reserva, el agricultor no necesita de ninguna autorización legal para hacerlo, ya que, en virtud del agotamiento del derecho, el agricultor se encuentra facultado para, entre otras conductas, reservar el material cosechado. En lo que refiere a la interpretación extensiva, cabe acotar que existe una serie de facultades que se encuentran implícitas en el derecho del agricultor, entre las que vale destacar que el agricultor se encuentra facultado para acondicionar el material, sea por sí o a través de un tercero. Tres son, entonces, las principales facultades que el agricultor adquiere en virtud de esta excepción: a) sembrar el material reservado; b) acondicionarlo, por sí o a través de un tercero; y c) comercializar, como materia prima o alimento, el material cosechado a partir de tal siembra.

En primer lugar, por lo tanto, el agricultor se encuentra facultado para reproducir, sembrar o propagar el material reservado. Se trata de la facultad más elemental de las integrantes del derecho del agricultor, siendo explícitamente reconocida por las leyes extranjeras que regulan la materia ³¹⁸. En efecto, si no fuese por la excepción, el agricultor tendría prohibido sembrar material que no haya adquirido del obtentor o de un tercero autorizado, ya que esto implicaría producir o reproducir el material protegido. En virtud de la excepción, entonces, se legitima esta conducta, que de otro modo estaría sujeta al ejercicio del *ius prohibendi* del titular del derecho de obtentor. Por cierto, la siembra sólo puede ser efectuada en una explotación del agricultor, aunque no es necesario que sea aquella en la que se obtuvo el material.

El agricultor se encuentra facultado, también, para acondicionar y almacenar el material reservado. Esta facultad, explícitamente reconocida en algunas leyes extranjeras ³¹⁹, debe considerarse implícita en el art. 27 de la LSCF, ya que de lo contrario el agricultor se vería impedido de sembrar el material en las condiciones agronómicas adecuadas en la siguiente campaña. Este acondicionamiento puede ser realizado por el propio agricultor, o a través de un tercero que preste este tipo de servicios ³²⁰. En cuanto al lugar, el material puede ser acondicionado y almacenado tanto en la explotación del agricultor como en cualquier otro que se considere preferible ³²¹, sin que en ningún caso sea necesaria la autorización del obtentor. En este sentido, y según ya se ha señalado, la exigencia de autorización prevista en el art. 3 de la Resolución INASE 35/96 es desafortunada, pudiendo el agricultor entregar el material a un tercero para su acondicionamiento o almacenaje sin necesidad de autorización alguna ³²². Por cierto, parece prudente que se adopten medidas que garanticen, apelando a los términos

utilizados en la legislación española, “... la identidad del producto que se va a someter a tratamiento y del producto resultante del procesamiento”³²³, pero de aquí a requerir la autorización del obtentor existe un verdadero abismo, siendo evidente que el medio (la necesidad de autorización) es completamente desproporcionado con relación al fin (garantizar la identidad del material sometido a la excepción). Lo razonable sería, al respecto, establecer un detallado deber de información del agricultor para con el obtentor, en la medida necesaria para el cumplimiento de la finalidad apuntada., política adoptada en numerosas normas extranjeras³²⁴.

Asimismo, el agricultor se encuentra facultado para comercializar, como materia prima o alimento, el material cosechado a partir de la siembra de la semilla reservada³²⁵. Sin esta posibilidad de comercialización ulterior, es claro, el derecho de reserva carecería completamente de sentido. En particular, si se tiene presente que el material no puede ser comercializado como material de propagación o reproducción.

Dado que la ley no establece limitación alguna, este proceder puede ser repetido indefinidamente. Sin embargo, conspiran o pueden conspirar contra la perpetuación de esta práctica dos motivos: uno, biológico; el otro, económico. Biológicamente, la posibilidad de reincidir en esta práctica en forma indefinida, a partir de un material “original”, depende de las características de la variedad vegetal a la que pertenece el material protegido, en lo que respecta a su estabilidad. Y aun suponiendo que el material sea estable, también resultan relevantes las condiciones en las cuales se lo acondiciona y almacena. En suma, la potencial degradación de la descendencia puede llegar a constituir un límite a la perpetuación de esta práctica y puede hacer necesaria, por ende, la adquisición de nuevo material. Desde lo económico, puede suceder que se lance al mercado una nueva variedad vegetal que, por sus ventajas comparativas con aquella otra a la que pertenece el material reservado, justifique su adquisición, aun cuando sea onerosa. Este escenario no resulta improbable, dado el intenso desarrollo que ha alcanzado la actividad fitomejoradora en la actualidad. En suma, el análisis relativo a la repetición de la práctica de reservar material para uso propio no puede formularse en abstracto, sino en relación con cada variedad en particular, ya que depende de factores puntuales que no se prestan a un análisis generalizado: modo de reproducción de la variedad, estabilidad de la misma, lanzamiento al mercado de nuevas variedades, calidad del acondicionamiento, etc.

Según se ha visto *supra*, N° 10.6.1.2, el titular del derecho de obtentor es el único autorizado para comercializar el material protegido. De no ser por la excepción, por ende, la comercialización del material constituiría una infracción al derecho intelectual por el que se protege la nueva variedad vegetal. Ciertamente, el material sólo puede ser comercializado, en los términos de la ley, “como materia prima o alimento”. En suma, el agricultor no puede comercializar la semilla como material de reproducción, ya que esto implicaría realizar actos en competencia con el titular del derecho de obtentor, por ende, una infracción.

El agricultor que ejercita el derecho emanado de esta excepción, por lo general, realiza las siguientes conductas: reserva el material, lo siembra, lo cosecha y, finalmente, comercializa el material obtenido. De no existir la excepción, resulta fácil advertirlo, el

agricultor incurriría, al actuar de este modo, en una serie de infracciones al derecho de obtentor. En efecto: primero produce, reproduce o multiplica el material protegido, luego lo comercializa (v.gr., lo vende), y, finalmente, lo entrega ³²⁶. Queda claro, pues, el efecto jurídico de la excepción del agricultor: legitima una serie de conductas que, de lo contrario, constituirían una clara infracción al derecho de obtentor.

10.9. La excepción del agricultor y el agotamiento del derecho

Como se ha señalado *supra*, N° 9, el titular del derecho de obtentor no puede ejercer el *ius prohibendi* respecto del material que ya ha sido lícitamente comercializado, si se satisfacen los requisitos establecidos para el agotamiento del derecho. En efecto, la comercialización y circulación subsiguiente de ese material escapa al control del titular del derecho de obtentor, quien no puede pretender derecho alguno respecto de los actos jurídicos que en adelante lo tengan por objeto. Al respecto, se afirma que el derecho del titular se ha consumido o agotado con la “primera venta”.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el material protegido, al ser materia viva, puede ser reproducido o multiplicado. En este caso, en principio, el titular del derecho de obtentor conserva intactas sus facultades con relación al material obtenido a partir del material original, respecto del cual el derecho se ha agotado ³²⁷. Con relación a la descendencia del material originario no cabe hablar de agotamiento alguno, ya que el material derivado del original no ha sido introducido en el comercio por el obtentor. De lo contrario, debería aceptarse el absurdo de que con la adquisición del material protegido el adquirente podría competir en igualdad de condiciones con el obtentor, lo que erosionaría por completo el régimen del derecho de obtentor, desnaturalizándolo e impidiéndole cumplir la finalidad que inspiró su reconocimiento.

Como puede advertirse, la excepción del agricultor constituye una importante restricción con respecto a lo afirmado en el párrafo precedente. En virtud de la misma, el agricultor que adquiere lícitamente material de reproducción perteneciente a la variedad protegida tiene el derecho de reservar para uso propio el material de su cosecha. En virtud de esta excepción, los poderes del obtentor también se ven fuertemente recortados respecto del material reservado. Estrictamente, este material reservado no ha sido puesto lícitamente en el comercio por el obtentor, sino que ha sido producido por el agricultor. De no ser por la excepción, claramente se trataría de una conducta ilícita.

Sin embargo, no cabe equiparar la situación jurídica del material respecto del cual se ha agotado el derecho del obtentor con la de aquel material que se ha reservado en virtud de la excepción del agricultor. En el primer caso, los poderes del titular respecto del material en cuestión se han extinguido casi por completo. Es por esto que ese material puede ser comercializado incluso como material de reproducción. La única prohibición subsistente es que ese material no puede ser reproducido, ya que, como se ha señalado, el agotamiento producido respecto de un material no se extiende al material derivado de él. En el caso de la excepción del agricultor, en cambio, la situación es muy distinta.

Ciertamente, los poderes del obtentor respecto del material reservado se ven fuertemente restringidos: no puede impedir que el material se siembre, y que luego se comercialice el producto de la cosecha. Sin embargo, su derecho no se ha agotado, como lo prueba el hecho de que ese material reservado no puede ser comercializado como material de propagación. En suma, al material reservado al amparo de la excepción del agricultor puede dársele un único destino: siembra en la propia explotación del agricultor³²⁸.

De lo expuesto se desprende que la excepción del agricultor y el agotamiento del derecho son dos instituciones que, si bien comparten la característica de ser restricciones al derecho de obtentor, presentan aspectos marcadamente diversos, tanto en lo que se refiere a sus requisitos como a sus efectos. Ciertamente, las dos restricciones pueden operar en forma complementaria, y es común que esto suceda. Supóngase el caso de un agricultor que adquiere una bolsa de semillas perteneciente a una variedad protegida. Respecto de ese material adquirido, el derecho del obtentor se ha agotado. Y respecto del material derivado, si bien no cabe hablar de agotamiento alguno, puede ser sembrado y posteriormente comercializado (como materia prima o alimento) al amparo de la excepción del agricultor.

10.10. La excepción del agricultor y el abuso del derecho

Según se ha observado al analizar el panorama internacional, la regulación argentina de la excepción del agricultor es sumamente permisiva, en beneficio del agricultor. En este sentido, se advierte que:

a) Casi no existen restricciones subjetivas: todo agricultor se encuentra beneficiado por esta excepción. Lo anterior contrasta con lo dispuesto en otras legislaciones, en las que se reserva este derecho, por lo menos en su versión gratuita, para los pequeños agricultores, o para los agricultores que sean personas físicas³²⁹.

b) No se fijan límites en cuanto a las especies vegetales a las que resulta aplicable la excepción, lo que contrasta con la postura adoptada por numerosas legislaciones extranjeras, que reducen el ámbito de aplicación de la excepción a determinadas especies vegetales, y a determinados tipos de variedades³³⁰.

c) La excepción está prevista en forma gratuita, lo que diferencia a la legislación argentina de aquellas otras en las que, por lo menos en lo que se refiere a quienes no son pequeños agricultores, se la reconoce con carácter oneroso³³¹.

d) Mientras el material reservado se destine a siembra en una explotación del agricultor, no tiene importancia si se trata de la misma explotación en la que el material original fue sembrado y, por ende, en la que se cosechó el material posteriormente reservado, o de una explotación distinta.

e) No existen límites jurídicos en cuanto a la posibilidad de repetir indefinidamente el proceso de reserva-siembra-cosecha³³². En general, esta es la tendencia en la legislación comparada, aunque como una excepción puede citarse el caso de Kirguizistán, que limita el ejercicio del derecho a un plazo máximo de dos años³³³.

f) No existen límites en cuanto a la superficie que puede sembrarse al amparo de esta excepción, a diferencia de aquellas leyes que prohíben que la cantidad de material reservado exceda de la cantidad necesaria para sembrar determinada superficie máxima

334

Esta versión lata de la excepción del agricultor puede prestarse a todo tipo de abusos, por lo que resulta fundamental establecer un marco que garantice el ejercicio regular del derecho. Se hace necesario, pues, fijar un criterio que permita distinguir el ejercicio regular del derecho del agricultor respecto de su abuso.

La LSCF no contiene una norma específica que permita resolver la cuestión, ni es necesario que lo haga, dada disposición prevista en el art. 1071 del Código Civil, que prohíbe genéricamente el ejercicio abusivo de los derechos subjetivos. En efecto, se establece en el citado artículo: “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 considerará tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. La ley establece una serie de parámetros, necesariamente generales, que permiten discernir en qué casos se incurre en un ejercicio abusivo: a) contradicción con los fines tenidos en mira por la ley al reconocer el derecho; y b) exceso de los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Sin perjuicio de otras posibles aplicaciones de la norma analizada con relación al derecho del agricultor, parece que es el primero de los parámetros enunciados el que puede ser aplicado con mayor provecho a la situación planteada.

Estrictamente, la LSCF no explicita cuáles han sido los fines perseguidos al reconocer el derecho del agricultor: no se hace referencia alguna a la cuestión en la nota de elevación, ni mucho menos en el articulado de la ley. La cuestión ya ha sido analizada *supra*, N° 10.2, al considerar los fundamentos de la excepción del agricultor. En buena medida, la postura que se adopte respecto del fundamento de este instituto determina cuáles son los límites cuya transgresión transforma en abusivo el ejercicio del derecho. Según se ha justificado, parece que la postura más aceptable es aquella que entiende que la excepción ha sido reconocida porque resulta de interés público alentar, promover y proteger la actividad de los agricultores mediante este recorte a los derechos intelectuales que pueden limitar su desempeño. Sin embargo, parece oportuno recordar que también se funda en un interés general el derecho de obtentor, que viene a ser restringido por la excepción ahora analizada. En efecto, el derecho de obtentor se reconoce por el ordenamiento jurídico como un incentivo a la inversión en el área del mejoramiento vegetal. Se parte de la premisa de que, sin tal mecanismo de promoción, la inversión en el área resultaría inferior a la que sería socialmente deseable, lo que redundaría en una desaceleración del desarrollo tecnológico y, por ende, en una menor productividad en el sector, con el consecuente perjuicio que esto acarrearía no sólo para los obtentores de variedades, sino también para los agricultores, usuarios por excelencia de la tecnología que se pretende amparar mediante el derecho de obtentor³³⁵.

Es necesario, pues, armonizar ambos derechos en cuanto a su ejercicio, de modo de no contrariar ese interés general a cuya satisfacción ambos apuntan. Si bien no se

encuentran referencias explícitas del legislador en cuanto a los fines que han inspirado el reconocimiento del derecho de agricultor, sí es posible reconocer cuáles fines han sido explícitamente rechazados. El legislador ha sido elocuente en cuanto a que el derecho de obtentor se reconoce para incentivar la actividad del sector fitomejorador. Así lo expresa en la nota de elevación, y así se desprende de la regulación prevista en el cuerpo de la ley³³⁶. Luego, parece sensato rescatar la teleología del régimen como una línea demarcatoria del ejercicio regular del derecho del agricultor: no es aceptable que al amparo de la excepción del agricultor se erosione el derecho de obtentor, neutralizando así el efecto-incentivo que el sistema pretende lograr. Sin duda, se trata de un parámetro muy general, pero, en todo caso, rescatable para aquellos supuestos extremos en los que bajo la cobertura formal de la excepción se incurre en prácticas que vulneran severamente el interés del obtentor de una variedad protegida.

De lo expuesto no debe inferirse que, so pretexto de proteger el desarrollo tecnológico, se desfigure el derecho del agricultor, tal como ha sido regulado por el legislador argentino. En este sentido, y aunque el criterio pueda no resultar enteramente compartible, el legislador ha sido claro, y ha regulado la excepción del agricultor con una amplitud excepcional, aunque no solitaria en la legislación comparada. En concreto, esto significa que:

a) No pueden adicionarse restricciones subjetivas, ya que la ley ha sido clara al otorgar este beneficio a todo agricultor, sin importar las dimensiones o la importancia económica de su explotación, ni la clase de persona (física o jurídica) de que se trate.

b) No se puede excluir ninguna especie vegetal del ámbito de la excepción, por muy chocante que esto pueda resultar en determinados supuestos. Si la aplicación indiscriminada de este instituto se considera nociva, la vía para corregir el desacierto es mediante una reforma legislativa, y no a través de una interpretación retorcida, apartada de los criterios tradicionalmente aceptados en el derecho.

c) Mientras no se reforme la ley actual, el privilegio del agricultor es gratuito, en todos los casos. Una cuestión especial se plantea con relación a la posibilidad de disponer contractualmente esta materia, y será considerada *infra*, N° 10.11.

d) Carece de fundamento legal la exigencia de que el material reservado sea sembrado en el mismo predio en el cual fue sembrado el material original, como lo hace el decr. 2183/91. Si la ley no distingue, ni en su letra ni en su espíritu, tampoco debe hacerlo el intérprete.

e) No es posible introducir restricciones en cuanto a la posibilidad de repetir indefinidamente el proceso de reserva-siembra-cosecha. En lo que respecta a la posibilidad de disponer contractualmente la cuestión, ver *infra*, N° 10.11.

f) Definitivamente, no es posible sujetar a la autorización del obtentor el ejercicio del derecho del agricultor. Partiendo de esta premisa, cabe calificar como desafortunada la redacción de la resolución INASE 35/96, por la que se pretende, aparentemente, sujetar el ejercicio del derecho del agricultor, en determinados supuestos, a la autorización del titular del derecho intelectual. Con todo, ya se ha considerado *supra*, N° 10.7, que es posible efectuar una interpretación teleológica que, entendiendo que lo que se requiere es

una notificación del agricultor, y no una autorización del obtentor, salva la cuestionable validez de la resolución referida.

Cuándo el ejercicio del derecho es irregular o abusivo es una cuestión que sólo puede determinarse en cada caso particular. El criterio rector ya ha sido referido: cuando mediante el ejercicio del derecho del agricultor se erosiona injustificadamente el derecho de obtentor que recae sobre la variedad a la que pertenece el material reservado. Particularmente, y sin que esto excluya otros posibles supuestos abusivos, parece que esto es lo que ocurre cuando, al amparo de esta excepción, se siembra una superficie notablemente mayor que aquella que pudo ser sembrada con el material originariamente adquirido. Debe existir una proporción, una razonable relación, entre la cantidad de semilla adquirida originariamente y la superficie que se siembre con la reserva del producto de la cosecha de aquella. La idea básica de esta excepción es liberar al agricultor de tener que adquirir el material de siembra cada campaña, reduciendo así sus costos, y no, en cambio, permitirle transformarse en una improvisada factoría que, mediante una modesta adquisición de material de reproducción, pueda luego sembrar gratuitamente superficies mucho más extensas que aquella que era cultivable con la adquisición original³³⁷. Parece, pues, que en este caso se desnaturaliza el sentido de este derecho, poniendo el poder que el mismo otorga al servicio de una finalidad manifiestamente extralegal, que, a no dudarlo, carcome el valor económico del derecho de obtentor afectado³³⁸. De verificarse el caso planteado, el agricultor estará ejerciendo abusivamente su derecho, ya que concurrirían todos los requisitos que el art. 1071 del Código Civil exige para su declaración:

a) Actuación bajo la cobertura formal de un derecho subjetivo. El agricultor -abutente- estaría ejerciendo un derecho externamente legal. Los actos de reservar la semilla y sembrarla en su explotación constituyen, en lo formal, actos de ejecución de un derecho: el que surge de la excepción del agricultor. Se trataría de una conducta aparentemente permitida por el art. 27 de la ley 20.247.

b) Actuación abusiva. La desmedida reserva realizada por el agricultor contrariaría manifiestamente los fines que la ley tuvo al reconocer la excepción, según ya se demostrado.

c) Daño para el obtentor. Esta burla al derecho del obtentor le ocasionaría un evidente perjuicio, ya que -bajo la apariencia del ejercicio de un derecho- el agricultor aprovecharía gratuitamente la tecnología desarrollada por el obtentor. El agricultor se beneficia utilizando una semilla por la que, de otro modo, debería pagar, y el obtentor se vería perjudicado, ya que no percibiría beneficio alguno por la utilización de su semilla por parte del agricultor³³⁹.

d) Nexo causal entre la actuación abusiva y el daño al obtentor. Este cuarto requisito surge con toda evidencia, por lo cual resulta innecesario detenerse en su análisis.

En caso de ejercicio abusivo de la excepción, el obtentor se encuentra facultado para: a) exigir que se prohíba o que cese la actuación abusiva; y b) reclamar un resarcimiento por el daño sufrido.

10.11. La regalía extendida

En los últimos años, la semilla perteneciente a determinadas variedades vegetales se ha comercializado mediante el sistema de la llamada “regalía extendida”. Mediante una cláusula contractual, el agricultor se compromete a pagar una suma de dinero al obtentor en caso de reservar para la siembra semilla derivada del material adquirido. Como era previsible, esta modalidad de comercialización ha provocado gran revuelo, como lo han reflejado los medios de comunicación masiva. Incluso, las principales organizaciones de productores agrícolas han manifestado su repudio por la difusión de esta práctica comercial. Destacando los efectos perjudiciales que acarrea para el productor agrícola, las organizaciones referidas han sostenido enfáticamente que esta cláusula es inválida.

El acto por el cual el agricultor se compromete a pagar una suma de dinero en caso de ejercer su derecho de reserva constituye, en un sentido lato, una renuncia. En consecuencia, para evaluar la validez de una cláusula de este tipo, es necesario, en primer lugar, determinar si el derecho del agricultor es renunciable. En segundo lugar, y suponiendo que se trate de un derecho renunciable, debe analizarse si el contrato o la cláusula contractual a través de la cual se ha efectuado la renuncia es abusiva y, por ende, inválida. A continuación, la cuestión será analizada en el orden referido.

Para determinar la validez de este acto es necesario, previamente, establecer con claridad su naturaleza jurídica. La calificación de éste puede resultar un tanto problemática porque, en realidad, no existe un pleno acuerdo doctrinario acerca de qué es la renuncia y, en particular, qué es lo que la distingue de la remisión³⁴⁰. Si se acepta que la renuncia es el género, y que abarca todo acto de abdicación de un derecho susceptible de abandono, mientras que la remisión es una especie, que tiene lugar cuando lo renunciado es un crédito³⁴¹, debe concluirse que la cláusula de regalía extendida es una renuncia. Si, en cambio, se considera que la renuncia existe cuando el acto es unilateral, y la remisión cuando el acto es bilateral, se arriba a la conclusión inversa, es decir, que la cláusula de regalía extendida es una remisión. Si bien de la disputa apuntada pueden desprenderse consecuencias de mediana relevancia cuando se analizan estos modos extintivos de las obligaciones, la cuestión carece de mayor importancia en lo que respecta a la validez de la cláusula de regalía extendida. En cualquier caso, puede aceptarse que se trata de una renuncia en un sentido lato, que en la mayoría de los casos conocidos forma parte de un contrato entre el obtentor (o un tercero autorizado para comercializar la semilla) y el agricultor. En cuanto a su origen, pues, esta cláusula suele integrar un acto jurídico bilateral -aunque no existe inconveniente alguno en que se origine en la voluntad unilateral del agricultor- y, en relación con sus efectos, por esta disposición contractual se torna oneroso un derecho previsto como gratuito por el art. 27 de la LSCF. En suma, a través de esta cláusula el agricultor abdica o renuncia de su derecho a ejercitar gratuitamente las conductas amparadas por la excepción que lleva su nombre.

Si esta cláusula implica una renuncia, su validez depende de si el derecho en cuestión es renunciable, tema que es abordado, en forma general, por los arts. 19 y 872 del Código

Civil. Si bien ambas normas coinciden en que no todos los derechos son renunciables, presentan una redacción diversa en cuanto a cuál es el criterio que debe aplicarse para definir la cuestión. Dado que esta diferencia puede resultar relevante con relación a la materia analizada, conviene analizar brevemente ambas normas. Conforme al art. 19, “La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que *sólo* miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia”. En lo que respecta al art. 872, en él se establece que “Las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos, *menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público*, los cuales no son susceptibles de ser el objeto de una renuncia”.

Si se someten ambas normas a una interpretación literal, se advierte que entre ellas existe una discrepancia que, en lo que respecta a la validez de la cláusula analizada, es decisiva. Conforme al art. 19, los derechos renunciables son aquellos que *sólo* miran el interés individual del titular, mientras que de acuerdo al art. 872, interpretado a contrario, se considera que son renunciables los derechos reconocidos *principalmente* para la satisfacción de un interés particular del titular. En suma, el art. 19 sólo admite la renuncia de los derechos concedidos exclusivamente para la satisfacción de un interés particular, mientras que el art. 872 se conforme con que esa sea la finalidad principal, aunque no necesariamente exclusiva, del derecho subjetivo renunciado. La diferencia no es menor: la existencia de un interés general en el reconocimiento de un derecho subjetivo impediría, conforme al art. 19, la posibilidad de su renuncia, mientras que conforme al art. 872 ese interés general sólo impediría su renuncia si fuese el fundamento principal de ese derecho subjetivo. Se advierten las implicancias que esta cuestión teórica presenta con relación a la renuncia del derecho del agricultor: se trata de un derecho subjetivo que se concede, principalmente, para la satisfacción de un interés particular, el del agricultor que es su titular. Pero, mediatamente, se fundamenta también en la satisfacción de un interés de carácter general, cual es el de reducir los costos de la producción agrícola.

Expuesta, entonces, la consecuencia práctica de la cuestión planteada, es necesario definir cuál de los criterios es el preferible. Una interpretación literal del art. 19 inclina a adoptar un criterio restrictivo, como se ha señalado, conforme al cual un derecho no sería renunciable si en su reconocimiento está interesado, así sea en forma mediata o secundaria, un interés general. El mismo método interpretativo literal, aplicado al art. 872, conduce a un criterio extensivo o amplio en la materia, de acuerdo al cual no bastaría que esté involucrado un interés general en el reconocimiento de un derecho para considerarlo irrenunciable, en la medida que ese interés no sea el principalmente tenido en mira por el legislador. Sin embargo, la incertidumbre que generan estas declaraciones discrepantes del codificador se diluye al advertir que en numerosas oportunidades la ley admite la renuncia de derechos que tutelan en forma inmediata o principal un interés particular, y en forma mediata o secundaria un interés colectivo. Tal es el caso, por ejemplo, de las patentes³⁴², las marcas³⁴³, y el mismo derecho de obtentor³⁴⁴. También, por hacer referencia a una institución del ámbito de las obligaciones, puede citarse el caso de

la renuncia a la prescripción ya ganada, pacíficamente admitida por la doctrina y la jurisprudencia.

En los cuatro casos referidos, existe, además de un interés particular del titular del derecho, un interés de carácter general o público. En consecuencia, la diferencia apuntada entre ambas normas se resuelve, de hecho, al advertir que en numerosos casos el legislador admite la renuncia de derechos que, mediatamente, persiguen la satisfacción de un interés general, pero, individualmente considerados, tienden principalmente a la satisfacción o protección de un interés particular de su titular. Esta es, ciertamente, la situación que se presenta con el derecho del agricultor. A esto cabe agregar que, en principio, los derechos patrimoniales se consideran renunciables y, evidentemente, el derecho del agricultor es un derecho patrimonial. En función de lo expuesto, parece razonable aceptar que se trata de un derecho renunciable³⁴⁵.

También se ha invocado, en apoyo de esta postura, el art. 42 del decr. 2183/91, en el cual se establece: “El obtentor podrá subordinar su autorización para los actos enunciados en el artículo precedente a las condiciones que él mismo defina, por ejemplo, control de calidad, inspección de lotes, vol. de producción, porcentaje de regalías, plazos, autorización para sublicenciar, etcétera”. Se argumenta que, en virtud del art. 42, que no es taxativo, el obtentor se encontraría facultado para sujetar su autorización a diversas condiciones, entre las que puede contarse el pago de la regalía extendida. Luego, el art. 42 legitimaría la cláusula de compromiso de pago de la regalía extendida.

Por diversos motivos, este razonamiento no parece compartible. En primer lugar, conviene recordar que, aun sin la previsión del art. 42, el obtentor está autorizado para condicionar su autorización. En efecto, el titular de un derecho intelectual se encuentra facultado para prohibir la realización de los actos determinados por la ley, aunque puede renunciar a esta facultad, permitiéndole a uno o a varios terceros la realización de actos que podría, en principio, prohibir. El acto por el cual presta su autorización puede ser gratuito u oneroso, simple o condicionado y, en general, puede tener el contenido que las partes -obtentor y tercero-, en ejercicio de su autonomía de voluntad, prefieran imprimirle. Se trata de un principio elemental en materia de propiedad intelectual, el cual, por ende, resulta plenamente aplicable al derecho de obtentor. Luego, la disposición prevista en el art. 42 es superflua, ya que, aun si no existiese, el obtentor estaría facultado para condicionar su autorización de acuerdo a lo que considere conveniente para sus intereses, en la medida que el tercero esté dispuesto a aceptar tales condiciones. En segundo lugar, y más importante, se sobreentiende que las condiciones a las que puede sujetarse la autorización deben ser lícitas. Un derecho intelectual no es una patente de corso que sitúa a su titular más allá de la ley y el derecho, por lo que el ejercicio de sus poderes debe sujetarse a límites elementales que emanan del ordenamiento jurídico. En particular, si se pretende exigir la renuncia de un derecho, el derecho debe ser renunciable. La renuncia al derecho del agricultor no se legitima por formar parte de un contrato por el cual el obtentor autoriza condicionadamente la realización de determinados actos. Muy por el contrario, el contrato por el cual el obtentor presta su autorización condicionada será lícito en la medida que aquel derecho cuya renuncia ha exigido al agricultor sea renunciable. En suma, la determinación de si el

derecho del agricultor es renunciable es una cuestión previa, de la cual depende la validez del contrato por el cual esa renuncia se manifiesta. Por los motivos expuestos, entonces, cabe concluir que la referencia al art. 42 del decreto es irrelevante a los efectos de legitimar la cláusula de la regalía extendida.

La admisión de que se trata de un derecho renunciable no implica, por cierto, aceptar como válido todo contrato por el cual se lo renuncia efectivamente. Condición indispensable para su validez será que el contrato no sea abusivo, con lo que se introduce el segundo de los interrogantes planteados al inicio de este punto: admitiendo que el derecho del agricultor es renunciable, ¿son válidos el contrato o la cláusula contractual que contienen esta renuncia? En particular, ¿son abusivos? Conviene recordar que la comercialización de semillas se realiza a través de contratos predispuestos, en los que el obtentor o un tercero autorizado asumen el rol de predisponente, mientras que el agricultor hace las veces de adherente. El predisponente es, en este tipo de contratos, la parte fuerte de la relación contractual, mientras que el agricultor es la parte débil. Por supuesto, el hecho de que se trate de un contrato predispuesto no implica que sea inválido. Con todo, se trata de una modalidad de contratación que obliga a aguzar el análisis, a los efectos de evitar la consagración de eventuales abusos o expoliaciones por parte del contratante fuerte, a través de la imposición de cláusulas leoninas.

La clave reside en si la cláusula de regalía extendida destruye el equilibrio económico que debe reinar en el contrato. Parece que esta cuestión no puede ser dilucidada en abstracto, sino que es necesario analizar, en concreto, cada contrato en particular, por lo que el análisis ha de ser, por fuerza, casuístico. Con todo, dada la estandarización que existe en el negocio de la venta de semillas, los juicios de valor relativos a un contrato en particular resultarán aplicables, en principio, a todos los que revisten en la misma categoría. Si bien no resulta posible, en esta instancia, concretar un examen acerca de la validez de esta cláusula, sí pueden aportarse algunos factores que deberán tomarse en consideración a la hora de efectuarlo:

a) Beneficios económicos que la explotación de la variedad depara al agricultor. Si la explotación de la variedad resulta altamente rentable para el productor, mayor justificación tendrá la inclusión de la cláusula, y a la inversa.

b) Precio de la regalía extendida. Este es, probablemente, uno de los factores más relevantes. Cuanto menor sea el precio de la regalía extendida, mayores serán las chances de considerar válida la cláusula, y a la inversa. En particular, este factor debe combinarse con el anterior, de modo de poder trazar la relación costo-beneficio que la operación significa para el agricultor.

c) Tipo de variedad, analizando, por ejemplo, su estabilidad. En principio, la variedad ha de ser medianamente estable, ya que de lo contrario no podría ser registrada en el RNPC ³⁴⁶. Pero, aun cumpliendo con el requisito mínimo, hay diversos grados de estabilidad, cuestión que depende, entre otros factores, del modo de reproducción de la variedad: asexuada o sexuada, y, en este último caso, si es autógama o alógama. Cuanto más estable sea la variedad, mayores serán las posibilidades del agricultor de reincidir en el proceso de reserva-siembra-cosecha, y a la inversa. Luego: cuanto más estable sea la

variedad, más justificable será la inserción de la regalía extendida; cuanto menos estable, menos se justificará su validez. En definitiva, se trata de un subfactor de a), ya que la rentabilidad de esta operación dependerá, en buena medida, de la estabilidad de la variedad en cuestión.

d) Inversión requerida para desarrollar la variedad vegetal. Cuanto mayor haya sido la inversión requerida en el desarrollo de la variedad vegetal, más justificable resultará la inserción de la cláusula, y a la inversa. No debe olvidarse que el sentido de este régimen reside en incentivar la inversión de recursos en el desarrollo tecnológico, de lo que se desprende que el operador jurídico no puede desentenderse de la inversión efectivamente realizada para desarrollar la variedad.

e) Amortización de la inversión, en función, por ejemplo, del tiempo transcurrido desde que se comenzó a explotar comercialmente la variedad, o de los mercados a los que se puede acceder a través de ella. Cuanto menos amortizada esté o menos amortizable sea la inversión, mayor justificativo tendrá la cláusula, y a la inversa.

f) Precio de la regalía “original”. Así, una eventual reducción en el precio de la regalía original podría compensar el incremento en los costos del productor que implicará el pago de la regalía extendida.

Por cierto, la enumeración precedente no pretende ser taxativa, sino que tan sólo contiene algunos de los aspectos que deberán ser tomados en consideración a la hora de evaluar la validez de la cláusula. La importancia relativa de cada uno de los factores enumerados no es, por cierto, la misma. En este sentido, y en la medida que un análisis abstracto permite aventurar una opinión, parece que los dos primeros factores enumerados son los que han tener un mayor peso a la hora de evaluar la validez de la cláusula. La imprecisión que rodea la cuestión analizada no debe extrañar, ya que la noción de cláusula abusiva no es susceptible de definición, sino sólo de tipificación. En grandes trazos, el razonamiento del que hace depender la validez de la regalía extendida es el siguiente:

- a) Las cláusulas abusivas son inválidas.
- b) La cláusula “x” es una cláusula abusiva.
- c) La cláusula “x” es inválida.

Si, en cambio, la premisa menor es negativa, la conclusión se modifica en favor de la validez de la cláusula. En el análisis que se está efectuando, la cláusula de regalía extendida ocupa el lugar de la cláusula “x”, y la cuestión decisiva es si se trata de una cláusula abusiva. Sin embargo, el análisis precedente revela que el interrogante planteado no se presta a una dilucidación del todo precisa, lo que, en buena medida, se explica porque la idea de “cláusula abusiva” no es susceptible de ser definida o conceptualizada, sino sólo tipificada. A los efectos de explicar esta observación, parece conveniente, pues, efectuar algunos comentarios con respecto al concepto y al tipo.

Las ventajas que el concepto depara al razonamiento jurídico son evidentes, ya que facilita, transparenta y hace previsible la aplicación del derecho. Mediante un proceso totalmente puro de pensamiento, y siempre que se hayan efectuado las debidas comprobaciones de hecho, puede arribarse con total exactitud a la solución que el derecho

depara para todo caso que se presente. En la temática analizada, permite establecer con precisión en qué casos puede considerarse que una determinada cláusula es abusiva. Sin embargo, el procedimiento de aplicación referido padece severos límites, que la crítica se ha ocupado de resaltar. Entre otros, uno de los más relevantes es que la premisa mayor no siempre es tan evidente como el referido silogismo sugiere ³⁴⁷. Entre otros motivos, porque el concepto no es idóneo para captar fenómenos de la vida cuyas notas no necesitan estar todas necesariamente presentes en cada caso, sino que pueden presentarse con distinta intensidad y unión ³⁴⁸. Piénsese, por ejemplo, en la noción de “negligencia”, “previsibilidad”, “empresa”, entre otros. Parece que no se trata, en estos casos, de conceptos que puedan ser objeto de una definición, en los términos precisos que la aplicación meticulosa del silogismo, en su versión tradicional, requiere. En estos casos, hace necesario echar mano del “tipo”. En el tipo no se define, por lo menos en las condiciones referidas, sino que se describe. Mientras que las notas definatorias son objeto de descripción precisa, siendo necesaria y suficiente la presencia de todas y cada una de ellas en el objeto examinado, para que éste pueda ser subsumible en la definición, las notas del tipo son, usualmente, graduables (por ende, imprecisas) e intercambiables (pudiendo faltar, por lo tanto, alguna de ellas, sin que esto impida que el objeto enjuiciado sea integrable en el tipo). En consecuencia, el tipo no admite subsunción alguna. En lugar de ello, el fenómeno se enjuicia para ver si puede o no integrarse en el tipo ³⁴⁹. Para que el fenómeno enjuiciado pueda ser integrable en el tipo no es necesario que estén todas las notas distintivas presentes, lo que cuenta es que las notas típicas estén presentes en tal grado e intensidad que el hecho, en conjunto, responda a la imagen fenoménica del tipo: lo que cuenta es la “imagen total” ³⁵⁰. Y esta operación intelectual debe efectuarse tomando especialmente en consideración el punto de vista valorativo directivo que impulsó al legislador a ligar a ese tipo con sus consecuencias jurídicas ³⁵¹.

Piénsese, por ejemplo, en la noción de empresa. Conforme al art. 8 inciso 5 del Código de Comercio, la empresa se considera un acto de comercio ³⁵². A partir de allí, es tradicional distinguir entre el empresario -cuya actividad queda sometida al derecho comercial- y el artesano -cuya actividad tiene carácter civil-. Pues bien: a la hora de determinar si un determinado sujeto es un empresario o un artesano, resultará imposible efectuar una subsunción puramente lógica. Adviértase el carácter gradual de algunas de las notas que distinguen al empresario respecto del artesano: cantidad de empleados, magnitud del capital invertido, predominio de la capacidad de gestión o de la capacidad técnica específica del oficio, etc. ³⁵³. Como puede advertirse, se trata de rasgos graduables, que no admiten el trazado de límites tajantes. Más que existir límites entre uno y otro fenómeno, existen fronteras porosas. La subsunción lógica no es posible por la sencilla razón de que las nociones de “empresario” y la de “artesano” son tipos, y no conceptos. En consecuencia, será necesario efectuar una integración. Y al efectuar esta operación, el intérprete no podrá prescindir de un dato fundamental: que de considerar a esa persona un empresario, someterá toda su actividad al derecho mercantil. Y que, a la inversa, de considerarlo un artesano, su actuación quedará regida por el derecho civil. No puede prescindir el intérprete de estas consecuencias jurídicas, y de los fines que movieron al

legislador a atribuir esas consecuencias a determinado supuesto de hecho, si pretende hacer una aplicación razonable de las normas involucradas.

Otro tanto sucede, por dar un ejemplo más cercano al objeto de este trabajo, en el derecho de patentes, con la noción de “altura inventiva”. Establece el art. 4 de la ley 24.481 que, para ser patentable, la invención debe ser novedosa, tener altura inventiva y aplicación industrial. El requisito que ahora interesa es el de la altura inventiva, que, de acuerdo a la ley, existe “... 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”³⁵⁴. Es fácil advertir la indeterminación que algunas de las notas caracterizantes suponen: “deducción *evidente*”, “persona *normalmente* versada en la materia”. Aquí también, cabe volcar las mismas consideraciones efectuadas en el párrafo precedente. Parece claro que a la hora de determinar si una invención es patentable, no resulta posible una aplicación mecánica de las normas del régimen de patentes. Al decidir si la invención cumple o no con el requisito de la altura inventiva, el juzgador no puede prescindir de las consecuencias jurídicas que su decisión ha de suponer, ni de los fines que movieron al legislador a exigir el cumplimiento de tan gaseoso requisito. En suma, el intérprete deberá tener presente, entre otras consideraciones, que si considera satisfecho el requisito, habrá de concederse una patente; que dicha patente supone la existencia de un monopolio legal; que el régimen de patentes existe como un mecanismo de promoción del desarrollo tecnológico, etc.

Aplicando lo expuesto al tema analizado, se advierte que el fenómeno de la contratación abusiva no es susceptible de conceptualización, sino sólo de tipificación, ya que resulta claro que varias de sus notas caracterizantes presentan un inequívoco margen de imprecisión. No se trata de criticar al legislador, por no haber definido con precisión cuándo una cláusula contractual es abusiva, ya que no se trata de un problema de conceptualización, ni, mucho menos, de lenguaje. El objeto mismo, el fenómeno vital que se capta en la norma se resiste, por su estructura óptica, a una conceptualización precisa. Tampoco se trata de ingresar en un debate acerca de si se trata de un concepto o de un tipo. Bien se ha señalado que tipo y concepto no son antítesis rígidas, sino que pueden intercomunicarse: el concepto puede incluir una nota abierta, el tipo puede fijar algunas de sus notas como irrenunciables. La noción de abuso, en suma, presenta notas que, por sus características, impiden efectuar una mera subsunción lógica. Total o parcialmente, ha de llevarse a cabo una integración en el tipo.

Y, conforme se ha señalado, esta operación intelectual debe efectuarse tomando especialmente en consideración el punto de vista valorativo directivo que impulsó al legislador a ligar a ese tipo (la cláusula abusiva) con sus consecuencias jurídicas (la invalidez total o parcial del contrato en el que se inserta). Tómese, pues, a los factores enumerados como simples indicios o notas indicativas del tipo estudiado, es decir, de la cláusula abusiva que destruye el equilibrio económico del contrato. Si bien la enumeración no es taxativa, conviene destacar que sólo pueden introducirse en el análisis, a los efectos de encuadrar un contrato determinado, aquellos factores que forman parte del intercambio que se produce entre el obtentor y el productor agrícola a raíz del contrato y no, en cambio, aquellos otros factores que si bien pueden gravitar

fuertemente en el rendimiento económico de la actividad del productor, son ajenos a su relación con el obtentor (v.g., presión tributaria, retenciones, precios de otros insumos, apreciación de la moneda, etc.), como así tampoco aquellos factores que, aunque puedan afectar la rentabilidad de la empresa fitomejoradora, son ajenos a la relación de intercambio con el productor agrícola (v.g., el desmesurado auge de la bolsa blanca).

Ciertamente, lo referido no excluye que las modalidades concretas de celebración de cada contrato en particular puedan ser tachadas de abusivas por otras causas. En particular, se pueden considerar inválidas, y por ende abusivas, aquellas contrataciones en las que la cláusula de regalía extendida se introdujo en forma sorpresiva³⁵⁵. En este sentido, el principio de la buena fe, explícitamente aceptado en el art. 1198 del Código Civil, exige que las partes, y en particular, en este tipo de contratos, el predisponente, cumplan acabadamente su deber de información.

En lo que respecta a la interpretación de la cláusula, conviene recordar que por el art. 874 del Código Civil, la renuncia no se presume y es de interpretación restrictiva. Lo expuesto vale sólo en el caso de que la renuncia sea gratuita, ya que en el supuesto de que fuese onerosa, su interpretación se rige por las reglas generales aplicables a los contratos³⁵⁶. En consecuencia, resulta plenamente aplicable lo que se ha afirmado con relación a la renuncia gratuita en general, en el sentido que “... *en caso de duda acerca de la existencia o inexistencia de la renuncia, habrá que estar por la perdurabilidad del derecho. El mismo criterio rige cuando se controvierta el ámbito efectivo de los derechos abdicados. Ante la duda, habrá que estar siempre a la solución más restrictiva... la renuncia tácita no se presume, por lo que sólo puede ser admitida cuando de manera indudable ella pueda resultar de la conducta del renunciante*”³⁵⁷.

10.12. El derecho del agricultor y la Resolución 52/03

Como se ha señalado, la infracción al derecho de obtentor alcanza, en Argentina, niveles exorbitantes. Si a este fenómeno se le suma una regulación de la excepción del agricultor sumamente elástica, es fácil advertir que el régimen no es el más propicio para incentivar la actividad fitomejoradora. Casi huelga señalar que la situación de quien adquiere semilla en infracción al obtentor y la de quien lo hace al amparo de la excepción del agricultor no son equiparables. En el primer caso, la semilla se adquiere mediante la realización de un acto ilícito, mientras que en el segundo proviene del ejercicio de un derecho. Con todo, y a los efectos prácticos, en ambos casos el impacto económico sobre el obtentor de la variedad es el mismo: se siembra semilla sin pagarle. Sin embargo, y aun en términos económicos, ambas situaciones revisten una diferencia fundamental, ya que por el uso de la semilla sembrada al amparo del derecho del agricultor el obtentor no puede esperar retribución alguna, mientras que por el uso ilícito del material protegido puede esperar un resarcimiento económico. Es fundamental, entonces, deslindar una situación de otra. A este efecto, el deber de información a cargo de los sujetos involucrados cumple una función inestimable.

Como se ha visto, la Resolución 35/96, con una técnica muy mejorable, establece en algunos supuestos un deber de información, particularmente para el caso en que la semilla se entregue a un tercero para su acondicionamiento y/o almacenaje³⁵⁸. La cuestión es abordada en forma más integral por la Resolución 52/03, que establece un deber general de información a cargo de los agricultores, en el caso de utilización de semillas de soja, trigo o algodón. Establece la citada resolución que, ante el requerimiento de la Secretaría, el agricultor deberá informarle, en un plazo no mayor de 7 días hábiles, las cantidades por variedad de la semilla utilizada o por utilizar en la siembra de la respectiva campaña. Se agrega que la adquisición u origen de la semilla debe acreditarse con la documentación respectiva (facturas, remitos, etc.) y que, en caso de incumplimiento, resultará aplicable la sanción prevista en el art. 38 de la LSCF (que contempla una pena de multa de dos mil pesos a cien mil pesos y el decomiso de la mercadería en infracción).

Resulta oportuno que se haya establecido este deber de información con carácter general, y no sólo circunscripto al caso en el que la semilla es entregada a un tercero para su reserva. Como se ha destacado, la reserva de semilla en el mismo predio del agricultor se ha incrementado en los últimos años, tanto por parte de quienes actúan al amparo de la excepción del agricultor como de quienes infringen el derecho del obtentor. En lo que refiere al circuito ilegal de semillas, el almacenamiento en los campos se ha intensificado a los efectos de eludir con mayor facilidad los controles oficiales. Al respecto, se ha observado que entre el setenta y cinco y el ochenta por ciento de la semilla en infracción, según se consigna en los considerandos de la citada resolución, "... ya no se encuentra como bolsa blanca (semilla ilegal) en galpones comerciales para su venta o entrega, sino que está depositada en los campos confundida con el uso propio real que también fue adquiriendo proporciones importantes"³⁵⁹.

La iniciativa reguladora de la SAGPyA, en lo que refiere a establecer un deber de información, se encuentra en consonancia con lo prescripto en numerosas normas extranjeras sobre la materia³⁶⁰. A modo de crítica, puede señalarse que hubiera sido preferible que este deber de información se hubiese establecido indiscriminadamente, sin reducirlo exclusivamente al caso de las tres especies vegetales apuntadas (soja, maíz y algodón).

Se ha optado por poner la iniciativa en manos de la oficina estatal, que se encuentra legitimada para requerir la información, como así también para recibirla. Este aspecto marca una diferencia con las normas extranjeras que regulan este deber, que suelen fijar el poder de requerir la información en manos del propio titular del derecho de obtentor³⁶¹, como así también, en consonancia, para recibirla³⁶². En una postura ecléctica se encuentra la legislación finlandesa, que establece que la información debe ser brindada tanto al titular del derecho de obtentor como a la oficina estatal³⁶³.

En cuanto al contenido de la información, establece la norma que el agricultor debe informar las cantidades por variedad de la semilla utilizada o por utilizar en la siembra de la respectiva campaña. Esta es, en general, la información primordial que suele requerirse en las normas extranjeras. En particular, en el art. 8.2 del Reglamento N° 1768 de 1995 de la Unión Europea, se establece que, en principio, el agricultor deberá

brindar información sobre aquellos aspectos que haya pactado con el titular del derecho de obtentor. En defecto de acuerdo, el agricultor debe informar, entre otros, acerca de los siguientes aspectos: a) nombre, domicilio y lugar de la explotación; b) si ha utilizado o no material perteneciente a una variedad protegida perteneciente al titular del derecho de obtentor; c) si el punto anterior es afirmativo, la cantidad de material que ha reservado para uso propio; y d) si cabe, nombre y dirección de las personas que procesaron y acondicionaron el material reservado.

Asimismo, y haciendo exclusiva referencia a la legislación comparada, algunas normas han establecido un deber de información en cabeza del titular del derecho de obtentor, en beneficio del granjero o agricultor³⁶⁴. En general, este deber se vincula con que, en las legislaciones referidas, la excepción del agricultor sólo es gratuita para los pequeños agricultores. Para los demás, la reserva es onerosa, fijándose que deberán pagar una regalía notablemente inferior a la que se paga en condiciones normales -es decir, en la primera venta- por ese tipo de material. En consecuencia, y para permitir al agricultor un adecuado control del monto de esta regalía derivada, se le da el derecho a ser informado por el obtentor acerca de cuál es el precio de la regalía común. No existiendo una discriminación semejante entre pequeños y grandes agricultores en la legislación argentina, no tiene sentido, parece, que se imponga un deber de información semejante.

Asimismo, en la Unión Europea se ha establecido un deber de información sobre los procesadores del material protegido³⁶⁵. En efecto, ante el requerimiento del titular del derecho de obtentor, el procesador debe informarle aquellas materias sobre las que hayan pactado. En su defecto, deberá informar sobre: a) su nombre, domicilio y sede del establecimiento; b) si ha prestado servicios de procesamiento a terceros respecto de material pertenecientes a las variedades del titular a quien informa; c) de ser afirmativo el punto anterior, la cantidad del material que ha procesado; d) fechas y lugares donde ha efectuado el procesamiento; y e) nombre y domicilio de las personas en cuyo favor ha prestado el servicio de procesamiento. Se trata de una política sensata, que permite al obtentor contar con información cruzada, haciendo viable un mejor control de la observancia de su derecho (y, en el caso del derecho de obtentor comunitario, del pago de la regalía derivada por parte de quienes no son pequeños agricultores), por lo que bien podría incorporarse al régimen del derecho de obtentor local.

10.13. Referencia al Convenio UPOV 1978

El acta 1978 de la UPOV no alude a la excepción del agricultor, ni es necesario que lo haga. La reserva de la semilla para uso propio que realiza el agricultor es, en el marco de este tratado, una conducta permitida *ab initio*, por lo que carecería de sentido justificarla con una excepción a un principio prohibitorio que no la alcanza. En efecto, el art. 5.1 del acta establece que el derecho de obtentor tiene como efecto someter a autorización previa "... la producción con fines comerciales...". La norma sólo requiere la autorización del

obtentor para la producción del material de reproducción de la variedad cuando tal conducta se realiza con fines comerciales, y es opinión común que la conducta del agricultor que reserva una parte de su producción para sembrar su predio no puede calificarse como “producción con fines comerciales”. Por lo tanto, tal conducta es implícitamente autorizada por la norma analizada, encontrándose fuera del ámbito del *ius excluendi* del titular del derecho ³⁶⁶. En consecuencia, no se precisa su autorización para que la conducta sea considerada conforme a derecho. Dado este marco inicial, no es necesario regular una excepción cuyo único efecto es liberar al agricultor de una autorización que, por principio general, no requiere.

Como se ha advertido, y a diferencia del tratado, la legislación argentina opta por una técnica diferente: prohibir, en principio, la conducta analizada, condicionando su licitud a la existencia de una autorización del obtentor, para liberarla posteriormente de dicha exigencia, vía excepción del agricultor. Si bien se utilizan técnicas legislativas diversas, el resultado práctico es similar: permitir al agricultor reservar semilla para uso propio, sin necesidad de contar con la autorización del obtentor. No obstante, conviene precisar que las actas de UPOV sólo establecen una protección mínima, por lo que nada impide a los países adherentes aumentar dicha protección. Es decir que el legislador argentino podría, si lo considerara conveniente, derogar las normas que reconocen la excepción del agricultor, sin por ello violar el tratado. Opción que, afortunadamente, no ha ejercitado. Asimismo, este margen de decisión que el tratado otorga a los países signatarios puede ser aprovechado con un alcance menor. Recordando el conocido brocardo jurídico que reza que “quien puede lo más, puede lo menos”, es lógico concluir que si la Argentina está autorizada para eliminar el privilegio del agricultor, con mayor razón también cuenta con el poder de limitarlo o restringirlo. Por ejemplo, reduciendo su ámbito de aplicación a determinadas especies o, en general, introduciendo cualquiera de los límites que se advierten analizando la legislación comparada ³⁶⁷. Aunque, según se ha señalado, no ha sido éste el criterio seguido por la legislación local.

11. Excepción del fitomejorador

11.1. Introducción

Conforme al art. 25 de la LSCF, “la propiedad sobre un cultivar no impide que otras personas puedan utilizar a éste para la creación de un nuevo cultivar, el cual podrá ser inscripto a nombre de su creador sin el consentimiento del propietario de la creación fitogenética que se utilizó para obtenerlo, siempre y cuando esta última no deba ser utilizada en forma permanente para producir al nuevo” ³⁶⁸. De esta forma, se reconoce la llamada “excepción del fitomejorador” ³⁶⁹, que viene a cumplir, en el ámbito del derecho de obtentor, una función análoga a la que desempeña la excepción de experimentación en la esfera del derecho de patentes ³⁷⁰. La excepción está contemplada, asimismo, en el art. 5º

del Convenio UPOV 1978 ³⁷¹, y es objeto de reconocimiento generalizado en la legislación comparada ³⁷².

Se trata, pues, de una tradicional limitación al derecho de obtentor, por la que cualquier tercero está libremente facultado para utilizar una variedad protegida como fuente o insumo de investigación para el mejoramiento genético de otras variedades vegetales. En efecto, el fitomejorador cuenta con diversas fuentes de abastecimiento para realizar su labor: variedades silvestres, variedades campesinas tradicionales, material existente en los bancos de germoplasma, material desarrollado por instituciones públicas, variedades desarrolladas por empresas privadas, etc. ³⁷³. El régimen jurídico de acceso a las fuentes de fitomejora varía según a qué categoría de las enumeradas pertenezca la variedad en cuestión ³⁷⁴. A los efectos de este trabajo, resulta fundamental discriminar dos categorías entre las variedades existentes: las variedades que están protegidas mediante un derecho de obtentor, y las que no lo están. Frente al régimen del derecho de obtentor, las variedades pertenecientes a la segunda categoría son libremente aprovechables en la actividad fitomejoradora. La situación varía, en cambio, si se pretende utilizar como fuente de mejoramiento una variedad objeto de un derecho de obtentor vigente. En principio, el titular del derecho intelectual es el único que se encuentra facultado para reproducir el material perteneciente a la variedad protegida. Esta solución, que es la que se desprende del principio general imperante, se ve profundamente alterada por el reconocimiento de la excepción del fitomejorador, en virtud de la cual la variedad vegetal, aun siendo objeto de un derecho de obtentor, puede ser utilizada como fuente de variación en la actividad fitomejoradora. En las páginas siguientes se analizará la posibilidad de utilizar como material de fitomejora una variedad protegida por un derecho de obtentor vigente.

11.2. Fundamento

Al realizar su labor, el fitomejorador trabaja con variedades existentes, utilizándolas -al decir del decr. 2183/91, art. 43- "... como fuente de variación o como aporte de características deseables en trabajos de mejoramiento vegetal...". Es justamente esta dependencia del material genético preexistente lo que justifica y explica la generalizada difusión de la excepción del fitomejorador ³⁷⁵. De no aceptarse la excepción bajo análisis, la actividad fitomejoradora sólo podría ser realizada utilizando variedades que no sean objeto de un derecho de obtentor, lo que significaría que una variedad protegida sólo podría ser utilizada como fuente de mejoramiento vegetal al cumplirse el plazo de duración del derecho intelectual. De este modo, se retrasaría notablemente el desarrollo de la actividad fitomejoradora, lo que implicaría entrar en franca contradicción con los fines explícitos perseguidos por el régimen del derecho de obtentor ³⁷⁶.

La consagración de la excepción del fitomejorador salva el obstáculo señalado, lo que explica su generalizado reconocimiento en la legislación comparada. En este sentido, en los considerandos del Reglamento 2100 de 1994 de la Unión Europea se justifica el

reconocimiento de la excepción en los términos siguientes: "... Considerando que, con objeto de fomentar la obtención de vegetales, el sistema confirma básicamente la regla, internacionalmente aceptada, de libre acceso a las variedades protegidas para la obtención y explotación de nuevas variedades a partir de las mismas...". Es que, como se ha observado, "*el libre intercambio de semillas entre agricultores ha sido la base del mantenimiento de la biodiversidad y de la seguridad alimentaria*"³⁷⁷. Aunque en la actualidad el grueso de la actividad fitomejoradora ya no es realizada por los propios agricultores, sino por profesionales en la materia, la reivindicación del libre intercambio como fuente de fitomejoramiento es plenamente rescatable.

En consecuencia, la variedad protegida mediante un derecho de obtentor es libremente aprovechable a los fines de desarrollar nuevas variedades vegetales. Esto no implica, sin embargo, que la variedad protegida por un derecho de obtentor se encuentre completamente equiparada con la variedad libre, a los efectos de su utilización en la actividad fitomejoradora. Según se verá *infra* a continuación, existen diversos requisitos y límites que la existencia de un derecho de obtentor impone, y que no existen en ausencia de un derecho intelectual vigente. En suma, la excepción de investigación implica una solución transaccional, por la cual se impone una restricción al derecho de obtentor con la finalidad de evitar obstáculos al desarrollo de la actividad fitomejoradora

³⁷⁸

El reconocimiento de la excepción del fitomejorador revela que el derecho de obtentor es un derecho intelectual específicamente diseñado para proteger la actividad fitomejoradora. Trazando una comparación, se advierte que el alcance de la excepción de experimentación en el ámbito de las patentes es mucho más reducido, con lo cual se evidencia un motivo adicional para sostener que el derecho de patente no es el que mejor se adapta para proteger los desarrollos tecnológicos del sector fitomejorador.

11.3. Requisitos

La excepción del fitomejorador está sujeta al cumplimiento de tres requisitos, que emanan del art. 25 de la LSCF. El primero, de carácter subjetivo; los dos restantes, de carácter objetivo. El primer requisito consiste en que quien ejercita el derecho derivado de esta excepción debe actuar con la finalidad de crear un nuevo cultivar. Este requisito es unánimemente establecido en las leyes comparadas sobre la materia, sea en forma explícita o implícita, ya que hace a la esencia de esta excepción que la utilización de la variedad protegida se inspire en la finalidad de desarrollar, obtener o producir una nueva variedad vegetal, es decir, como fuente de variación en la mejora genética³⁷⁹.

El segundo requisito es el correlato objetivo de la finalidad señalada en el párrafo precedente: la variedad protegida sólo puede ser utilizada en actividades de carácter experimental, como fuente de variación genética en la producción de nuevas variedades vegetales. En particular, y dicho en términos negativos, la variedad protegida no debe ser

reproducida a escala industrial. Sólo debe ser reproducida, entonces, en la medida necesaria para poder cumplir con la finalidad referida.

El tercer requisito, de carácter negativo, consiste en que la variedad protegida no puede ser utilizada en forma permanente o repetida para producir el nuevo cultivar. Al respecto, ver *infra*, N° 11.5.2.

A diferencia de lo que sucede en el caso de la excepción del agricultor, el ejercicio del derecho derivado de esta excepción no está sometido a formalidad alguna. El fitomejorador que actúa bajo el amparo de esta excepción no está obligado a cursar ningún tipo de comunicación al titular de la variedad vegetal empleada ni, mucho menos, a solicitar su autorización³⁸⁰. Tampoco es necesario que la persona que actúa bajo el amparo de esta excepción revista ninguna calidad especial, ni que cuente con título habilitante, ni que haga de la fitomejora su profesión. Aunque, probablemente, esto último será lo más corriente, no se trata de una exigencia legal.

11.4. Efectos

En virtud de esta excepción, el fitomejorador se encuentra facultado para realizar actos que, de no ser por la misma, estarían sujetos al *ius prohibendi* del titular de la variedad protegida. Al respecto, la ley establece que “la propiedad sobre un cultivar no impide que otras personas puedan *utilizar a éste para la creación de un nuevo cultivar*, el cual *podrá ser inscripto a nombre de su creador* sin el consentimiento del propietario de la creación fitogenética que se utilizó para obtenerlo, siempre y cuando esta última no deba ser utilizada en forma permanente para producir al nuevo”. Literalmente, pues, la ley establece que bajo la cobertura de esta excepción, resulta lícito “utilizar” la variedad protegida para la creación de un nuevo cultivar, e “inscribir a nombre de su creador” la nueva variedad. Sin embargo, el sentido de estos términos y, por ende, el alcance de esta excepción necesita ser perfilado con mayor precisión.

En primer lugar, en virtud de esta excepción resulta lícito “utilizar” la variedad protegida. Es decir, el beneficiario de la excepción se encuentra facultado para reproducir la variedad, siempre en la escala necesaria para poder desplegar la actividad fitomejoradora. La legislación comparada reconoce masivamente esta facultad al beneficiario de la excepción³⁸¹. Siempre que se cumplan los requisitos ya señalados, esta primera facultad no sufre limitación alguna, y puede ser ejercida en la medida en que la actividad mejoradora del obtentor lo demande. Obviamente, de ningún modo resulta justificada una actividad reproductiva que alcance una escala industrial.

En segundo lugar, la ley reconoce al beneficiario de la excepción la facultad de inscribirla a su nombre. Aunque la ley no lo especifica, se sobreentiende que se refiere a la inscripción en el RNPC. De resultas de lo cual, el beneficiario de la excepción adquirirá la calidad de titular del derecho de obtentor concedido sobre la nueva variedad, con el consiguiente derecho absoluto de exclusión que esto implica. Esto significa que, en principio, el titular de la nueva variedad es la única persona habilitada para explotarla,

excepto que esto resulte prohibido por alguna norma ajena al régimen del derecho de obtentor. En general, en la legislación comparada se establece que quien ha desarrollado una nueva variedad al amparo de esta excepción se encuentra facultado para explotar o vender el material de reproducción perteneciente a ésta³⁸². En el caso de la Comunidad Andina, al igual que en la legislación argentina, se reconoce explícitamente que el fitomejorador tiene derecho a registrar la nueva variedad vegetal que ha obtenido³⁸³.

Parece, pues, que en virtud de esta excepción el fitomejorador se encuentra facultado para reproducir la variedad protegida a los efectos de crear una nueva variedad. En caso de lograrlo, además, estará facultado para registrar la nueva variedad a su nombre y, en consecuencia, de no existir algún impedimento emanado de normas ajenas al régimen del derecho de obtentor, para explotar en forma exclusiva la variedad registrada (es decir, para reproducirla y comercializarla). Sin embargo, es necesario distinguir estas tres facultades, ya que no necesariamente han de correr la misma suerte. Por cierto, si el fitomejorador que actúa al amparo de esta excepción crea una variedad vegetal claramente distinta de cualquier otra variedad preexistente (incluida, por supuesto, la variedad utilizada para la creación del nuevo cultivar), y siempre que no necesite emplear repetidamente la variedad inicial para obtener la nueva, la trilogía “reproducción de la variedad inicial - registro de la variedad nueva - explotación exclusiva de la variedad nueva” funcionará plenamente. Sin embargo, tanto a nivel de la legislación local como a nivel comparado existen limitaciones a esta excepción que pueden, en su caso, implicar la restricción o, incluso, la desaparición de una o varias de estas facultades, las que serán consideradas a continuación.

11.5. Límites

Como se ha señalado, la excepción del fitomejorador y, por ende, el derecho subjetivo emanado de ella, se encuentra limitada a través de diversas normas. Uno de esos límites surge explícitamente del mismo art. 25 de la LSCF, el cual, tras reconocer la excepción del fitomejorador, la condiciona al hecho de que la variedad protegida “... no deba ser utilizada en forma permanente para producir al nuevo [cultivar]”. Esta limitación será estudiada *infra*, N° 11.5.2. Existe, también, un segundo límite, el cual, si bien no está contenido en el art. 25 de la LSCF, puede ser inferido sin dificultad efectuando una interpretación sistemática. Efectivamente, el art. 20 de la LSCF establece que para registrar una variedad vegetal en el RNPC, es necesario que sea claramente distinta de cualquier otra variedad cuya existencia sea notoriamente conocida al tiempo de la presentación de la solicitud. Si bien la norma citada tiene por objeto precisar cuáles son los requisitos objetivos que una variedad vegetal debe satisfacer para ser objeto de un derecho de obtentor, indirectamente establece una restricción a la excepción del fitomejorador. En efecto: si la variedad creada bajo la cobertura de la excepción del fitomejorador no se distingue claramente de la variedad inicial, o, en general, de cualquier otra variedad existente, no podrá ser registrada en el RNPC. Este límite será

considerado *infra*, Nº 11.5.1. Finalmente, se considerará brevemente una figura que si bien no está contemplada en la legislación argentina vigente, se ha extendido vigorosamente en la legislación comparada en los últimos años: la variedad esencialmente derivada. El reconocimiento de esta categoría implica una restricción a la excepción del fitomejorador, por lo que será analizada *infra*, Nº 11.5.3.

11.5.1. La “distinguibilidad”

11.5.1.1. Introducción

Para que el derecho de obtentor sea concedido es necesario cumplir con un procedimiento que, de ser transitado exitosamente, culmina con el otorgamiento del derecho a través de un acto administrativo. Este procedimiento está destinado a verificar si se cumplen, en el caso concreto sometido a análisis, las condiciones requeridas para otorgar el derecho intelectual, pudiendo estos requisitos clasificarse en subjetivos y objetivos.

Son requisitos subjetivos aquellos que debe revestir quien pretende ser titular del derecho de obtentor. No presentando particularidad en lo que hace a la capacidad, la tarea fundamental del legislador consiste en determinar quién está legitimado, y en base a qué criterio, para reclamar la titularidad del derecho. En principio, y aunque resulte un tanto obvio, el derecho sobre un cultivar pertenece a la persona que lo obtuvo³⁸⁴. Si bien no es éste el punto más árido en materia de requisitos, debe señalarse que la solicitud de un derecho de obtentor sobre una variedad por parte de quien no es su obtentor justifica el derecho de oposición de aquel que se considere afectado. En caso de ser concedido el derecho a quien no es su titular, corresponde declarar la nulidad por no cumplirse el requisito subjetivo al que se somete su otorgamiento³⁸⁵.

Son requisitos objetivos los referidos a las características que debe presentar la variedad vegetal para poder ser objeto de un derecho de obtentor. Es usual en la legislación internacional reducir estos requisitos a cuatro: la variedad debe ser nueva, distinta, homogénea y estable. Se exige, en primer lugar, que la variedad sea nueva o novedosa. La idea básica es que la variedad no haya sido introducida en el mercado antes de cierta fecha. En concreto, carece de novedad toda variedad cuyo material de reproducción o multiplicación vegetativa haya sido ofrecido en venta o comercializado: a) en Argentina, antes de la presentación de la solicitud; y b) en un país extranjero, antes de los 6 (si se trata de vides, árboles forestales, árboles frutales y árboles ornamentales) o 4 años (si se trata de otras plantas) previos a la presentación de la solicitud. Este requisito es usualmente establecido en las leyes extranjeras sobre la materia.

Asimismo, la variedad debe ser homogénea. A través de este requisito, previsto invariablemente en la legislación comparada, se exige que la variedad examinada presente una razonable uniformidad en sus caracteres relevantes. Conforme se establece en el art. 20 de la LSCF, sólo podrán ser inscriptas en el RNPC las variedades vegetales “... cuyos individuos posean características hereditarias suficientemente homogéneas...” o, al decir del art. 26 del decr. 2183/91, se exige que la variedad, “... sujeta a las variaciones previsibles originadas en los mecanismos particulares de su propagación,

mantenga sus características hereditarias más relevantes en forma suficientemente uniforme...”³⁸⁶.

En tercer lugar, se requiere que la variedad sea estable, es decir, que sus caracteres relevantes se mantengan inalterados después de reproducciones o multiplicaciones sucesivas. Coinciden en esta exigencia la totalidad de las legislaciones que regulan la materia. En el derecho argentino, este requisito surge del art. 20 de la ley 20.247, de los arts. 26 y 29 del decr. 2183/1 y del art. 6º del tratado de UPOV 1978. Conforme a la norma referida de la LSCF, sólo pueden inscribirse en el RNPC las variedades “...cuyos individuos posean características hereditarias suficientemente homogéneas y estables a través de generaciones sucesivas” o, en los términos del art. 26 del decr. 2183/91, es necesario que “... sus características hereditarias más relevantes permanezcan conforme a su definición luego de propagaciones sucesivas o, en el caso de un ciclo especial de propagación, al final de cada uno de dichos ciclos”³⁸⁷.

Finalmente, el cuarto requisito consiste en que la variedad sea distinta o distinguible. En lo fundamental, se requiere que la creación fitogenética objeto de la solicitud sea distinta de las variedades ya existentes. Es este cuarto requisito el que implica un límite a la excepción del fitomejorador, por lo cual, y a continuación, será objeto de tratamiento separado.

11.5.1.2. Noción

En lo que refiere al derecho interno, este requisito es establecido explícitamente tanto en la ley 20.247 (art. 20)³⁸⁸ como en el decr. 2183/91 (art. 26). Se trata, asimismo, de un requisito requerido unánimemente en la legislación comparada³⁸⁹. La LSCF requiere que los cultivos cuya inscripción se solicita sean “... distinguibles de otros conocidos a la fecha de presentación de la solicitud de propiedad...”. Sin embargo, no puede avanzarse demasiado a partir del texto legal, ya que en ningún pasaje el legislador aclara en qué consiste el requisito analizado, esto es, qué condiciones debe reunir una variedad para ser considerada distinta o distinguible respecto de otras. Sí lo hace, en cambio, el decr. 2183/91, en cuyo art. 26 se establece que, para ser registrable en el RNPC, la variedad debe poder distinguirse “... claramente, por medio de una o más características, de cualquier otra variedad cuya existencia sea materia de conocimiento general al momento de completar la solicitud”. Por otro lado, en el art. 6 del acta 1978 del Convenio de la Unión para la protección de las obtenciones vegetales (convenio UPOV 1978) se dispone que la variedad, para ser registrable, “... debe poder distinguirse claramente por uno o varios caracteres importantes de cualquier otra variedad, cuya existencia sea notoriamente conocida en el momento en que se solicite la protección...”. Interpretadas en conjunto, las normas citadas permiten elaborar con mediana precisión la noción de distinguibilidad, tarea que será abordada en los puntos que siguen.

11.5.1.3. Características

La distinguibilidad es, sin duda, el más problemático de los requisitos de concesión del derecho de obtentor, por lo menos en lo que refiere a lograr una determinación

medianamente precisa de él. Conviene, por lo tanto, comenzar por caracterizarlo en términos generales, para luego abordar los problemas puntuales que pueda presentar. Tal como está configurada en el derecho argentino, la distinguibilidad se caracteriza por ser objetiva y universal o absoluta.

Es objetiva porque resulta irrelevante si la existencia de la variedad era o no conocida por el solicitante. Lo que cuenta es si su existencia era notoriamente conocida por un determinado círculo de personas. De no adoptarse este criterio, se estaría otorgando un premio a la ignorancia, introduciéndose, además, una innecesaria cuota adicional de subjetividad al sistema.

La variedad debe ser distinta de cualquier otra variedad cuya existencia sea conocida, sin que tenga importancia la localización geográfica de la variedad que es similar a ella. En este sentido, la variedad no sólo debe ser distinta a las variedades existentes en el país, sino también respecto de las existentes en cualquier lugar del planeta³⁹⁰. Por lo expuesto, cabe afirmar que la distinguibilidad es universal o absoluta. El temperamento del legislador es el correcto, ya que el sistema de mercado promueve en forma espontánea, sin necesidad de aliciente alguno, la “importación” de tecnología extranjera, dado que la ventaja competitiva derivada de ser el primero en introducir un producto en un mercado es ya incentivo suficiente para “importar” tecnología que es conocida en el extranjero. No se requiere, en este caso, el incentivo de un derecho intelectual, dado los costos que habría que pagar por ello³⁹¹.

11.5.1.4. Fundamento

El fundamento de este requisito varía en función de la situación jurídica en que se encuentre la variedad respecto de la cual el cultivar cuya inscripción se solicita es similar, esto es, si se encuentra o no protegida por un derecho de obtentor vigente.

La primera posibilidad es que la variedad “copiada” no sea objeto de un derecho de obtentor. En este caso, a través del requisito analizado se defiende el derecho de toda la comunidad a utilizar libremente esa variedad. De no ser éste el temperamento legal, cualquiera podría monopolizar la explotación de una variedad ya existente y notoriamente conocida mediante la simple presentación de una solicitud que la tenga por objeto. En este supuesto, pues, a través de la distinguibilidad se defiende el derecho de toda la comunidad a utilizar libre y gratuitamente una variedad cuya existencia ya era públicamente conocida con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud. Se protege, pues un interés de carácter colectivo o general.

La segunda hipótesis que puede ocurrir es que la variedad que ha sido “copiada” sea objeto de un derecho de obtentor vigente. En este caso, a través del requisito analizado se protege el derecho del verdadero obtentor de la variedad. De no existir este requisito, el poder que el derecho de obtentor otorga se haría totalmente ilusorio, ya que cualquier tercero podría competir con él mediante el simple recurso de solicitar un derecho de obtentor sobre una variedad que no se distingue de la previamente protegida. En este supuesto se protege, fundamentalmente, el interés particular del primer obtentor.

11.5.1.5. Examen

La variedad vegetal respecto de la cual se solicita la concesión de un derecho de obtentor debe ser evaluada, a los efectos de determinar si es distinta de las demás variedades cuya existencia es notoriamente conocida al tiempo de la presentación de la solicitud. Esta evaluación constará, necesariamente, de una serie de etapas: a) determinación de las características de la variedad a examinar; b) determinación de la fecha relevante; c) determinación del “estado de la técnica vegetal”, esto es, del conjunto de variedades cuya existencia es notoriamente conocida en la fecha relevante³⁹²; y d) comparación y evaluación.

11.5.1.5.1. Determinación de las características de la variedad a examinar

El cumplimiento de este requisito surge, fundamentalmente, de una comparación entre la variedad vegetal objeto de la solicitud y cualquier variedad cuya existencia sea conocida en la fecha relevante. Es fundamental, por lo tanto, precisar las características de las variedades que se han de cotejar: la descripción debe preceder a la evaluación. Lógicamente, este proceso comienza con la exacta determinación de las características de la variedad objeto de la solicitud, ya que recién entonces se estará en condiciones de establecer, así sea tentativamente, qué variedad integrante del estado de la técnica vegetal se le parece, para efectuar entonces un examen más detenido que determine si las variedades cotejadas son o no distintas.

En realidad, la identificación de los caracteres de la variedad examinada resulta indispensable no sólo para efectuar el examen de distinguibilidad, sino también los de homogeneidad y estabilidad (suele hacerse alusión sintéticamente a estos tres exámenes mediante la expresión “examen DHE”). Es indispensable, pues, a los efectos del examen DHE, identificar los caracteres de la variedad. Sólo si se ha cumplido con esta etapa, se puede avanzar en el examen, determinando si: a) los caracteres de la variedad se diferencian, y en qué grado, de los caracteres de las variedades que se le parecen (examen de distinguibilidad); b) los caracteres de las diversas plantas que integran el conjunto que se examina son semejantes, o razonablemente semejantes, entre sí (examen de homogeneidad); y c) los caracteres de las diversas generaciones de la variedad examinada son semejantes, o razonablemente semejantes, entre sí (examen de uniformidad).

Esta etapa preliminar del examen DHE ha sido especialmente estudiada por la UPOV. A ese efecto, se creó un Comité Técnico, que ha elaborado principios rectores³⁹³ cuyo seguimiento es recomendado a los miembros de la Unión. A su vez, este Comité Técnico creó varios grupos de trabajo especializados. A continuación, se describe brevemente el sistema de trabajo que recomienda y sigue este Comité³⁹⁴. En primer lugar, es necesario establecer una lista de caracteres relevantes para cada especie, que resulten útiles para efectuar la respectiva descripción. Para describir a la variedad se utilizan caracteres de lo más diversos: morfológicos, fisiológicos, citológicos, químicos, bioquímicos, etc., en la medida que resulten adecuados para definirla, y distinguirla de otras. Discriminados los caracteres relevantes, es necesario fijar los distintos niveles de expresión o grados de manifestación que puede presentar cada carácter. Cumplido este paso, corresponde observar la variedad que se examina, para anotar el nivel de expresión

que presenta en cada uno de los caracteres escogidos. La suma de estas observaciones compone la descripción de la variedad. A partir de aquí, se está en condiciones de efectuar el examen DHE.

Para analizar la distinguibilidad, se comparan las descripciones correspondientes a la variedad examinada y a la que se le parece y, sobre la base de criterios preestablecidos sobre anchura de clase o distancia mínima, se puede establecer si existe o no suficiente diferencia entre las variedades cotejadas³⁹⁵. Este examen será objeto de un análisis más extenso, en los puntos que siguen. Con relación a la homogeneidad, si se confirma que todos los individuos de la muestra tienen la misma descripción, se puede afirmar que la variedad es homogénea. Según el tipo de variedad de que se trate, puede llegar a aceptarse algún tipo de fluctuación. Finalmente, en lo que respecta a la estabilidad, si se observa que las sucesivas generaciones de la variedad mantienen las mismas características, puede afirmarse que la variedad es estable. También aquí, habida cuenta del modo de reproducción de la variedad, puede aceptarse determinado tipo de variación. En general, dada la extensión del tiempo requerido para efectuar cabalmente esta comprobación, se opta por dar por satisfecho este requisito si la variedad es homogénea, solución que se adopta por ser la más práctica, ya que siempre queda la posibilidad de solicitar la nulidad del derecho otorgado³⁹⁶.

Profundizando la cuestión, ¿con qué criterio se eligen los caracteres que sirven de base para el “examen DHE”? Lo fundamental es que se trate de caracteres reconocibles y susceptibles de ser descritos con precisión, pudiendo ser clasificados en: a) caracteres cualitativos: son aquellos que presentan estados o niveles de expresión distintos y discontinuos³⁹⁷; y b) caracteres cuantitativos: son aquellos que pueden ser objeto de medida y presentan una variación continua³⁹⁸. En general, los caracteres cualitativos se observan visualmente, mientras que los caracteres cuantitativos pueden ser objeto de medición³⁹⁹. Los caracteres observados por separado pueden combinarse posteriormente (v.gr., relación longitud-anchura)⁴⁰⁰.

Es importante destacar que, aún hoy, la descripción de una variedad vegetal se efectúa a través de la *expresión* de sus características. Esto significa que no es suficiente una modificación en la estructura genética de una planta para obtener el derecho de obtentor, si esta modificación genética no se manifiesta exteriormente, a través de una característica morfológica o fisiológica⁴⁰¹. Características morfológicas son las relativas a la apariencia exterior de la variedad (v.gr., color de la flor, forma general, altura de la planta, forma de la hoja, espesor del tallo o tronco, largo del pétalo, etc.)⁴⁰², mientras que las características fisiológicas son las relativas a la estructura química o biológica de la variedad vegetal (por ejemplo, susceptibilidad a las heladas, resistencia a las enfermedades, etc.)⁴⁰³.

No necesariamente las características de la variedad vegetal examinada han de estar vinculadas a su importancia agronómica o económica. A los efectos de este examen, sólo cuentan las características relevantes para la identificación de la variedad, aunque estas características carezcan de importancia económica (v.gr., color de la raíz, color de las hojas, etc.)⁴⁰⁴. Por otro lado, la ley no hace referencia alguna a los caracteres que deberán considerarse a los efectos de la realización del examen. Por el contrario, el art. 6.1.a del

Convenio UPOV 1978 establece que “los caracteres que permitan definir y distinguir una variedad deberán poder ser reconocidos y descritos con precisión”.

11.5.1.5.2. Determinación de la fecha relevante

Tanto en el examen de la novedad como en el de la distinguibilidad de la variedad vegetal el tiempo asume un rol fundamental. En el caso de la novedad, se exige que la variedad no haya sido comercializada antes de una cierta fecha. En el caso de la distinguibilidad, se requiere que la variedad sea distinta de toda otra conocida en determinada fecha. En ambos casos, pues, el factor temporal incide en la suerte de la solicitud. En ambos casos, asimismo, la fecha en cuestión se relaciona con la presentación de la solicitud de otorgamiento del derecho de obtentor. Esa fecha, que debe ser considerada a los efectos de precisar si la variedad es nueva y distinta, se denomina usualmente “fecha relevante”. Asimismo, la fecha relevante influye en otras materias del derecho de obtentor: cómputo del plazo de duración, prioridad, extensión del plazo de protección provisional (en el caso de los países que la admiten), etc.

Bien se ha dicho, en relación con las patentes, que la novedad “... *es siempre una noción de carácter relativo y fundamentalmente temporal... lo que es nuevo en un momento puede dejar de serlo inmediatamente después*”⁴⁰⁵. Sin duda, lo mismo puede predicarse respecto de la distinguibilidad en el derecho de obtentor. De ahí la importancia de determinar la fecha relevante, es decir, el momento determinante para la configuración del estado de la técnica vegetal. La cuestión es precisada tanto en la LSCF como en el Convenio UPOV 1978. Al respecto, establece la ley 20.247 que pueden registrarse los cultivares “... que sean distinguibles de otros conocidos *a la fecha de presentación de la solicitud de propiedad...*”⁴⁰⁶. En el mismo sentido, el convenio UPOV 1978 establece que, para ser objeto de un derecho de obtentor, la variedad “... debe poder distinguirse claramente por uno o varios caracteres importantes de cualquier otra variedad, cuya existencia sea notoriamente conocida *en el momento en que se solicite la protección*”⁴⁰⁷. En suma, en ambas normas se entiende que la fecha relevante es aquella en la cual se presenta la solicitud. Esto implica que todas las variedades que se hayan hecho públicas con anterioridad a la fecha relevante se consideran incorporadas al estado de la técnica vegetal, por lo que, en consecuencia, las variedades que se han hecho públicas con posterioridad a la fecha relevante no son tomadas en cuenta con relación al examen de distinguibilidad.

A los efectos del examen de distinguibilidad, la fecha relevante influye en dos aspectos: a) la variedad examinada se ha de considerar tal como se encontraba a esa fecha; y b) la variedad examinada sólo ha de cotejarse con aquellas otras cuya existencia era conocida en la fecha relevante. Con relación a lo señalado en a), es claro que la variedad objeto de la solicitud debe considerarse, a los efectos de la comparación, con los caracteres que presentaba al tiempo de la presentación de la solicitud de registración. La regla vale como principio, aunque en ciertos casos particulares puede justificarse alguna excepción. Tal sería el caso, por ejemplo, de si al tiempo de la presentación de la primera variedad no se requería información sobre determinados caracteres que pueden resultar

relevantes para efectuar la comparación con otra variedad ⁴⁰⁸. Con relación a lo señalado en b), implica que sólo las variedades que se hayan hecho públicas con anterioridad a la fecha relevante se incorporan al estado de la técnica vegetal y son, por ende, tomadas en cuenta con relación al examen de distinguibilidad.

Conforme se ha adelantado, la fecha relevante es, en principio, la de la presentación de la solicitud de otorgamiento del derecho de obtentor. Sin embargo, lo dicho vale sólo como primera aproximación, ya que debe trazarse una distinción entre dos supuestos que, en lo que a este punto se refiere, resulta decisiva: a) en la solicitud no se invoca el derecho de prioridad internacional; y b) en la solicitud se invoca la prioridad internacional.

Si no se invoca el derecho de prioridad internacional (supuesto a), la fecha relevante es la de la presentación de la solicitud en el RNPC, determinada con la mayor precisión: día, hora y minuto. Es claro que si la solicitud se retira, y luego se presenta una nueva solicitud, la fecha relevante será la de esta última. Menos claro es el caso en el cual la solicitud, sin ser retirada, es objeto de modificación. En este caso, dependerá de la entidad de la modificación introducida el temperamento que deba adoptarse. Desde ya, las modificaciones puramente formales no tienen ninguna relevancia a los efectos de la fecha de presentación ⁴⁰⁹.

Si en la solicitud presentada en Argentina se invoca correctamente la prioridad internacional (supuesto b), la fecha relevante es la de la solicitud extranjera invocada. Es decir que, en este caso, la fecha relevante se retrotrae en el tiempo: sólo se considerarán, a los efectos del examen de distinguibilidad, las variedades cuya existencia haya sido notoriamente conocida en la época de presentación de la primera solicitud, cuya prioridad se invoca. El criterio señalado, vigente en la legislación argentina, es el que se sigue en la generalidad de las leyes extranjeras que regulan el derecho de obtentor ⁴¹⁰.

11.5.1.5.3. Determinación del “estado de la técnica vegetal”

En esta etapa se resuelve con qué habrá de compararse a la variedad objeto de la solicitud: el llamado “grupo de referencia”. Aunque con diversa redacción, las normas vigentes en el derecho argentino aluden a un mismo concepto: la variedad debe ser distinta de toda otra cuya existencia fuese notoriamente conocida en la fecha relevante. En general, la legislación comparada es casi uniforme a la hora de caracterizar el estado de la técnica vegetal, requiriéndose que la variedad sea distinta de “cualquier otra cuya existencia fuese de conocimiento común” ⁴¹¹, de “las variedades cuya existencia sea materia de conocimiento general” ⁴¹², “de otras variedades conocidas (o de toda otra variedad conocida)” ⁴¹³, “de toda otra variedad cuya existencia haya sido reconocida” ⁴¹⁴, “de toda otra variedad generalizadamente conocida” ⁴¹⁵, de “cualquier otra variedad cuya existencia sea notoriamente conocida” ⁴¹⁶, de “toda variedad bien conocida” ⁴¹⁷, o de “toda otra variedad cuya existencia sea notoria” ⁴¹⁸. Conforme a la terminología que se ha adoptado en este trabajo, para hacer referencia al conjunto integrado por todas esas variedades se utiliza la expresión “estado de la técnica vegetal”. Pues bien: lo que se requiere para la concesión del derecho de obtentor es que la variedad no esté incorporada

al estado de la técnica vegetal o, dicho en otros términos, que sea distinta de toda variedad integrante del estado de la técnica vegetal.

Conforme a la ley 20.247, sólo será concedido el derecho de obtentor a aquellos cultivares que "... sean distinguibles de otros conocidos a la fecha de presentación de la solicitud de propiedad..."⁴¹⁹. Por su parte, el decr. 2183/91 requiere que la variedad examinada sea distinta de "cualquier otra variedad cuya existencia sea materia de conocimiento general al momento de completar la solicitud"⁴²⁰. En sentido coincidente, el Convenio UPOV 1978 establece que, para ser objeto de un derecho de obtentor, la variedad "... debe poder distinguirse claramente por uno o varios caracteres importantes de cualquier otra variedad, cuya existencia sea notoriamente conocida en el momento en que se solicite la protección"⁴²¹.

Según ya se ha señalado, el legislador ha optado por un criterio objetivo a la hora de configurar este requisito: resulta indiferente el conocimiento que al respecto tenga el solicitante. Si la variedad examinada es similar a otra cuya existencia es notoriamente conocida, no satisface el requisito analizado, independientemente del grado de conocimiento que, sobre el punto, tenga el solicitante.

Asimismo, el requisito ha sido plasmado de un modo absoluto o universal: el estado de la técnica vegetal se integra por la totalidad de las variedades cuya existencia es conocida, sin importar el lugar o país en que las mismas se encuentren, o en el que fueren conocidas. En consecuencia, si la variedad solicitada es similar a otra variedad cuya existencia es notoriamente conocida, aunque esta última haya sido obtenida, o se haya registrado, o exista en un país extranjero, la variedad examinada habrá incumplido el requisito analizado. Esta interpretación "universal" del requisito examinado es sostenible en base a dos argumentos:

a) Ninguna de las normas analizadas limita la integración del estado de la técnica vegetal a las variedades existentes, obtenidas o inscriptas en Argentina. Mal puede el intérprete, entonces, hacerlo.

b) El decr. 2183/91 admite explícitamente la incorporación de variedades "extranjeras" al estado de la técnica al afirmar que "... el llenado de la solicitud para el otorgamiento de un título de propiedad o para el ingreso a un registro oficial de variedades *en el territorio de cualquier Estado*, convertirá a la variedad en materia de conocimiento general desde la fecha de la solicitud..."⁴²².

Por cierto, no es suficiente que una variedad exista para que se considere incorporada al estado de la técnica vegetal, sino que es necesario que sea "conocida a la fecha de presentación de la solicitud de propiedad"⁴²³ o, como establece el decreto reglamentario, que "... sea materia de conocimiento general al momento de completar la solicitud"⁴²⁴ o, como establece el tratado, que "... sea notoriamente conocida..."⁴²⁵. En consecuencia, para su incorporación al estado de la técnica vegetal es necesario que la variedad: a) exista; y b) sea notoriamente conocida.

a) Las variedades que integran el estado de la técnica vegetal deben *existir físicamente*. Esta característica marca una diferencia respecto del derecho de patentes: en este régimen pueden integrar el estado de la técnica invenciones ya ideadas pero no

existentes, no materializadas (siempre que sean ejecutables). En cambio, sólo integran el estado de la técnica vegetal exclusivamente las variedades existentes⁴²⁶. Así surge del contexto y del espíritu de los cuerpos legales que regulan la materia, y las más de las veces en forma explícita de su texto. Si bien -según se verá a continuación- cabe admitir la publicación como medio de incorporación al estado de la técnica vegetal, ésta vale en la medida que divulga o hace conocer que una variedad existe.

b) Sólo integran el estado de la técnica vegetal las variedades cuya existencia *es conocida*. Tradicionalmente, las leyes sobre la materia enumeran -sin fines limitativos- actos o medios que hacen pública o conocida a la variedad. Sin embargo, cabe apuntar que, así como la característica señalada en a) -existencia de la variedad- presenta claramente rasgos objetivos (la variedad existe o no existe), la característica ahora analizada -que la existencia sea conocida- introduce un matiz subjetivo a este requisito. Lo conocido siempre es conocido por alguien, hablar de conocimiento implica necesariamente una referencia a un sujeto cognoscente, sea un sujeto real o ideal. Como se ha señalado, “... un acto, por sí mismo, no transmite información alguna y no produce difusión de conocimientos, si no existe un receptor apto para aprehender tal información y conocimientos... Ello deja de manifiesto la necesidad de determinar las condiciones subjetivas -particularmente en materia de conocimientos técnicos- de los receptores de la información...”⁴²⁷. En suma: la definición del requisito analizado debe incorporar inexorablemente una nota de carácter subjetivo, si pretende ser fiel a las normas que lo establecen. Es necesario, entonces, hacer referencia al receptor del conocimiento, como así también al medio de difusión.

Con respecto al sujeto cognoscente, ni la ley ni el tratado especifican qué calidad o condición debe revestir, lo que deja un amplio margen para la labor interpretativa. Al respecto, parece lo más prudente considerar que se hace referencia a aquellas personas vinculadas a la actividad fitomejoradora y/o agropecuaria. Por analogía, puede hacerse referencia a la “persona normalmente versada en la materia técnica correspondiente”, tal como lo prescribe el art. 4º de la ley 24.481 de patentes. En consecuencia, se descarta la posibilidad de tomar como tipo del sujeto cognoscente a la persona media. De lo contrario, se llegaría a la solución absurda de que sólo resultarían incorporadas al estado de la técnica vegetal aquellas variedades cuya existencia ha sido puesta en conocimiento del público en general. La irrazonabilidad de este último criterio es evidente: de hecho, ninguna (o casi ninguna) variedad resultaría incorporada al estado de la técnica vegetal, con lo cual la función depuradora que este requisito viene a cumplir se diluiría por completo. Parece preferible, por lo tanto, reducir la exigencia a que la variedad haya sido conocida -o podido ser conocida, según se verá más adelante- por el público especializado, sin requerir una masividad que resultaría inalcanzable. En consecuencia, es suficiente para incorporar una variedad al estado de la técnica vegetal que su existencia se haya difundido por actos o medios idóneos para poner tal circunstancia en conocimiento de expertos o entendidos en la materia.

Por cierto, esta subjetividad introduce una cuota de imprecisión o vaguedad al requisito analizado. Sin embargo, esta imprecisión resulta menos intensa que en el caso de la “persona normalmente versada en la materia técnica correspondiente”, tal como se

encuentra aludida en el derecho vigente sobre patentes⁴²⁸. La razón de esto es que el derecho de patentes enfrenta un problema que el régimen del derecho de obtentor no padece, o, por lo menos, no en esa medida. Conforme ya se ha apuntado, en el derecho de patentes son anterioridades suficientes aquellas que consisten en simple información, sin que sea necesaria la plasmación física de la invención. En otros términos, no se requiere que la invención haya sido efectivamente ejecutada. Lo que sí se exige es que la anterioridad implique una divulgación que permita la ejecución de la invención, por un experto en la materia, es decir, la divulgación debe contener una descripción de la invención que contenga información suficiente como para que un experto pueda ejecutarla⁴²⁹.

En el régimen del derecho de obtentor, las exigencias respecto de la anterioridad son distintas. Desde un punto de vista, los requisitos respecto de la anterioridad son mayores, ya que sólo son relevantes las variedades física o materialmente existentes, no siendo suficiente una descripción en su reemplazo, por muy prolija y explícita que sea. En consecuencia, en el régimen del derecho de obtentor no existe el problema que sí se da en las patentes, relativo a si la información difundida es suficiente para transmitir el concepto inventivo. Basta con que haga una referencia explícita y suficientemente completa a una variedad ya existente, siendo por entero irrelevante la ejecutabilidad a partir de su descripción. Esta característica del régimen del derecho de obtentor reduce la función que el tipo ideal del “experto en la materia” viene a cumplir. No se lo toma en cuenta a los efectos de determinar si, con la información revelada, hubiera estado en condiciones de obtener una variedad similar a la examinada, sino tan sólo a los efectos de que haya podido tomar conocimiento, a partir de la difusión efectuada, de la existencia de la variedad que constituye la presunta anterioridad.

No es necesario que la divulgación haya sido efectivamente conocida: es suficiente con que la variedad haya sido puesta en conocimiento por un medio idóneo para hacerla accesible a un círculo no restringido de personas⁴³⁰. Lo relevante, entonces, es que el círculo de entendidos haya podido conocerla, aunque de hecho esto no haya acontecido⁴³¹. Como se ha señalado, aunque en el ámbito del derecho de patentes, “*lo decisivo no es la difusión efectiva, sino la posibilidad objetiva de ésta*”⁴³². Es decir, basta con el conocimiento potencial⁴³³. El aserto resulta igualmente predicable respecto del régimen del derecho de obtentor.

La condición jurídica de la otra variedad es indiferente. Puede que sea objeto de un derecho de obtentor vigente, o que se trate de una variedad de uso público (sea porque nunca fue objeto de un derecho de obtentor, sea porque éste se extinguió por cualquier causa), o de una variedad con solicitud en trámite, o de una variedad con solicitud rechazada, etc. A los efectos de su incorporación al estado de la técnica vegetal, resulta indiferente su condición jurídica frente al régimen del derecho de obtentor.

Antes de ingresar en el análisis en particular de cada uno de los actos idóneos para incorporar una variedad al estado de la técnica vegetal conviene formular una aclaración final. La ley, el decreto y el tratado requieren que la variedad sea distinta de “cualquier otra variedad” o de “*otros cultivares*”⁴³⁴. En este contexto, debe entenderse que será “otra”

variedad aquella que ha sido descubierta u obtenida por otra persona, distinta del solicitante. En consecuencia, la expresión “otra variedad” no debe ser entendida como “variedad distinta”, sino como “variedad obtenida o descubierta y desarrollada por otro obtentor”, aun cuando pueda ser genéticamente idéntica a la variedad examinada⁴³⁵. Esta aclaración, que puede parecer obvia, tiene particular importancia a la hora de interpretar en qué casos y por qué medios se incorpora una variedad al estado de la técnica vegetal. Es usual que las legislaciones sobre la materia -incluida la argentina- enumeren enunciativamente una serie de actos idóneos para incorporar una variedad al estado de la técnica vegetal. Pues bien, esos actos deben haberse realizado respecto de la “otra” variedad, esto es, una variedad obtenida o descubierta por una persona distinta del solicitante. Por el contrario, los actos realizados respecto de “la” variedad, es decir, aquella obtenida o descubierta y desarrollada por el solicitante no afectan su distinguibilidad, aunque pueden, por cierto, afectar su novedad (es decir, otro de los requisitos objetivos). Al respecto, resulta oportuno recordar brevemente este último requisito, para así comprender mejor el sentido y el ámbito de actuación de la distinguibilidad.

Tanto en la legislación comparada⁴³⁶, como en el régimen jurídico argentino vigente se requiere que la variedad sea nueva o novedosa. A esta exigencia se refieren, explícitamente, el decr. 2183/91⁴³⁷ y el Convenio UPOV 1978⁴³⁸. Más discutible resulta su recepción por la ley 20.247, aunque en general la doctrina la considera implícitamente aludida en el art. 21. De la lectura combinada del decreto y del tratado, puede interpretarse que una variedad vegetal es nueva cuando el material de reproducción o multiplicación vegetativa perteneciente a ella no ha sido ofrecido en venta o comercializado por el solicitante/obtentor: a) en Argentina, antes de la presentación de la solicitud; y b) en un país extranjero, antes de los 6 (si se trata de vides, árboles forestales, árboles frutales y árboles ornamentales) o 4 años (si se trata de otras plantas) previos a la presentación de la solicitud.

El sentido que cumplen los dos requisitos cotejados es, aunque complementario, diverso. Al establecer el requisito de la distinguibilidad, lo que el legislador pretende es que no se conceda el derecho de obtentor a una variedad vegetal que ya ha sido obtenida o descubierta y desarrollada por una persona distinta del solicitante. No tiene sentido conceder el derecho de obtentor para aquellas variedades cuya existencia ya es notoriamente conocida. Es lógico, pues, que los actos que obstan a la distinguibilidad sean aquellos que se realizan respecto de “otra variedad”, en el sentido ya explicitado que asume la expresión en este contexto. Por el contrario, con el requisito de la novedad se pretende evitar la concesión del derecho de obtentor a aquellas variedades que, aunque distinguibles, ya han sido divulgadas -básicamente, a través de su comercialización- por el solicitante/obtentor. Es lógico que, en este caso, los actos que implican la pérdida de la novedad sean exclusivamente aquellos que se realizan respecto de “la variedad”, en el sentido ya expresado.

La metodología legal se diferencia de la asumida por el régimen de patentes, que aúna en un solo requisito -la novedad- lo que el régimen del derecho de obtentor implementa a través de dos requisitos diversos -la novedad y la distinguibilidad-⁴³⁹. Sin

embargo, la metodología asumida por el régimen del derecho de obtentor no es reciente: ya los autores de patentes de la primera mitad del siglo XX diferenciaban una cuestión de otra. Así, puede leerse a Breuer Moreno, quien -a pesar de que la ley 111 trataba la materia mediante un solo requisito: la novedad- distinguía entre “falta de publicidad” o “novedad extrínseca” (es decir, lo que sería la novedad en el régimen del derecho de obtentor) y “novedad” o “novedad intrínseca” (es decir, lo que sería la distinguibilidad en el citado régimen): *“Esta diferencia entre ‘publicidad’ y ‘novedad’... había sido percibida por Carvalho de Mendonça cuando indicaba que la novedad de los inventos presentaba un doble aspecto: la novedad intrínseca, que consiste en la diferencia esencial que el producto debe presentar con relación a los descubrimientos análogos, y la extrínseca, que significa que el descubrimiento o invento no ha sido divulgado”* ⁴⁴⁰. En suma: con la exigencia de que la variedad sea “distinta” se está aludiendo, en el fondo, a lo que los antiguos autores sobre patentes denominaban la “novedad intrínseca”, que consiste en la diferencia esencial que el producto debe tener con relación a los demás existentes o conocidos; y con la exigencia de que la variedad sea “nueva” se alude a la antiguamente denominada “novedad extrínseca” o “falta de publicidad”, en virtud de la cual se requiere que el producto intrínsecamente novedoso o distinto no haya sido divulgado antes de cierto plazo.

La relación trazada entre ambos requisitos permite comprender más claramente el alcance y el ámbito de actuación de uno y otro. Los actos que obstan a la distinguibilidad son aquellos realizados respecto de “otra variedad”, y revelan o permiten conocer que la variedad respecto de la cual el solicitante pretende la concesión el derecho de obtentor ya ha sido obtenida o descubierta previamente por un tercero. Los actos que impiden considerar novedosa a una variedad son aquellos que se han realizado respecto de “la variedad”, y revelan que ésta ya ha sido objeto de divulgación, por el mismo solicitante, antes de determinada fecha.

En consecuencia, afecta la distinguibilidad de la variedad la realización de actos que hacen notoria la existencia de “otra” variedad, si la misma resulta ser igual a la examinada. La legislación argentina, al igual que la mayoría de la comparada, contiene una enumeración de los actos que hacen notoriamente conocida a una variedad. Si bien la ley 20.247 no hace alusión a los actos reveladores (o constitutivos) de la anterioridad, el decr. 2183/91 hace referencia a un acto de incorporación al estado de la técnica vegetal: el llenado de la solicitud para el otorgamiento de un derecho de obtentor o para el ingreso a un registro oficial de variedades ⁴⁴¹. Más descriptivo resulta el Convenio UPOV 1978, que agrega al ya referido otros actos reveladores de la existencia de la variedad, tales como el cultivo o comercialización ya en curso, la presencia en una colección de referencia, o la descripción precisa en una publicación ⁴⁴². En todo caso, resulta claro que la enumeración no es limitativa, pudiendo admitirse como anterioridad relevante todo acto de divulgación de la existencia de la variedad, que por sus características permita su conocimiento por el círculo de entendidos en la materia ⁴⁴³. A este efecto, el examen de la legislación comparada permite elaborar un catálogo sumamente ilustrativo. En todos los casos, vale recordarlo, debe tratarse de actos que: a) hayan ocurrido antes de la fecha relevante; b) se hayan realizado respecto de “otra” variedad, esto es, una variedad obtenida o descubierta

y desarrollada por una persona distinta del solicitante; y c) sean idóneos para hacer notoriamente conocida la existencia de la variedad, en el sentido expresado anteriormente. Pueden, entre otros, considerarse actos suficientes para revelar la existencia de la anterioridad los que se enumeran a continuación.

1) Inscripción de la variedad en un registro de derecho de obtentor, o en un registro oficial de cultivares⁴⁴⁴. El Convenio UPOV 1978, art. 6º, alude explícitamente a este modo de incorporación al estado de la técnica vegetal. Cabe señalar que en el primero de los registros señalados se inscribe toda variedad respecto de la cual se concede un derecho de obtentor. En Argentina, este registro es denominado “Registro Nacional de la Propiedad de Cultivares” por la ley 20.247⁴⁴⁵. Los registros de cultivares cumplen una función distinta, ya que en ellos se inscribe toda variedad cuya comercialización ha sido autorizada. En Argentina, este registro es denominado por la citada ley “Registro Nacional de Cultivares”⁴⁴⁶. Aunque relacionados, ambos registros se insertan en plexos normativos que si bien están contenidos en una misma ley, regulan dos temáticas diversas, que no deben confundirse: los derechos intelectuales sobre obtenciones vegetales, por un lado, y el régimen de comercialización de variedades vegetales, por el otro. Tanto la inscripción en uno como en otro registro hace a la variedad notoriamente conocida, sin importar si se trata de una oficina nacional o extranjera.

2) Presentación de solicitud en un registro, sea para el otorgamiento del derecho de obtentor, o para la inscripción de la variedad en un registro oficial de cultivares⁴⁴⁷. Este segundo modo de incorporación al estado de la técnica vegetal, que en definitiva termina absorbiendo al referido en el inciso anterior, ha sido explícitamente previsto tanto en el decr. 2183/91⁴⁴⁸, como en el Convenio UPOV 1978⁴⁴⁹.

En general, en la legislación comparada este modo de incorporación sólo se admite en forma condicionada, sujetándose su eficacia a que el trámite culmine exitosamente, (con la concesión del derecho de obtentor, en un caso; con la inscripción de la variedad en el registro oficial de cultivares, en el otro). A título de ejemplo, puede referirse el caso de una variedad que es presentada para la concesión de un derecho de obtentor, y que es rechazada por carecer de estabilidad. Aquel obtentor que luego logre “estabilizarla” podrá solicitar el derecho de obtentor, sin que la solicitud anterior rechazada constituya una anterioridad obstativa⁴⁵⁰. Menos defendible resulta el criterio legal cuando el rechazo se basa en un motivo meramente formal, o si el procedimiento se trunca por desistimiento o abandono del solicitante. Parece un tanto forzado suponer que, en estos casos, la variedad objeto de la solicitud anterior no ha sido conocida. Sin embargo, el texto del decr. 2183/91 es contundente, y no introduce distinción alguna: sólo la solicitud que ha culminado su trámite con la concesión del derecho o con la inscripción registral resulta una anterioridad relevante⁴⁵¹. Analizando la LSCF y el Convenio UPOV 1978, se advierte que en ningún caso se hace alusión, ni explícita ni implícitamente, a esta condición. Parece, pues, que la restricción reglamentaria es inválida, ya que añade una condición no prevista en las normas de rango superior que pretende reglamentar. En consecuencia, también deben incluirse en el cotejo todas aquellas variedades cuya solicitud de inscripción haya sido anterior a la presentación de la examinada, aunque hayan sido rechazadas. Bien entendido, debe tratarse de “otra variedad”. Piénsese, por ejemplo, en

una variedad cuyo registro se denegó por un defecto en el trámite (v.gr., no presentación de las muestras). Sería contrario a lo prescripto en el art. 20 de la LSCF considerar que tal variedad no existe, ya que en él se exige que los cultivares sean "... distinguibles de otros conocidos a la fecha de presentación de la solicitud de propiedad...". La ley sólo requiere que la variedad comparada exista al tiempo de la solicitud, sin exigirle adicionalmente que sea objeto de un derecho de un obtentor, o que se encuentre en trámite de otorgamiento. En consecuencia, la totalidad de las variedades para las cuales se haya solicitado el otorgamiento del título deben considerarse "conocidas", cualquiera sea la suerte que haya corrido la solicitud.

3) Comercialización de la variedad ⁴⁵².

4) Cultivo o reproducción en curso ⁴⁵³. Este modo de incorporación es contemplado explícitamente en el Convenio UPOV 1978 ⁴⁵⁴.

5) Oferta para la venta o comercialización ⁴⁵⁵. Conforme al criterio sentado previamente, debe tratarse de la oferta o comercialización de la "otra" variedad, esto es, de la variedad obtenida o descubierta y desarrollada por una persona distinta del solicitante del derecho de obtentor. En cambio, cuando lo que se ha comercializado ha sido "la" variedad, por el mismo solicitante o con su autorización, la cuestión cae bajo la regulación de un requisito distinto, la novedad, el cual, según ya se ha visto, introduce parámetros temporales diversos a los del requisito analizado ⁴⁵⁶.

6) Disposición a terceros de las plantas, partes de plantas, material cosechado o productos directamente obtenidos de ella ⁴⁵⁷. Vale la aclaración contenida en el inciso anterior.

7) Uso de la variedad, de las plantas, partes de plantas, material cosechado o productos directamente obtenidos de ellas ⁴⁵⁸. Lógicamente, debe tratarse de un uso que revista importancia suficiente como para hacer notoriamente conocida a la variedad. En particular, esta exigencia cobra especial importancia cuando lo usado es un producto derivado, ya que no siempre ella se verá satisfecha en estos casos.

8) Importación de la variedad ⁴⁵⁹.

9) Exportación de la variedad ⁴⁶⁰.

10) Presencia o inclusión de la variedad en una colección de referencia ⁴⁶¹.

11) Descripción precisa en una publicación ⁴⁶². Basta con que la información suministrada en la publicación sea lo suficientemente completa como para describir la variedad en sus caracteres relevantes, de manera que permita su eventual distinción respecto de otras. Por el contrario, no es necesario que la publicación suministre la información necesaria como para permitir la obtención de la variedad ⁴⁶³. O, dicho en términos de la literatura jurídica sobre patentes, no se requiere que la publicación sea suficiente como para hacer posible la ejecución (u obtención) de la variedad. Como contrapartida, cabe insistir, la variedad descrita en la publicación debe existir física o materialmente, ya que su inexistencia no puede ser suplida por una descripción, por muy precisa y ejecutable que ésta fuere.

12) Circulación de la variedad ⁴⁶⁴.

13) Ingreso de la variedad en un registro de variedades de una asociación profesional reconocida por la oficina nacional ⁴⁶⁵.

14) Uso con el propósito de lucrar u obtener ganancias ⁴⁶⁶.

15) Explotación de la variedad ya en curso ⁴⁶⁷.

18) Acondicionamiento o almacenamiento con el propósito de propagación ⁴⁶⁸. Con todo, es probable que este modo de incorporación no resulte apto para hacer notoriamente conocida a la variedad. Se trata de una cuestión que debe ser resuelta en cada caso particular. Si bien no cabe descartar este modo de incorporación de manera general y abstracta, vale apuntar las dificultades que puede encontrar para hacer conocida a la variedad acondicionada o almacenada.

El referido catálogo de actos de incorporación al estado de la técnica vegetal ha sido, en general, extraído de la legislación argentina (decr. 2183/91 y Convenio UPOV 1978) y comparada. En efecto, es usual que las leyes sobre la materia enuncien, en forma no taxativa, medios de incorporación al estado de la técnica vegetal. Sin embargo, algunas legislaciones no hacen alusión a actos específicos de incorporación ⁴⁶⁹, temperamento adoptado por la ley 20.247, que se limita a requerir que la variedad sea distinta de otras conocidas. Sin embargo, no debe entenderse que exista contradicción con el decr. 2183/91 y el Convenio UPOV 1978, ya que si bien estos últimos enumeran los modos de incorporación al estado de la técnica vegetal, lo hacen sólo con carácter enunciativo ⁴⁷⁰.

No debe olvidarse que los actos referidos en la enumeración están planteados de modo abstracto. Su idoneidad para incorporar una variedad vegetal al estado de la técnica vegetal debe decidirse en cada situación en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso. En todo caso, lo que se requiere es que el acto haya implicado una verdadera divulgación de la variedad, que haya puesto el conocimiento sobre la misma a disposición del público entendido o especializado. En algunos casos, esta circunstancia surge del medio mismo de incorporación (v.gr., inscripción de la variedad en un registro u oficina nacional); en otros, habrá que indagar las circunstancias particulares que presenten (v.gr., descripción en una publicación, explotación de la variedad).

11.5.1.5.4. Evaluación

En función de lo establecido en el punto precedente, el examinador habrá precisado cuáles son las variedades que se han incorporado al estado de la técnica vegetal, con lo cual estará en condiciones de afrontar la etapa final del examen de distinguibilidad: la evaluación de si la variedad es o no distinta. Para ello, lógicamente, es necesario efectuar una comparación. Idealmente, esta comparación se efectúa entre la variedad examinada y cada una de las variedades que, individualmente consideradas, integran el estado de la técnica vegetal. En la práctica, el examen se reduce a cotejar la variedad con las variedades inscriptas en la oficina nacional (en el Registro Nacional de Cultivares, siendo indiferente si han sido o son objeto de un derecho de obtentor mediante su inscripción en el Registro Nacional de Propiedad de Cultivares); las inscriptas actualmente dadas de baja; las variedades de países vecinos; y, en general, aquellas variedades cuyo cotejo el

examinador considere oportuno⁴⁷¹. Lógicamente, “la primera base de comparación está generalmente constituida por aquellas variedades que se consideran similares a la variedad examinada...”⁴⁷². Si ninguna variedad presenta tal parecido, el examen de distinguibilidad puede darse por terminado. Si, por el contrario, una o varias variedades presentan, *prima facie*, un cierto grado de semejanza con la variedad examinada, será necesario efectuar un análisis más detenido. En este caso, el examinador deberá determinar las características de la variedad con la cual será comparada, conforme al procedimiento y a los criterios ya señalados con relación a la variedad objeto de la solicitud. Con la descripción precisa de las dos variedades que se han de cotejar, el examinador está en condiciones de pasar a la última etapa: la evaluación de si la variedad objeto de la solicitud se distingue claramente de la otra variedad. Lógicamente, este procedimiento debe repetirse tantas veces como variedades existan que presenten, a primera vista, una semejanza importante con la variedad examinada.

Obviamente, la comparación entre las variedades debe ser realizada por un técnico, un perito en la materia. Este examen presenta al análisis jurídico dos cuestiones fundamentales: a) cuáles son los caracteres o descriptores relevantes para efectuar el examen; y b) en referencia al carácter o descriptor escogido, cuándo deja de haber semejanza, pudiendo afirmarse que una variedad es distinta de otra, es decir, el problema de la llamada “anchura de clase”, entendiéndose por tal “... *el valor a partir del cual dos expresiones de un mismo carácter se pueden considerar diferentes*”⁴⁷³. Los criterios de distinción varían según el tipo de carácter evaluado (puede ser cuantitativo, como la altura de una planta, o cualitativo, como el color de una flor) y las condiciones de medición (a campo, en laboratorio)⁴⁷⁴. Sin embargo, el juicio comparativo no termina aquí. Hasta este momento, lo que se tiene es un juicio técnico que señala el grado de semejanza o distinción existente entre las variedades cotejadas, en relación a los descriptores escogidos para efectuar la comparación. Pero aún no se ha determinado si, a los efectos jurídicos, las variedades comparadas son o no distintas. Por ejemplo: el dictamen técnico podrá decir si las variedades se distinguen en uno, varios o todos los descriptores, y, en cada caso, en qué medida. Pero aún se necesita el criterio jurídico para definir si, por ejemplo, la variedad examinada, para ser distinta, debe diferenciarse como mínimo en un carácter. O, con mayor exigencia, en dos, o más. Si bien el examen de distinción debe ser efectuado por técnicos en la materia, es necesario precisar el criterio jurídico que éstos habrán de aplicar. Le compete al técnico entender si la variedad se diferencia en uno, varios, todos o ningún carácter, y en qué medida. Pero le compete al derecho precisar cuál criterio exige la ley para considerar a una variedad distinta respecto de otra.

La respuesta se ubicará en un punto intermedio entre dos extremos que, por exceso o por defecto, no precisan mayor análisis. Un primer extremo es aquel en el cual entre las variedades comparadas no existe, prácticamente, semejanza alguna. Es obvio que, en este caso, la variedad examinada debe considerarse distinta de aquella respecto de la cual se la está comparando. El otro extremo ocurre cuando la variedad examinada es exactamente igual, en la totalidad de los descriptores escogidos para el cotejo, a la “otra” variedad. En este caso, por cierto, “la” variedad no es distinguible de la “otra” variedad,

motivo por el cual corresponde rechazar la solicitud de inscripción, o declarar la nulidad del derecho de obtentor que eventualmente se hubiera concedido.

Pero si se dejan de lado estos casos extremos, queda aún por definir el criterio a adoptar en las diversas situaciones intermedias que pueden presentarse, es decir, en aquellos casos en que la variedad es parcialmente semejante a una ya existente, y parcialmente distinta. Un criterio extremo sería aplicar con rigor el principio de identidad -al mejor estilo parmenídeo- y considerar que la más mínima diferencia, por ínfima que sea, ya justifica que se considere a la variedad examinada como distinta. Otra opción es requerir que la diferencia entre ambas variedades revista cierta entidad o importancia para dar por satisfecho el requisito de la distinguibilidad. De adoptarse este último criterio, es necesario determinar cuál es esa diferencia mínima que justifica que la variedad sea considerada distinta y, por ende, registrable. Como puede advertirse, la cuestión no se agota en lo meramente técnico. Sea cual sea el dictamen del perito en la materia, en algún criterio jurídico deberá basar su distinción. Y este criterio debe surgir del derecho regulador de la materia.

Conforme se ha referido, la legislación comparada exige de manera uniforme el cumplimiento de este requisito, como condición para el otorgamiento del derecho de obtentor. Sin embargo, se advierten ciertas diferencias en su caracterización que, si bien pueden parecer sutiles o de detalle, son decisivas a la hora de resolver el interrogante planteado en el párrafo precedente. Así, se ha caracterizado este requisito exigiendo que la variedad se distinga claramente ⁴⁷⁵; que se distinga claramente, por uno o varios caracteres importantes ⁴⁷⁶; que se distinga claramente, por un margen mínimo de descriptores ⁴⁷⁷; que se distinga claramente, por una o más características identificables ⁴⁷⁸; que se distinga claramente por una o más características, o por una combinación de características ⁴⁷⁹; que sea posible diferenciarla claramente por la expresión de las características resultantes de un genotipo en particular o de una combinación de genotipos ⁴⁸⁰; que difiera claramente por una o más características morfológicas o cualquier otra característica medible ⁴⁸¹; que se distinga técnica y claramente por uno o varios caracteres pertinentes de cualquier otra variedad ⁴⁸²; que se distinga claramente por una o más características morfológicas, fisiológicas o cualquier otro tipo de descripción, siempre que sea susceptible de descripción y reconocimiento ⁴⁸³; que se distinga por una o más características susceptibles de reconocimiento y descripción precisa ⁴⁸⁴; que sea posible diferenciarla claramente por la expresión de una o más características importantes resultantes de un genotipo en particular o de una combinación de genotipos ⁴⁸⁵; que sea distinguible de otros cultivares conocidos ⁴⁸⁶; que se distinga claramente, por una o más características ⁴⁸⁷, etc. Si bien las expresiones referidas presentan un núcleo conceptual común, dado que en definitiva todas se refieren al mismo requisito, se advierten entre ellas diferencias que no son menores a la hora de definir si es exigible la diferencia mínima. Conviene, pues, analizar con detenimiento lo prescripto por las normas pertinentes de la legislación argentina.

Conforme se ha adelantado, este requisito está previsto tanto en la LSCF, como en el Convenio UPOV 1978 y en el decr. 2183/91. La ley 20.247 se limita a requerir que los cultivares sean "... distinguibles de otros conocidos a la fecha de presentación de la

solicitud...”⁴⁸⁸, aunque no aclara cuándo una variedad vegetal debe considerarse distinguible. Más ilustrativo resulta el decreto, que declara que la variedad ha de considerarse distinta cuando se pueda distinguir “... claramente, por medio de una o más características, de cualquier otra variedad cuya existencia sea materia de conocimiento general al momento de completar la solicitud...”⁴⁸⁹. El art. 6º del acta 1978 de UPOV es de tenor aproximado al art. 26 del decr. 2183/91, aunque contiene una diferencia que, si bien a primera vista puede parecer irrelevante, resulta particularmente importante para precisar el criterio de distinguibilidad. Establece la citada norma que, para ser registrable, la variedad “... *debe poder distinguirse claramente por uno o varios caracteres importantes de cualquier otra variedad, cuya existencia sea notoriamente conocida en el momento en que se solicite la protección...*”⁴⁹⁰. Al igual que en el decreto citado, se exige que las variedades se distingan “claramente”, aunque se agrega que la distinción debe fundarse en uno o varios caracteres “importantes”. Por lo tanto, el tratado no sólo exige (como también lo hace el decreto) que las variedades se distingan claramente por uno o varios caracteres, sino que agrega que estos caracteres deben ser “importantes”. Si bien la idea se desarrollará más adelante, puede anticiparse el criterio interpretativo que se considera preferible: no basta una diferencia menor para considerar jurídicamente distinta a la variedad, sino que es necesario que la variedad se distinga claramente, por uno o varios caracteres importantes. En suma, debe existir una “diferencia mínima” entre las variedades cotejadas.

Conviene aclarar que la distinguibilidad de una variedad no necesariamente está relacionada con su valor o utilidad. En concreto, es necesario que la variedad sea distinta, siendo indiferente su valor agronómico⁴⁹¹. Como se ha señalado, el juicio de distinción “... se establece sobre la base de caracteres que tienen o no una relación con el valor agronómico o tecnológico de la variedad, o un interés económico”⁴⁹². En la misma ley 20.247, en la nota de elevación, comentarios al Capítulo V, se señala: “No se requiere que el cultivar sea superior, por cuanto supondría ensayos territoriales en varias regiones y por un período de tres o más años, con las demoras consiguientes y la siempre existente posibilidad de incurrir en error en la apreciación al no reflejarse requisitos que puedan interesar al productor. El dueño del cultivar y el productor usuario son quienes resolverán en definitiva sobre la difusión del cultivar. Así se ha progresado rápidamente en materia de híbridos de maíz y de sorgos”. En suma, será el mercado el que premie la variedad que presente mayor valor o utilidad agronómica. Es irrelevante, por lo tanto, si la diferencia que la variedad presenta redunde en un mayor o menor rendimiento⁴⁹³. Este ha sido el principio tradicionalmente sostenido por la UPOV y las legislaciones que han establecido el régimen del derecho de obtentor⁴⁹⁴. Pero a partir de esta afirmación -que resulta compartible- la doctrina generalmente infiere una conclusión cuya validez resulta cuestionable: que basta una diferencia menor, nimia, para justificar la distinguibilidad, incurriendo así en una confusión entre la *utilidad* y la *diferencia mínima*, de resultados de lo cual, al descartar a la primera se descarta, también, a la última. Es correcta la supresión de la utilidad (en el régimen del derecho de obtentor, esa utilidad de la variedad residiría, en principio, en su valor agronómico), pero no es correcto que, por ello, se descarte la exigencia de la diferencia mínima. Se trata de dos requisitos distintos, que

pueden existir separadamente, sin que el descarte o la admisión de uno influyan en la suerte del otro.

Tampoco debe incurrirse en el error inverso, esto es, que por asimilar la distancia mínima con la utilidad se termine requiriendo esta última al requerir la primera. En este último sentido, se ha afirmado que *“aun si no se exige actividad inventiva, se necesitará normalmente que la variedad presente una ventaja, y no solamente una diferencia con una variedad ya existente, lo que exige un juicio (de valor), la ventaja no deberá ser absoluta, pero sí relativa al carácter valorado como importante”*⁴⁹⁵. Siempre en esta línea asimiladora de la diferencia mínima y la utilidad, se ha afirmado que *“algunas desviaciones pequeñas pueden ser admitidas si existe un verdadero progreso, lo que no implica admitir una simple diferenciación de productos muy similares por demarcaciones científicas casi equivalentes”*⁴⁹⁶. La postura referida sólo resulta parcialmente compartible. De los pasajes transcritos puede coincidir en los siguientes aspectos: a) en el régimen del derecho de obtentor no corresponde exigir el requisito de la altura inventiva⁴⁹⁷; y b) no basta una mínima diferencia para justificar la concesión de un derecho de obtentor. No parece que pueda compartirse, en cambio, como parece sostener la autora citada, que en el examen de concesión de un derecho de obtentor deban incorporarse en el análisis cuestiones tales como la “ventaja” que reporta la variedad examinada, ni el “verdadero progreso” que pueda implicar respecto de la tecnología preexistente.

Afirmar que debe existir una diferencia mínima supone negar la posibilidad de conceder el derecho de obtentor a las variedades que han sido objeto de una simple mejora “cosmética”. Conforme a este criterio interpretativo, estas variedades -conocidas como “variedades duplicadas” porque “... difieren de las existentes en sólo uno o pocos caracteres inconsistentes y que se han obtenido a través del denominado ‘mejoramiento cosmético’”⁴⁹⁸- no son susceptibles de inscripción en el R.N.P.C. La interpretación adoptada choca con la sostenida por la opinión mayoritaria, para la cual -de *lege lata*- la distancia mínima no ha tenido recepción en la legislación argentina vigente. En efecto, la generalidad de los autores y especialistas sobre la materia entienden -de *lege lata*, cabe insistir- que la variedad mejorada “cosméticamente” supera el juicio de distinguibilidad. Opinan en este sentido Rapela⁴⁹⁹, Harries⁵⁰⁰, Greengrass⁵⁰¹ y Gutiérrez⁵⁰². Los defensores de esta postura encuentran un argumento de peso en el propio texto del *decr. 2183/91*⁵⁰³, que si bien exige que las variedades se distingan claramente, agrega a continuación que se deben distinguir “por medio de una o más características”. Basta, entonces, y conforme a una interpretación literal, que las variedades se distingan por sólo una característica. No cabe duda que es un argumento de valía, que se refuerza aún más al considerar que el decreto suprimió el adjetivo “importantes” con que una de sus fuentes, el *acta de UPOV 1978*⁵⁰⁴, califica a los caracteres diferenciales⁵⁰⁵. Lavignolle sintetiza con claridad el criterio mayoritario: *“En definitiva no importa en cuántos caracteres se diferencia una variedad de otra; sino la magnitud de dichas diferencias. Es suficiente con una sola diferencia siempre y cuando ésta sea verdadera, clara y fácil de comprobar”*⁵⁰⁶. Las consecuencias de esta postura interpretativa son de gran trascendencia, ya que implica

que cualquier obtentor puede ver burlado su derecho si un tercero decide copiar -introduciéndole alguna mejora cosmética- su variedad. Esta circunstancia es advertida claramente por los autores que defienden la postura mayoritaria, y es por ello que -coincidentes- sugieren la modificación del régimen actual en este aspecto (en su mayoría, por la vía de adherir al acta 1991 de la UPOV). La relación que se hace a la intención de los autores no es casual: considerando preferible el régimen del Convenio UPOV 1991, a veces tienden a subrayar con particular énfasis los defectos de la norma cuya reforma proponen.

Puede coincidirse en que, en lo que a este punto respecta, sería un progreso adherir a la última acta de UPOV⁵⁰⁷. Pero, independientemente de ello, parece que en los principios existentes en el derecho vigente pueden encontrarse argumentos suficientes para corregir sus propias limitaciones aparentes, en particular, la eventual inexigencia de una distancia mínima. En suma, parece que es requerible una diferencia mínima como condición para la concesión del derecho de obtentor, por los argumentos que a continuación se enumeran, y que serán oportunamente desarrollados: a) su exigencia resulta de una correcta aplicación de los criterios de interpretación del derecho generalmente aceptados; b) la distancia mínima resulta económicamente preferible; c) la distancia mínima resulta de la prohibición del abuso del derecho; d) la exigencia de la distancia mínima es una derivación elemental del principio de prohibición del fraude a la ley; y e) la exigencia de la distancia mínima es coherente con la prohibición del enriquecimiento sin causa.

11.5.1.5.4.1. Interpretación de las normas directamente involucradas

El requisito de la diferencia mínima surge de una correcta aplicación de los criterios de interpretación del derecho generalmente aceptados. En efecto, las tres normas directamente involucradas en la resolución de esta cuestión (Convenio UPOV 1978, art. 6.1.a; ley 20.247, art. 20; decr. 2183/91, art. 26.b), debidamente interpretadas, conducen a aceptar el requisito de la distancia o diferencia mínima⁵⁰⁸.

a) Criterios literal y sistemático

A los efectos de aplicar estos criterios, conviene transcribir las normas citadas, destacando en cursiva los pasajes que guardan relación directa con la cuestión analizada:

“Podrán ser inscriptas en el Registro... las creaciones fitogenéticas o cultivares *que sean distinguibles* de otros conocidos a la fecha de presentación de la solicitud de propiedad...” (art. 20 ley 20.247)

“Condiciones requeridas para beneficiarse de la protección. 1) El obtentor gozará de la protección prevista por el presente Convenio cuando se cumplan las siguientes condiciones: a) Sea cual sea el origen, artificial o natural, de la variación inicial que ha dado lugar a la variedad, *ésta debe poder distinguirse claramente por uno o varios caracteres importantes* de cualquier otra variedad, cuya existencia sea notoriamente conocida en el momento en que se solicite la protección” (art. 6º Convenio UPOV 1978)

“Para que una nueva variedad pueda ser objeto de título de propiedad, deberá reunir las siguientes condiciones:... b) Diferenciabilidad. *Que permita distinguirla claramente,*

por medio de una o más características, de cualquier otra variedad cuya existencia sea materia de conocimiento general al momento de completar la solicitud” (art. 26 decr. 2183/91)

Sometiendo los textos a una interpretación literal y sistemática, transitando así el mentado “círculo hermenéutico”, lo primero que se advierte es que tanto el tratado como el decreto reglamentario de la ley requieren algo más que la mera diferenciación: la variedad debe poder distinguirse “claramente”⁵⁰⁹, o, más aún, debe poder distinguir “claramente” por uno o varios caracteres “importantes”⁵¹⁰.

Antes de ingresar en la aplicación del criterio histórico-teleológico, que será considerado a continuación, conviene efectuar una precisión previa, que refuerza aún más la necesidad de involucrar los fines del legislador, y del derecho en sentido objetivo, a la hora de buscar el significado normativo de la “distinguibilidad”. A este efecto, es menester recordar la distinción entre “definición” y “tipo”. Como se ha visto, en una definición, se determina con exactitud el contenido de un concepto, dado que contiene las notas necesarias y suficientes para referirse al objeto denotado en el concepto. En consecuencia, todo objeto que presente todas y cada una de esas notas es subsumible bajo el concepto definido. Esta actividad intelectual se realiza a través del silogismo de subsunción. En la premisa mayor aparece la definición del concepto. En la premisa menor, la comprobación de que el objeto x presenta todas las notas distintivas mencionadas en la definición. De haberse comprobado lo anterior, la conclusión consistirá en el siguiente enunciado: x pertenece a la clase de objetos designados por el concepto.

Así entendida, la definición jugó un rol decisivo en el esquema lógico de aplicación de la ley del positivismo decimonónico, por la función esencial que cumple en el llamado “silogismo de determinación de la consecuencia jurídica”. En este silogismo, la premisa mayor establece que “para todo caso de S (supuesto de hecho) vale C (consecuencia jurídica)”. Se trata, en suma, de la norma jurídica completa, tal como resulta aplicable al caso. En el caso que se plantea, y efectuando una simplificación extrema, esta premisa establece: “Toda variedad vegetal distinta (supuesto de hecho) puede ser objeto de un derecho de obtentor (consecuencia jurídica)”⁵¹¹. En la premisa menor, se constata que “H es un caso de S”. Es decir, es la subsunción de uno o varios hechos concretos (los que constituyen el caso) dentro del supuesto de hecho de la norma jurídica. Siguiendo con el ejemplo: “La variedad xx es una variedad vegetal distinta”. Efectuada esta comprobación, se arriba necesariamente a la conclusión: “para H vale C”. Por ella, se afirma que, para este hecho, vale la consecuencia jurídica mencionada en la norma. En el ejemplo: “La variedad xx puede ser objeto de un derecho de obtentor”. Expuesto en forma completa, el silogismo de determinación de la consecuencia jurídica sería, en el caso, el siguiente:

Toda variedad vegetal distinta puede ser objeto de un derecho de obtentor.

La variedad xx es una variedad vegetal distinta.

La variedad xx puede ser objeto de un derecho de obtentor.

A su vez, para arribar a la premisa menor del silogismo de determinación de la consecuencia jurídica, es necesario efectuar el llamado “silogismo de subsunción”. En su premisa mayor, establece que “S (supuesto de hecho) está plenamente caracterizado por

las notas distintivas n1, n2 y n3". En el ejemplo, "la variedad distinta es la que se distingue claramente, por uno o varios caracteres importantes, de toda otra variedad cuya existencia sea notoriamente conocida en la fecha relevante". En la premisa menor, se declara que "H presenta las notas distintivas n1, n2 y n3". Así: "La variedad xx se diferencia claramente, por uno o varios caracteres importantes, de toda otra variedad cuya existencia era notoriamente conocida en la fecha relevante". En suma, se definen ambos conceptos, y se establece luego que todas las notas distintivas del concepto superior (definido en la premisa mayor) se repiten en el concepto inferior (definido en la premisa menor). De aquí se deriva, lógicamente, la conclusión: "H es un caso de S". En el caso: "la variedad xx es una variedad vegetal distinta". Expuesto en forma completa, el silogismo de subsunción sería, en el caso, el siguiente:

Una variedad vegetal que se distingue claramente, por uno o varios caracteres importantes, de toda otra variedad cuya existencia sea notoriamente conocida en la fecha relevante, es una variedad vegetal distinta.

La variedad xx se diferencia claramente, por uno o varios caracteres importantes, de toda otra variedad cuya existencia era notoriamente conocida en la fecha relevante.

La variedad xx es una variedad vegetal distinta.

Como puede advertirse, esta conclusión del silogismo de subsunción viene a ser la premisa menor del silogismo mayor, el silogismo de determinación de la consecuencia jurídica.

Las ventajas que el concepto depara al proceso de pensamiento descripto son evidentes, ya que facilita, transparenta y hace previsible la aplicación del derecho. Mediante un proceso totalmente puro de pensamiento, y siempre que se hayan efectuado las debidas comprobaciones de hecho, puede arribarse con total exactitud a la solución que el derecho depara para todo caso que se presente. En la temática analizada, permite establecer con precisión en qué casos puede concederse un derecho de obtentor respecto de una variedad vegetal.

Sin embargo, el procedimiento de aplicación referido padece severos límites, que la crítica se ha ocupado de resaltar. Entre otros, uno de los más relevantes es que la premisa mayor no siempre es tan evidente como el referido silogismo sugiere. En particular, porque el concepto no es idóneo para captar fenómenos de la vida cuyas notas no necesitan estar todas necesariamente presentes en cada caso, sino que pueden presentarse con distinta intensidad y unión. En estos casos, hace necesario echar mano del "tipo".

Repasando la noción de distinguibilidad, resulta claro que varias de sus notas caracterizantes presentan un inequívoco grado de imprecisión, que la acercan más al tipo que a la definición. En efecto, se establece que una variedad es distinta si se diferencia *claramente*, por uno o varios caracteres *importantes*, de toda otra variedad cuya existencia era *notoriamente* conocida en la fecha relevante. Adviértase la indeterminación que algunas de estas notas caracterizantes presentan: "diferencia *claramente*", "caracteres *importantes*", "existencia *notoriamente* conocida". La evaluación del carácter distinto de una variedad supone introducir en el análisis criterios que, inexorablemente,

entrañan un cierto grado de imprecisión, siendo susceptibles de graduación en más o en menos, antes que de afirmación o negación. La noción de distinguibilidad, en suma, presenta notas que, por sus características, impiden efectuar una mera subsunción lógica. Total o parcialmente, ha de llevarse a cabo una integración en el tipo. Conforme se ha señalado, esta operación intelectual debe efectuarse tomando especialmente en consideración el punto de vista valorativo directivo que impulsó al legislador a ligar a ese tipo (la variedad distinta) con sus consecuencias jurídicas (la concesión del derecho de obtentor). Con lo cual se refuerza, como se anticipó, la necesidad de acudir al criterio histórico-teleológico y a los teleológico-objetivos.

b) Criterio histórico-teleológico

Conforme a la secuenciación del método ya referida, debe acudirse al criterio histórico-teleológico, para acotar el marco de los resultados interpretativos aún sostenibles. En el caso planteado, esta remisión a la “voluntad del legislador” arroja argumentos encontrados. Por un lado, es claro que si el legislador optó por crear un nuevo derecho intelectual para proteger determinados avances tecnológicos, a pesar de que ya existía el derecho de patentes, es porque lo quiso distinguir del derecho intelectual ya existente. Analizando la historia, a nivel internacional, del derecho de obtentor, se advierte que fue concebido, efectivamente, como un derecho intelectual *ad-hoc*, específicamente diseñado para la protección de las variedades vegetales⁵¹². En su oportunidad, se consideró que el derecho de patentes presentaba diversos inconvenientes, que imposibilitaban o hacían dificultosa la protección de los resultados de la actividad fitomejoradora. En particular, uno de los principales inconvenientes que se encontraba en el derecho de las patentes era la exigencia de la altura inventiva. La naturaleza predominantemente incremental de la tecnología fitomejoradora implicaba que las nuevas variedades vegetales obtenidas no pudieran acceder a la protección patentaria, ya que carecían -en la mayoría de los casos- de actividad inventiva. Justamente, uno de los cambios más relevantes que se incorporó al diseño específico del derecho de obtentor fue la supresión del referido requisito patentario. Por lo tanto, el criterio histórico estaría indicando que no estuvo entre los fines del legislador exigir una “diferencia calificada” en el régimen del derecho de obtentor, análoga a la altura inventiva⁵¹³.

Con todo, conviene precisar que el argumento no presenta la misma fuerza en el derecho argentino que en aquellos países europeos en los que se gestó el régimen del derecho de obtentor. Por lo pronto, la ley entonces vigente en materia de patentes -Ley 111- no requería la altura inventiva⁵¹⁴. Luego, parece que en el contexto del derecho argentino, no suena muy convincente que el legislador haya querido crear un derecho intelectual específico -el derecho de obtentor- con la intención de evitar que las variedades vegetales debieran cumplir un requisito que la ley de patentes entonces vigente no exigía. Sin embargo, si se trasciende la perspectiva local, y se proyecta la mirada a nivel mundial, el argumento mantiene su lozanía: entre otros motivos, el régimen del derecho de obtentor fue creado para sortear la dificultad que para la fitotécnica implicaba el cumplimiento del requisito de la altura inventiva, que viene a cumplir en el régimen de las patentes, como ya se ha señalado, una función análoga a la que desempeñaría la diferencia mínima en el régimen del derecho de obtentor⁵¹⁵. Parece,

pues, que esta mirada histórica desaconseja interpretar el requisito de la distinguibilidad con una extensión tal que termine asimilándolo a la altura inventiva del derecho patentario.

Por otro lado, de la aplicación del criterio histórico-teleológico surge un segundo argumento, esta vez favorable a la exigencia de una distancia mínima. En efecto, se advierte que, en más de una ocasión, el ordenamiento jurídico argentino vigente hace referencia al rol que le cabe al Estado en orden a la promoción del desarrollo tecnológico. Entre los fines del legislador argentino, figura, sin duda, la promoción del desarrollo tecnológico, por estar asociado a un incremento o mejora del bienestar de los habitantes⁵¹⁶. En lo que respecta específicamente al régimen del derecho de obtentor, en repetidas ocasiones en la LSCF se insiste en que su finalidad es incentivar el desarrollo tecnológico del sector fitomejorador⁵¹⁷. Una elemental previsión permite advertir que, de ser posible la concesión de un derecho de obtentor a una variedad cosméticamente mejorada, ello conduciría a la erosión del derecho de obtentor, ya que cualquier competidor podría sortear el *ius excluendi* que el derecho intelectual implica mediante la copia servil de una variedad registrada. La apuntada finalidad del legislador -"protección-incentivación-innovación"- requiere que la protección que el derecho de obtentor otorga sea verdadera, y no una mera ilusión, desbaratable a través de la registración de una variedad plagiada. Por lo tanto, parece que si se quiere honrar el fin del legislador, es menester exigir "algo más" que una diferencia ramplona para justificar la inscripción de una variedad vegetal en el RNPC.

Por lo expuesto, puede concluirse que el criterio histórico arroja dos argumentos de suma utilidad para la interpretación de la normativa aplicable. En primer lugar, que no debe interpretarse el requisito de la distinguibilidad de modo tal de transformarlo, aunque bajo otro nombre, en la altura inventiva, ya que, entre otros motivos, el régimen del derecho de obtentor fue diseñado para adaptar los requisitos de las patentes a una tecnología que en más de un caso no podía cumplirlos, dado su carácter predominantemente incremental. En segundo lugar, que no basta cualquier diferenciación, por ínfima que sea, para admitir el otorgamiento del derecho de obtentor, porque esto implicaría carcomer las bases de un sistema que fue diseñado con la finalidad explícita de incentivar el desarrollo de la actividad fitomejoradora.

c) Criterios teleológico-objetivos

El criterio anterior ha servido para acotar aún más los posibles sentidos jurídicamente defendibles de las normas analizadas. Sin embargo, aún subsiste un margen de indeterminación que justifica la apelación a los criterios teleológico-objetivos. Acorde con lo ya referido, estos criterios pueden agruparse en fines generales y fines vinculados a la naturaleza del objeto específicamente regulado. Entre los fines generales - u objetivos- del derecho ocupa un lugar prioritario el de "igual tratamiento de lo igual"⁵¹⁸, conforme al cual, y en consonancia con la enseñanza aristotélica, se ha de tratar igualmente a los iguales, y desigualmente a los desiguales⁵¹⁹. Aun admitiendo que, en numerosas oportunidades, la regla o finalidad referida resulta incierta a la hora de su aplicación, no es menos cierto que, en aquellos casos en que la desigualdad es evidente, resulta contrario a la justicia aplicar una solución uniformadora. Esto es lo que sucede

con el problema bajo análisis. Por un lado, un obtentor ha desarrollado una variedad que se distingue claramente de la totalidad de las existentes, por uno o varios rasgos importantes. Por el otro, un segundo obtentor pretende la protección de una variedad de “su” autoría, que se distingue sólo en aspectos menores o de detalle respecto de otra variedad ya existente (que puede, o no, estar registrada). Resulta irrazonable, considerando el sentido del régimen del derecho de obtentor, que ambas variedades reciban un mismo tratamiento, que se desconozca la diferencia esencial que, en términos jurídicos, existe entre ellas. De actuarse así, se estaría igualando lo que es desigual, contrariando de este modo uno de los más elementales fines del derecho. Parece que, por el contrario, sería más ajustado exigir una entidad mínima a la diferencia, de cuya superación dependa la concesión del derecho de obtentor. Si bien en muchos casos particulares la aplicación de esta regla suscitará discrepancias, e incluso incertidumbre, por lo menos de este modo se habrá dado cumplimiento a una exigencia elemental de justicia, distinguiendo a los iguales (las variedades que superan la diferencia mínima) de los desiguales (las variedades que no alcanzan a superar esa distancia mínima).

Según se refirió, también debe contarse entre los fines del derecho la aspiración de lograr una regulación conforme con la “naturaleza de la cosa”, es decir, de la realidad social objeto de regulación en la norma interpretada. En buena medida, la cuestión ya ha sido analizada al tratar el criterio histórico-teleológico: los requisitos del derecho de obtentor deben acomodarse a la naturaleza preponderantemente incremental de este sector de la tecnología; el régimen del derecho de obtentor existe para incentivar el desarrollo tecnológico en el área del mejoramiento vegetal. En cuanto fin objetivo -esto es, independiente de la conciencia del legislador- este último aspecto requiere un análisis más detenido, ya que de él pueden surgir argumentos que permitan resolver el tema en análisis. Dado que el derecho de obtentor viene a cumplir una función predominantemente económica, resulta conveniente hacer una breve referencia a la cuestión.

La exigencia de una diferencia mínima alienta la auténtica labor de fitomejora, y desincentiva la inversión de recursos en actividades de plagio en materia vegetal. Argentina necesita contar con una industria de mejoramiento vegetal vigorosa, no sólo por los argumentos tradicionales (fundamentalmente, evitar la fuga de divisas como pago por la tecnología extranjera), sino también porque las peculiaridades de cada región implican que una variedad apta para una determinada zona no lo sea para otra. Por lo tanto, no resulta posible importar indiscriminadamente tecnología, sino que es necesario contar con variedades desarrolladas que se adapten a las peculiaridades de cada región. De admitirse que una simple mejora cosmética basta para obtener un derecho de obtentor, se estará relajando a la industria, tentándola con proyectos de menor alcance en sus beneficios sociales, pero también menos exigentes en cuanto a la inversión⁵²⁰. Si se adopta un criterio más estricto, y se exige una diferencia mínima, las empresas fitomejoradoras se verán impulsadas a desarrollar variedades que se diferencien claramente de las ya existentes. Evidentemente, la tasa de retorno social será más elevada en este último caso.

La aplicación de los criterios teleológico-objetivos ha permitido, de acuerdo a lo expuesto, avanzar en la interpretación de las normas analizadas. Atendiendo a uno de los fines generales del derecho más relevantes, cual es el de “igual trato de lo igual”, se advierte que no resulta razonable someter a un mismo tratamiento -el otorgamiento de un derecho de obtentor- a los sujetos que han desarrollado dos variedades que presentan situaciones completamente diversas: una de ellas, claramente distinta a cualquier otra que se conozca; la otra, apenas diferente, en aspectos cosméticos, de otra cuya existencia es conocida. La exigencia de tratar desigualmente lo desigual exige que, en el primer caso, sea concedido el derecho de obtentor, y no en el segundo. Reafirmando el argumento anterior, se advierte que entre los fines específicos del régimen del derecho de obtentor asoma, y como el más importante, el de promover el desarrollo tecnológico. Resulta claro que esta finalidad no ha de cumplirse si el derecho intelectual se otorga a un variedad simplemente “duplicada”, porque: a) si la “otra” variedad es objeto de un derecho de obtentor vigente, la concesión de otro derecho de obtentor para una variedad casi idéntica -la “duplicada”- conducirá inevitablemente a la erosión del sistema de incentivos que el régimen pretende imponer, ya que mediante una burda falsificación cualquier tercero podrá competir con el obtentor de la variedad original; y b) si la “otra” variedad no es objeto de un derecho de obtentor vigente, se estará generando innecesariamente un costo social importante -el costo del monopolio legal que el derecho de obtentor sobre la variedad “duplicada” implica-, alterando de este modo el equilibrio entre los costos y beneficios del sistema en perjuicio de la sociedad y los auténticos fitomejoradores, y en beneficio del “falsificador” de variedades.

d) Criterio de interpretación conforme a la Constitución⁵²¹.

De la aplicación, en su debido orden, de los criterios referidos, surgen argumentos suficientes para sostener que el derecho de obtentor sólo debe ser concedido a aquellas variedades que se distingan claramente de cualquier otra variedad existente, por uno o varios caracteres importantes. Por otro lado, este resultado interpretativo es armónico con el art. 17 de la Constitución Nacional, que establece: “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley”. Por lo tanto, la Constitución Nacional sólo admite el otorgamiento de un derecho intelectual que otorgue un disfrute exclusivo sobre determinada tecnología cuando existe una invención o un descubrimiento de por medio. Así, con relación al régimen de patentes, se ha señalado que no es “... *constitucionalmente válido imponer respecto del uso de tecnologías que no son invenciones las restricciones derivadas del Derecho de patentes*”⁵²². Se trata, pues, de un requisito prelegal. Mirado desde la perspectiva hermenéutica, conviene recordar que, si esa es la exigencia constitucional, las normas deben interpretarse en el sentido de su constitucionalidad, antes que lo contrario. En suma, el criterio de interpretación conforme a la Constitución conduce a admitir la exigencia de una “diferencia mínima”, desechando así la posibilidad de concesión de un derecho de obtentor respecto de una variedad “duplicada”.

Desde su nacimiento, el derecho de patentes -al cual cabe hacer referencia, dada su identidad estructural con el derecho de obtentor- ha experimentado una evolución, tanto

en lo que se refiere a su concepción básica como a la estructuración técnica que es su consecuencia. En sus primeros siglos de vida -siglos XVI a XVIII- se concibió a la patente como una concesión graciosa del monarca, quien no estaba constreñido por ninguna regla al decidir acerca de la concesión o no del privilegio. A fines del siglo XVIII, y durante buena parte del siglo siguiente, se abrió paso una segunda concepción, por la que se entendió que, lejos de ser un privilegio, la patente era un derecho individual del inventor, que debía ser reconocido y protegido, como un verdadero derecho de propiedad. Al promediar el siglo XIX fue abriéndose paso un tercer paradigma, conforme al cual se entendió que el sistema de patentes era un mecanismo de promoción del desarrollo tecnológico y, por ende, económico de un país. Finalmente, en la segunda mitad del siglo XX, y sobre todo en sus últimas décadas, se consideró que un sólido régimen de patentes formaba parte de la infraestructura que requiere el libre comercio a nivel internacional.

Sin duda, algunos de estos modelos o paradigmas son antagónicos. Compárese, por ejemplo, a la concepción de la “patente=privilegio” con la visión de la “patente=derecho moral o natural del inventor”. En otros casos, estos modelos pueden funcionar complementariamente, adquiriendo mayor o menor protagonismo uno u otro según las circunstancias. Tal es el caso de los tres últimos paradigmas referidos. Resulta claro que la Carta magna repudia la asimilación de la patente a un privilegio, ya que califica al derecho del inventor como un derecho de propiedad. No resulta conciliable esta referencia con la noción de un privilegio, que pueda ser antojadizamente concedido o denegado. El artículo citado implica un verdadero mandato para el legislador, quien debe reconocer y regular el derecho reconocido a nivel constitucional.

Sin duda, esta finalidad no puede ser desconocida a la hora de interpretar la norma constitucional, ni las inferiores que la desarrollan. Partiendo de esta base, puede retornarse al tema tratado en este capítulo: la Constitución Nacional, ¿tiene algo para decir con respecto a la cuestión de la distancia mínima, o se trata de un asunto constitucionalmente neutro? El legislador debe cumplir el mandato constitucional en su letra y en su espíritu, por lo que no basta con un reconocimiento formal del derecho de obtentor, sino que debe establecerse un régimen jurídico que garantice al obtentor la “propiedad exclusiva” de la variedad vegetal que ha desarrollado. Habiendo sido superada la postura que identifica al derecho intelectual con el derecho real de propiedad o dominio ⁵²³, la referencia constitucional a la propiedad exclusiva del inventor debe interpretarse, adaptando los términos a la época actual, como un derecho de “disfrute exclusivo”. Sin duda, mal puede hablarse de un disfrute exclusivo cuando basta efectuar una transformación menor e intrascendente a la variedad del obtentor para que “copia” pueda ser libremente explotada por un tercero, y en forma exclusiva.

La interpretación del art. 17 que se ha referido conduce a un dilema que puede resolverse aceptando que la distancia mínima es un requisito del régimen vigente del derecho de obtentor. De lo contrario, deberá concluirse que el régimen vigente resulta inconstitucional por no garantizar al obtentor un verdadero y real “disfrute exclusivo” de su variedad. Conforme a un conocido criterio interpretativo, entre las posibles interpretaciones que pueden hacerse de una ley, deben descartarse aquellas que conducen a su inconstitucionalidad. Y, entre todas aquellas que son constitucionalmente

posibles, debe preferirse la que mejor se condice con el espíritu de la Carta Magna. Por lo antedicho, la aplicación de este criterio refuerza la determinación de sentido sostenida: en el derecho argentino vigente, la diferencia mínima es un requisito que debe cumplir toda variedad que pretenda ser objeto de un derecho de obtentor.

11.5.1.5.4.2. La distancia mínima y el abuso del derecho

Quien ha obtenido una variedad vegetal duplicada o casi copiada de otra, probablemente, la ha derivado de esta última. El acto de derivación, en sí, no es ilegal, en ninguno de los dos supuestos que pueden, jurídicamente, plantearse: a) si la variedad original no está protegida por un derecho de obtentor vigente, es claro que es libremente aprovechable por cualquiera; y b) si la variedad está protegida por un derecho de obtentor vigente, su aprovechamiento como fuente de mejoramiento vegetal está amparado por la excepción del fitomejorador. Por lo tanto, aquel que utiliza una variedad vegetal como fuente de mejoramiento vegetal no infringe la ley, sino que ejercita un derecho. Pero de allí a permitir el registro de la variedad derivada, cuando ésta no se distingue sino cosméticamente de la variedad inicial hay -desde lo jurídico- una gran distancia: la que separa el ejercicio regular de un derecho respecto de su aprovechamiento abusivo. Es clara la finalidad que sustenta la excepción del fitomejorador: promover la actividad de mejoramiento vegetal. En consecuencia, quien pretende el otorgamiento de un derecho de obtentor sobre una variedad duplicada actúa abusivamente, ya que contraría claramente los fines que la ley tuvo al reconocer el derecho que surge de la excepción, e incurre en una conducta contraria a la buena fe, pretendiendo burlar el derecho del obtentor de la variedad inicial mediante la inscripción de una simple copia. La situación no es menos abusiva en el caso que la variedad original utilizada como insumo no esté protegida por un derecho de obtentor. Pretendiendo el registro de su mejora cosmética en el RNPC se pretende privatizar el aprovechamiento de una variedad vegetal que se encuentra a libre disposición de toda la comunidad. En consecuencia, puede considerarse que el art. 1071 del Código Civil suministra un argumento adicional para rechazar la solicitud de inscripción en el RNPC de una variedad duplicada.

11.5.1.5.4.3. La distancia mínima y el fraude a la ley

La inexigencia de una diferencia mínima importaría erosionar los cimientos del derecho de obtentor, favoreciendo la actuación fraudulenta de terceros que buscan apropiarse de la tecnología desarrollada por el obtentor, o de aquella que se encuentra libremente disponible. Al tercero que pretende inscribir una variedad que es casi por entero conforme a otra ya protegida, excepto por una diferencia menor, le resulta plenamente aplicable la sentencia de Baylos Corroza: *“Hay una verdadera técnica de la imitación, que persigue trasvasar los valores estéticos, intelectuales, industriales o mercantiles del objeto protegido, a otra encarnación material en que esos valores continúen siendo evocados a través de una versión formal diferente”*⁵²⁴. So pretexto de apoyarse en el texto del art. 25 de la ley 20.247, el tercero que pretende inscribir la variedad duplicada desnaturaliza su espíritu. Se trata, ni más ni menos, de un supuesto

de fraude a la ley, en su modalidad intrínseca de actuación⁵²⁵. La conducta fraudulenta se acomoda sólo externa y simuladamente a la ley, pero, en esencia, atenta en forma paladina contra su espíritu, ya que el tercero imitador actúa motivado por el afán ilegítimo de apropiarse del aporte del obtentor de la variedad copiada. Ya los antiguos condenaban este tipo de conductas: *“Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido”*⁵²⁶.

La prohibición del fraude a la ley es un principio general del derecho vigente, que por ende no necesita ser reconocido en cada caso puntual para poder ser aplicado. De todos modos, en el régimen del derecho de obtentor existe una norma, el art. 30 inc. b) de la LSCF, que lo recoge específicamente. Conforme a la citada norma, “caducará el Título de Propiedad sobre un cultivar por los siguientes motivos:... b) Cuando se demostrare que ha sido obtenido por fraude a terceros, en cuyo caso se transferirá el derecho a su legítimo propietario si pudiese ser determinado, en caso contrario pasará a ser de uso público”. El supuesto de hecho típico previsto en la norma es aquel en el cual un tercero pretende registrar una variedad que ha sido obtenida o desarrollada por un tercero. Con todo, la norma es, también, susceptible de una interpretación extensiva, fundada en su teleología, en virtud de la cual resulta igualmente prohibida la concesión de un derecho de obtentor sobre una variedad casi idéntica a otra preexistente. Apelando, con cierta imprecisión, a la terminología utilizada en el ámbito del derecho de autor, podría afirmarse que con la interpretación restrictiva se castiga el plagio burdo, y con la extensiva el castigo se abarca también al llamado “plagio inteligente”.

La norma bajo análisis también es aplicable cuando la variedad copiada no está protegida por un derecho de obtentor. De este modo se explica la referencia final, por la que se dispone que si el legítimo propietario no puede ser determinado, la variedad pasará a ser -mejor, volverá a ser- de uso público.

11.5.1.5.4.4. La distancia mínima y el TRIPs

Mediante la exigencia de la distancia mínima, indirectamente, se está dando cumplimiento a lo dispuesto en el TRIPs, en lo que respecta a los límites de las excepciones que pueden imponerse a las patentes. En efecto, conforme al art. 30 de este tratado, “los miembros podrán prever excepciones limitadas de los derechos exclusivos conferidos por una patente, a condición de que tales excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros”. Tres son, entonces, las limitaciones que, en beneficio del titular del derecho intelectual, deben respetar las excepciones: a) deben ser limitadas; b) no deben afectar injustificadamente la explotación normal de la patente; y c) no deben causar un perjuicio injustificado a los intereses del titular del derecho intelectual. Evidentemente, si se permitiese el registro de una variedad (variedad dependiente o derivada) que no se distingue claramente de la variedad utilizada como insumo al ejercitar el derecho emanado de la excepción del agricultor (variedad principal o inicial), se estaría atentando injustificadamente contra la explotación normal del derecho de

obtentor que recae sobre la variedad inicial (ya que su titular se vería expuesto a la competencia del obtentor de la variedad dependiente o derivada), causando de este modo un perjuicio injustificado a los intereses de su titular. En efecto, no parece justificación suficiente el haber “copiado” la variedad por la vía excepción del fitomejorador, introduciéndole sólo mejoras cosméticas.

Frente a lo expuesto, podría argumentarse que la norma transcripta se refiere a las patentes, y no al derecho de obtentor, el cual, incluso, no ha sido regulado en el TRIPs. Frente a esta objeción puede argumentarse que mediante la LSCF se pretende satisfacer la exigencia del art. 27.3.b del TRIPs, que exige que las variedades vegetales sean protegibles mediante patentes, un sistema eficaz *sui generis*, o una combinación de ambos. Al adoptar el régimen del derecho de obtentor, y habiéndose excluido la patentabilidad de las variedades vegetales, Argentina se ha inclinado por cumplir la exigencia del tratado mediante el reconocimiento de un derecho *sui generis* eficaz. Parece razonable suponer que el criterio utilizable para medir la eficacia del régimen adoptado debe provenir, fundamentalmente, de los principios que el mismo tratado establece. En efecto, sería absurdo que el tratado pautase cuidadosamente, como lo hace, los estándares mínimos de protección que deben alcanzar los regímenes locales de patentes, y que esto pueda ser desbaratado, en lo que a las variedades vegetales respecta, acudiendo al recurso del sistema *sui generis*. Este sistema alternativo, entonces, debe ser eficaz, conforme a los estándares que el mismo TRIPs establece para los derechos intelectuales en general y, *mutatis mutandis*, para las patentes en particular. En consecuencia, los límites que el art. 30 del tratado fija a las excepciones a la patente también se aplican, indirectamente, a las excepciones establecidas al derecho de obtentor.

11.5.1.6. Efectos

La aceptación de la diferencia mínima impacta en diversos ámbitos del régimen del derecho de obtentor, que serán considerados a continuación: los requisitos de concesión, la infracción y la excepción del fitomejorador.

11.5.1.6.1. La diferencia mínima y la concesión del derecho de obtentor

Sin duda, se incrementan las exigencias del régimen del derecho de obtentor al interpretar que una variedad sólo es distinguible si existe una diferencia mínima entre la misma y las demás variedades cuya existencia sea notoriamente conocida a la fecha relevante. Al exigirse una diferencia mínima, se torna irrelevante si la variedad objeto de la solicitud es idéntica a otra cuya existencia es notoriamente conocida, o si simplemente tiene un notable parecido. En ambos casos, resulta jurídicamente posible:

- a) Denegar la inscripción de la variedad en el RNPC.
- b) Que un tercero interesado se oponga a la concesión del derecho de obtentor.
- c) Que, ante el otorgamiento indebido del derecho de obtentor, se declare posteriormente su nulidad.

11.5.1.6.2. *La diferencia mínima y la infracción al derecho de obtentor*

La aceptación de la diferencia mínima implica, asimismo, que la explotación de una variedad que no se distingue claramente de otra variedad previamente registrada en el RNPC constituye una infracción al derecho de obtentor que recae sobre esta última. En consecuencia, el titular del derecho intelectual infringido se encuentra facultado para requerir el cese de la explotación ilícita, el resarcimiento por los perjuicios sufridos y, en su caso, la aplicación de la escuálida punición prevista en el art. 37 de la LSCF.

Lo dicho implica aceptar, en consecuencia, que el derecho de obtentor concedido sobre una variedad vegetal determinada también se extiende a toda otra variedad que no se le distinga claramente. En este sentido, se ha señalado que “*al considerar el concepto de variedad es preciso, con relación a las infracciones de los derechos del obtentor, que el material que se comercialice que sea diferente de la variedad, pero no claramente distinguible de ésta, debe aún ser considerado como perteneciente a la variedad*”⁵²⁷. Este temperamento es adoptado en numerosas leyes extranjeras⁵²⁸. También a nivel comparado, es usual denominar “variedad dependiente” a la variedad vegetal sobre la cual recae esta protección extendida, expresión que será utilizada en adelante en este trabajo.

Lógicamente, para que el derecho de obtentor se extienda sobre la variedad dependiente, esta última debe distinguirse claramente de cualquier otra variedad vegetal cuya existencia haya sido notoriamente conocida en la fecha relevante, a excepción, es obvio, de la variedad principal. Esto es lo que prescriben numerosas leyes extranjeras sobre la materia, lo que resulta plenamente justificado, ya que de lo contrario se estaría extendiendo el derecho de obtentor que recae sobre la variedad principal a una variedad que no se distingue claramente de las ya existentes, incurriendo así en una manifiesta incoherencia. En efecto, sería insensato requerir para la concesión del derecho intelectual sobre la variedad objeto de la solicitud que sea claramente distinguible respecto de las demás variedades integrantes del estado de la técnica vegetal, y al mismo tiempo obviar tal exigencia al extender sobre la variedad dependiente la protección del derecho de obtentor ya concedido. En consecuencia, cabe concluir que es necesario el cumplimiento de dos condiciones para que el derecho de obtentor concedido sobre una variedad (variedad principal) se extienda sobre otra variedad (variedad dependiente): a) la variedad dependiente no debe distinguirse claramente respecto de la variedad inicial o principal; y b) la variedad dependiente debe distinguirse claramente de cualquier otra variedad integrante del estado de la técnica vegetal en la fecha relevante⁵²⁹.

11.5.1.6.3. *La diferencia mínima y la excepción del fitomejorador*

En virtud de lo expuesto en los dos puntos precedentes, puede advertirse que la diferencia mínima representa un límite importante a la excepción del fitomejorador. En efecto, si la variedad obtenida al amparo de esta excepción (variedad dependiente) no se distingue claramente de la variedad utilizada como insumo en la labor de mejoramiento (variedad inicial o principal), no podrá ser inscrita en el RNPC. Obviamente, tampoco podrá ser explotada.

Conforme se ha analizado *supra*, N° 11.5.1.5.4.4, mediante la exigencia de la distancia mínima se da cumplimiento a las prescripciones del TRIPs, en lo que respecta a los límites de las excepciones que pueden imponerse a las patentes.

11.5.1.6.4. *La diferencia mínima y el objeto del derecho de obtentor*

Las tres implicancias de la diferencia mínima que se han expuesto precedentemente guardan una evidente coherencia entre sí. El concepto de diferencia mínima se utiliza tanto a la hora de evaluar si se ha de conceder un derecho de obtentor sobre una variedad vegetal, como así también cuando se examina si se ha incurrido en una infracción del derecho intelectual⁵³⁰. Asimismo, el concepto marca un límite al ejercicio del derecho derivado de la excepción del fitomejorador. En suma, el criterio que se adopta al interpretar el objeto del derecho de obtentor -la variedad vegetal- debe mantenerse inalterado ante las diversas contingencias jurídicas que pueden afectar a este derecho intelectual. De lo contrario, deberían admitirse soluciones absurdas, tales como:

- que una variedad vegetal (variedad B, dependiente) no podría ser registrada, por no distinguirse claramente de otra variedad (variedad A, principal), pero sí podría ser explotada, sin que el titular de la variedad A pueda oponerse invocando una infracción a su derecho intelectual (situación que resultaría de aplicar la diferencia mínima al evaluar la concesión del derecho intelectual, pero no al considerar si existe una infracción a él);

- que una variedad vegetal (variedad B, dependiente) podría ser registrada, a pesar de no distinguirse claramente de otra variedad (variedad A, principal), pero no podría ser explotada, ya que el titular de la variedad A podría oponerse, invocando una infracción a su derecho intelectual (situación que resultaría de aplicar la diferencia mínima al considerar si existe una infracción al derecho intelectual, pero no al evaluar la concesión de un derecho de obtentor).

Como correctamente se ha destacado en un fallo en materia de patentes, "... los criterios comparativos que deben emplearse para establecer si existe novedad en un invento o si una realización industrial importa infringir una patente anterior, son, como principio, los mismos"⁵³¹.

11.5.1.7. *Valoración de la distancia mínima*

Con los argumentos expuestos *supra*, N° 11.5.1.5.4.1, se ha pretendido demostrar que la interpretación más aceptable de las normas vigentes conduce a aceptar que, en el derecho argentino, la distancia mínima constituye un requisito para la concesión del derecho de obtentor. Aceptado, pues, que la voluntad del legislador ha sido introducir esta exigencia, resta analizar si el criterio ha sido oportuno. A este efecto, conviene precisar cuáles son los defectos y los beneficios que se derivan de la introducción de la distancia mínima.

Entre sus defectos más relevantes, cabe destacar los siguientes:

a) Se trata de una categoría intrínsecamente vaga, ya que la determinación de cuándo una variedad es *claramente* distinta de otra es un procedimiento sujeto a

imprecisiones, en buena medida dependiente de la subjetividad del examinador. En efecto, ¿cuál es el límite que separa a la variedad que se distingue claramente de aquella otra que no lo hace? ¿Cuál es el grado de diferencia que debe superarse para considerar que la distinción entre dos variedades vegetales ya es clara? ¿Cómo saber si la característica que diferencia a las dos variedades cotejadas es importante? Inexorablemente, en el examen de esta cuestión se introduce una cuota de subjetividad que afecta la objetividad que sería deseable lograr.

b) La exigencia de la distancia mínima incrementa los costos derivados del régimen del derecho de obtentor, ya que impide el acceso al mercado de variedades vegetales alternativas a la registrada en el RNPC, con lo cual se incrementan las posibilidades de que el monopolio legal que el derecho intelectual concede se transforme en un monopolio de hecho⁵³². Si se eliminase el requisito de la distancia mínima, serían registrables variedades vegetales que podrían competir con la previamente protegida, forzando así al titular de esta última a fijar precios más competitivos.

Por otro lado, entre los beneficios derivados de la distancia mínima, cabe incluir los siguientes:

a) La distancia mínima reduce los costos sociales del sistema del derecho de obtentor, ya que evita que el derecho intelectual sea concedido a desarrollos de menor jerarquía. En efecto, al requerirse la distancia mínima se evita la posibilidad de monopolizar la explotación de una variedad que no se distingue claramente de otra ya existente.

b) La distancia mínima orienta el efecto-incentivo del régimen del derecho de obtentor hacia proyectos tecnológicos innovadores, al inducir a las empresas semilleras a invertir recursos en proyectos de mejora de alta jerarquía tecnológica, y no en meros proyectos plagarios, que si bien pueden resultar menos riesgosos para la empresa, son al mismo tiempo, menos beneficiosos a nivel social.

c) La distancia mínima potencia el efecto incentivo del régimen del derecho de obtentor, al otorgarle al titular del derecho intelectual un ámbito de actuación exclusiva mucho más extenso, con los consiguientes beneficios económicos que esto le implica. En efecto, sin la distancia mínima el derecho de obtentor sólo concedería la explotación exclusiva de la variedad protegida, pero, al introducirse la distancia mínima al interpretar el objeto del derecho, el *ius excluendi* de su titular se extiende no sólo a la variedad protegida, sino también a cualquier variedad que no se le distinga claramente. De este modo, pues, se potencia el efecto incentivo, ya que el obtentor puede confiar en que su derecho intelectual no será neutralizado económicamente, mediante la burda artimaña de copiar la variedad vegetal protegida introduciéndole mejoras cosméticas⁵³³.

Este último argumento también permite comprender que el costo referido en b) -esto es, que sin la distancia mínima aumentan las posibilidades de que el titular del derecho intelectual convierta su monopolio de derecho en uno de hecho- sólo puede suprimirse a costa de carcomer, correlativamente, el principal beneficio presuntamente derivado del sistema: el efecto-incentivo. Puede afirmarse, pues, que se trata de un costo necesario, cuya supresión no se justifica en la lógica del sistema del derecho de obtentor. En todo caso, si el titular del derecho intelectual incurre en prácticas anticoncurrenciales, que

exceden el contenido esencial de su derecho, siempre queda el recurso de aplicarle las sanciones previstas en las normas de defensa de la competencia.

El argumento de la intrínseca vaguedad del instituto, en cambio, es incuestionable, y no se ve compensado por ningún beneficio correlativo. Debe contabilizarse, pues, entre las imperfecciones del sistema. No obstante, pueden efectuarse al respecto dos comentarios. En primer lugar, que la vaguedad de otros institutos jurídicos no ha impedido su aceptación, como ha sido el caso, por ejemplo, de la culpa, el abuso del derecho, la lesión, la imprevisión, la altura inventiva, la doctrina de los equivalentes, la similitud confusionista, el plagio inteligente y tantos otros que cuentan con inequívoca recepción legal. Se trata, en todos los casos referidos, de institutos que no pueden ser conceptualizados, sino tan sólo tipificados.

Por cierto, es legítima y plausible la pretensión de dotar de la máxima precisión a las normas jurídicas, pero esta aspiración no puede erigirse en un fin en sí mismo. La realidad no siempre se presta a esquematizaciones precisas, ni tampoco la solución jurídica aplicable a un supuesto de hecho puede ser siempre, todo lo exacta y previsible que sería deseable. La aspiración decimonónica de aplicar el derecho mediante una metodología “científica”, garante de la máxima rigurosidad y previsibilidad, figura hoy como un capítulo superado de la historia de la filosofía del derecho, por utópico. Ciertamente, no se trata de arremeter contra la pretensión de dotar al derecho de un método riguroso de análisis y aplicación, ni de impedir la construcción de una ciencia jurídica, sino, simplemente, de evitar la “importación” de métodos derivados de otras ciencias, que pueden, en todo caso, justificarse en las disciplinas de las que son oriundos, pero no en el derecho. En definitiva, el objeto de la investigación es el que determina el método. Contrariar este principio implicaría, en términos coloquiales, “colocar el carro delante del caballo”, sobre la base de un apriorismo científicista mal entendido. No se trata, pues, de renegar de la posibilidad de reflexionar el derecho desde el mayor rigor, sino, simplemente, de negarse a la pretensión de hacerlo con metodologías cuya aplicación requiere la extirpación de sectores de la realidad jurídica de los cuales no es posible, justo o conveniente prescindir.

Con todo, tampoco sería correcto equiparar al uso del tipo con la incertidumbre jurídica. Como se ha observado, la sucesiva aplicación de una norma genera una “malla” en su derredor, que va acotando los significados posibles que pueden atribuírsele y, por ende, restringiendo el ámbito de indeterminación inicial que pudiera tener⁵³⁴. Con el tiempo, pues, aun la norma que apela a estándares forzosamente indeterminados va ganando en precisión, tornándose así más previsible su aplicación futura.

En buena medida, la cuestión presentada en este punto presenta cierta analogía con lo que sucede, en el ámbito de las patentes, con la altura inventiva^{535 536}. Con relación a la aceptación de este requisito en el ámbito patentario, se ha afirmado que el sistema “... *se justifica por ser menos imperfecto que las posibles alternativas*”⁵³⁷, dado que su supresión implicaría el otorgamiento de patentes a invenciones triviales, incrementando innecesariamente los costos del sistema, sin un aumento de los beneficios⁵³⁸. La alternativa de reemplazar la exigencia de la altura inventiva por un criterio basado en los

costos de investigación y desarrollo sería igualmente defectuosa, ya que se estaría premiando la ineficiencia (a mayor costo, mayor recompensa)⁵³⁹. Finalmente, la opción de reemplazar a la altura inventiva con el requisito de la utilidad o mérito económico de la invención no resulta aconsejable, ya que: a) deberían analizarse factores aún más subjetivos, y por demás impredecibles; y b) no tiene sentido que el Estado asuma una función que el mercado puede cumplir por sí solo, esto es, premiar lo útil, y castigar lo inútil^{540 541}.

El razonamiento expuesto en el párrafo precedente, si bien referido a la conveniencia de introducir o preservar el requisito de la altura inventiva en el derecho de patentes, es perfectamente aplicable a la exigencia de la diferencia mínima en el régimen del derecho de obtentor. Aunque distintos, ambos institutos son análogos, si se considera que: a) cumplen una misma función, como es de evitar el otorgamiento de un derecho intelectual a las mejoras triviales; y b) su aplicación conlleva, necesariamente, una alta dosis de imprecisión y subjetividad.

En suma, la distancia mínima no sólo es una exigencia que surge de una correcta interpretación de las normas vigentes que integran el régimen del derecho de obtentor, sino que, además, su recepción por el legislador resulta elogiada, por las correcciones que introduce al sistema.

11.5.1.8. La distancia mínima y la altura inventiva

Conforme el art. 4º de la ley 24.481, “Serán patentables las invenciones de productos o de procedimientos, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial”. De acuerdo al inciso d) del mismo artículo, se considera que existe altura 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”. La altura inventiva es, pues, un requisito objetivo del sistema de patentes.

Por el contrario, la altura inventiva no es un requisito exigible para la concesión del derecho de obtentor. Justamente, la exigencia de este requisito en el régimen del derecho de patentes es uno de los factores que generalmente se señala para marcar su inadecuación para proteger los resultados de la actividad fitomejoradora. En efecto, la gradualidad de los avances de este sector de la tecnología hace que la mayoría de sus desarrollos no alcancen el estándar que implica la altura inventiva.

Sin embargo, en el régimen del derecho de obtentor vigente sí es exigible que la variedad objeto de la solicitud presente una diferencia o distancia mínima respecto de cualquier otra variedad cuya existencia sea notoriamente conocida en la fecha relevante. Mediante esta exigencia se evita que variedades copiadas o duplicadas gocen, por diferenciarse mediante simples retoques baladíes, de la protección de la propiedad intelectual. La distancia mínima cumple, así, una función reguladora del régimen del derecho de obtentor, evitando la concesión indiscriminada del derecho intelectual a desarrollos, si cabe llamarlos así, de bajo vuelo tecnológico.

La finalidad que inspira la introducción de este requisito es loable, pero, ¿acaso no se está introduciendo la altura inventiva en un régimen justamente diseñado, entre otros motivos, para evitarla, mediante el simple recurso de esconderla bajo una nueva denominación? ¿Se trata de un nuevo caso de travestismo jurídico? En resumen, y superando el nivel semántico, ¿no son lo mismo, conceptualmente, la altura inventiva y la distancia mínima, *mutatis mutandis*? Definitivamente, no lo son, ya que entre ambos conceptos existen profundas diferencias:

- Al examinar la distancia mínima se analiza cuán parecida es la variedad objeto de la solicitud respecto de otra variedad; al evaluar la altura inventiva, se indaga si la invención objeto de la solicitud se deduce en forma evidente del estado de la técnica. En el primer caso, pues se analiza el grado de semejanza que presentan entre sí dos desarrollos tecnológicos (las variedades vegetales); en el segundo, el grado de obviedad de la tecnología examinada⁵⁴². Así, por ejemplo, sería perfectamente concebible una invención que, aun careciendo de altura inventiva, se distinga claramente, por una o varias características importantes, de cualquier otra invención preexistente.

- De lo anterior se desprende que ambos institutos difieren en el grado de imprecisión que, respectivamente, presentan. La indagación sobre la altura inventiva es intrínsecamente subjetiva: el examinador debe cuestionarse si la invención analizada podía ser deducida en forma evidente del estado de la técnica, por una persona normalmente versada en la materia. Si bien comparte el defecto de la imprecisión, la distancia mínima es, conceptualmente, menos subjetiva, ya que se trata de detectar cuán parecidos son dos objetos entre sí. La subjetividad de este último requisito proviene, en todo caso, de la dificultad de establecer cuál es el límite cuya superación permite considerar a dos variedades *claramente* distintas, por uno o varios caracteres *importantes*. Y no, como en el caso de la altura inventiva, de la referencia a un sujeto ideal, la “persona normalmente versada en la materia técnica correspondiente”, patrón de medida de cuán evidentemente deducible era la invención. Desde este punto de vista, pues, la distancia mínima es un concepto que presenta matices más objetivos que la altura inventiva.

- En la distancia mínima, se compara la variedad examinada con *otra* variedad; en examen de la altura inventiva, se compara la invención examinada (mejor, las reivindicaciones de la solicitud) con el *conjunto* de invenciones que integran el estado de la técnica. En el primer caso, el cotejo es entre una variedad y otra variedad; en el otro, entre una invención y un conjunto de invenciones.

- Al evaluar la distancia mínima, se comparan dos variedades que existen físicamente; al examinar la altura inventiva, se contrasta un conocimiento técnico, que puede o no estar ejemplarizado en un prototipo, con un conjunto de conocimientos técnicos, que, igualmente, pueden no existir físicamente, es decir, no haber sido ejecutados.

Las diferencias anteriores no obstan a que entre ambos requisitos pueden destacarse algunas semejanzas:

- Ambos institutos presentan una deficiencia en común: la vaguedad e imprecisión del estándar que introducen en sus respectivos regímenes de propiedad intelectual ⁵⁴³. Si bien, al diferenciar ambas figuras, se ha destacado que la altura inventiva presenta un mayor grado de subjetividad que la distancia mínima, esto no significa negar que este último requisito padece importantes imprecisiones a la hora de ser aplicado. En efecto, ¿desde qué punto de vista se ha de evaluar la *claridad* de una diferencia? ¿Claridad para *quién*? Lo que puede resultar claro para uno, puede no serlo para otro, incluso cuando se trate de dos personas versadas en la materia. Dado que la diferencia debe residir en alguna característica importante de la variedad, ¿cómo determinar si una característica lo es? ¿Desde qué perspectiva, en función de qué objetivo se ha de calificar o descalificar a una característica de la variedad como importante? Nuevamente es posible afirmar que una característica que puede ser considerada importante para un experto puede no serlo para otro.

- Ambos institutos cumplen idénticas funciones: a) incorporan una exigencia adicional como requisito para la concesión de un derecho intelectual, lo que en teoría evita la protección de tecnologías de menor vuelo ⁵⁴⁴; y b) fijan una pauta de interpretación del objeto del derecho (la variedad vegetal, la invención), en virtud de la cual el *ius excluendi* del titular del derecho intelectual recae no sólo sobre la explotación de la variedad registrada o la tecnología reivindicada, sino también sobre las variedades o la tecnología que se encuentran en su periferia ⁵⁴⁵.

En suma, se advierte que la diferencia mínima y la altura inventiva (completada con la doctrina de los equivalentes), si bien son diversas en su estructura, cumplen funciones análogas: evitar el otorgamiento del derecho intelectual a desarrollos de menor importancia tecnológica, e incrementar la protección de los derechos intelectuales ya concedidos mediante una interpretación extensiva de su objeto.

11.5.2. Prohibición de uso repetido para producir una variedad

Conforme se ha destacado *supra*, N^o 11.4, la excepción del fitomejorador implica una excepción al principio general que establece que sólo el titular del derecho intelectual se encuentra facultado para producir o reproducir la variedad protegida. Sin embargo, esta excepción tiene un límite, ya que no es posible invocarla cuando la producción de un nuevo cultivar requiere el empleo repetido de la variedad protegida. Tal es lo que surge del art. 25 de la LSCF, conforme al cual “La propiedad sobre un cultivar no impide que otras personas puedan utilizar a éste para la creación de un nuevo cultivar, el cual podrá ser inscripto a nombre de su creador sin el consentimiento del propietario de la creación fitogenética que se utilizó para obtenerlo, *siempre y cuando esta última no deba ser utilizada en forma permanente para producir al nuevo*” ⁵⁴⁶. Se trata de una limitación coherente con lo previsto en el Convenio UPOV 1978, en el cual se establece que “... No será necesaria la autorización del obtentor para emplear la variedad como origen inicial de variación con vistas a la creación de otras variedades, ni para la comercialización de

éstas. En cambio, *se requerirá dicha autorización cuando se haga necesario el empleo repetido de la variedad para la producción comercial de otra variedad*⁵⁴⁷. Este límite a la excepción del fitomejorador se encuentra presente en la generalidad de las leyes extranjeras que regulan el derecho de obtentor⁵⁴⁸.

Dado que, según se ha justificado en el punto anterior, los poderes de exclusión del titular del derecho de obtentor se extienden no sólo sobre la variedad protegida, sino también sobre cualquier otra variedad que no se le distinga claramente (variedad dependiente), es coherente afirmar que el titular puede oponerse, igualmente, al empleo repetido de la variedad dependiente, cuando esto sea necesario para la producción de otra variedad⁵⁴⁹.

11.5.3. Derivación esencial

11.5.3.1. Introducción

Para finalizar el análisis de esta excepción, parece oportuno recordar un instituto relativamente nuevo a través del cual se le fija un razonable límite: la variedad esencialmente derivada. A nivel internacional, este instituto ha sido reconocido generalizadamente por las leyes más recientes, en especial a partir de su incorporación al acta de UPOV 1991⁵⁵⁰. Si bien Argentina no ha adherido a esta versión del tratado, es conveniente su estudio en este punto, ya que adopta un criterio cuya incorporación es altamente recomendable.

Al precisar el contenido del derecho de obtentor, en el art. 14.5 del tratado de referencia se establece que los poderes de exclusión del titular del derecho “... también se aplicarán... a las variedades derivadas esencialmente de la variedad protegida, cuando ésta no sea a su vez una variedad esencialmente derivada... se considerará que una variedad es esencialmente derivada de otra variedad (“la variedad inicial”) si: i) se deriva principalmente de la variedad inicial, o de una variedad que a su vez se deriva principalmente de la variedad inicial, conservando al mismo tiempo las expresiones de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial, ii) se distingue claramente de la variedad inicial, y iii) salvo por lo que respecta a las diferencias resultantes de la derivación, es conforme a la variedad inicial en la expresión de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial... Las variedades esencialmente derivadas podrán obtenerse, por ejemplo, por selección de un mutante natural o inducido o de un variante somaclonal, selección de un individuo variante entre las plantas de la variedad inicial, retrocruzamientos o transformaciones por ingeniería genética”. Y en el art. 14.5, al establecer la excepción del fitomejorador, se la restringe expresamente en el caso que exista derivación esencial, reconociendo el *ius excluendi* sobre la variedad derivada al titular de la variedad inicial.

Al igual que en el caso de la variedad dependiente, esta limitación a la excepción objeto de estudio opera a través del resultado de la actividad fitomejoradora. Las

variedades protegidas siguen siendo libremente aprovechables como fuente de mejoramiento vegetal, Pero si la variedad que se obtiene como consecuencia del ejercicio de la excepción del fitomejorador es esencialmente derivada de una variedad protegida, su obtentor no podrá explotarla sin la autorización del obtentor de la variedad inicial. Se evita de este modo sacrificar la excepción del fitomejorador en forma indiscriminada, diferenciando el trato jurídico en función del resultado alcanzado en la labor fitomejoradora. Si la nueva variedad no es esencialmente derivada de la variedad inicial, a su obtentor se le concederá un derecho de obtentor pleno. Si, por el contrario, la nueva variedad es esencialmente derivada de la variedad inicial, la primera no podrá ser explotada sin la autorización del titular de esta última. Queda claro que podrá concederse un derecho de obtentor sobre la variedad obtenida, siempre que sea nueva, distinta, homogénea y estable, ya que el convenio UPOV 1991 no ha sumado un nuevo requisito, pero, de todos modos, la variedad no podrá ser explotada sin la autorización del titular del derecho que recae sobre la variedad inicial.

De este modo, se supera una limitación que existe en las legislaciones tradicionales, aun aquellas que contemplan como un requisito de otorgamiento del derecho de obtentor a la “diferencia mínima”. En última instancia, en estos regímenes es suficiente con que la variedad examinada se diferencie claramente en uno o varios caracteres importantes para que el obtentor de la variedad inicial vea esfumarse sus derechos sobre la variedad derivada. Ante esta situación, parece injusto no reconocer algún tipo de derecho al obtentor de la variedad inicial, a partir de la cual se ha efectuado la derivación esencial. Por otro lado, también sería inoportuno privar al obtentor de la variedad derivada de la posibilidad de obtener el derecho intelectual. Al respecto, conviene recordar que la labor de fitomejora es un área en el cual los avances son graduales, por lo que no tiene nada de extraño que una variedad presente similitud en muchos caracteres con otra ya existente, de la cual se deriva⁵⁵¹.

El problema referido fue tempranamente señalado por los obtentores de variedades ornamentales, hace ya varias décadas, pero el desarrollo de las modernas técnicas de ingeniería genética lo ha acentuado. En la actualidad, cualquier variedad puede ser alterada genéticamente por diversas técnicas “no tradicionales”, cumpliéndose el requisito de la “distinguibilidad”. Piénsese, por ejemplo, en el desarrollo de un gen modificado por el cual una planta se hace resistente a una enfermedad. Cuando ese gen se “inserta” en una variedad cubierta por un derecho de obtentor, esto puede ser suficiente para justificar que se está frente a una variedad “distinta”, ya que es por demás probable que se diferencie claramente de la variedad inicial en un carácter “importante”. En este supuesto, y conforme al derecho argentino vigente, el obtentor de la variedad inicial carece de derecho alguno sobre la “nueva” variedad (la variedad derivada). En consecuencia, la variedad así obtenida pertenecerá íntegra y exclusivamente al titular de la empresa responsable de la alteración genética.

La situación puede resultar aún más injusta si se toma en consideración que es posible el patentamiento del gen. En efecto, la empresa titular de la patente podrá utilizar cualquier variedad e insertarle el gen patentado, tras lo cual podrá tramitar con éxito la concesión de un derecho de obtentor sobre su nueva variedad. Por el contrario, los

fitomejoradores tradicionales no sólo se verán expuestos a esta potencial expoliación de su derecho, sino que, además, se verán privados de utilizar el gen patentado para cualquier fin, bajo apercibimiento de violar el derecho de patente de la empresa “biotecnológica”.

Esta solución, que es la que resulta de la aplicación del texto del acta de 1978 y de los demás ordenamientos que se ajustan a él, como es el caso de la legislación argentina, ha sido advertida con alarma por los obtentores. Por este motivo, UPOV incorporó en el acta de 1991 la noción de “variedad esencialmente derivada”, cuyo régimen jurídico se analiza a continuación.

11.5.3.2. Definición de variedad esencialmente derivada

El art. 14.5.b) del citado convenio precisa la noción de variedad esencialmente derivada. Para ser considerada tal, es necesario que la variedad se ajuste a los siguientes extremos:

a) Debe derivarse de la variedad inicial (derivación directa), o de una variedad derivada de la variedad inicial (derivación indirecta), y debe conservar los caracteres esenciales⁵⁵² que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial⁵⁵³.

b) Debe distinguirse claramente de la variedad inicial.

c) Excepto por el o los caracteres que justifican la distinguibilidad, debe ser conforme a la variedad en sus caracteres heredables esenciales.

Agrega el artículo en su párrafo final que las variedades esencialmente derivadas pueden obtenerse “... por selección de un mutante natural o inducido o de un variante somaclonal, selección de un individuo variante entre las plantas de la variedad inicial, retrocruzamientos o transformaciones por ingeniería genética”. Queda claro que esta enumeración no es taxativa, por lo que pueden existir otros métodos de derivación esencial igualmente admisibles.

Ciertamente, el artículo referido no contiene una definición sino un tipo, como puede advertirse al destacar algunas de las notas caracterizantes de la derivación esencial: “conservar los caracteres *esenciales*”, “distinguirse *claramente*”, “caracteres heredables *esenciales*”. En consecuencia, la determinación de si una variedad es esencialmente derivada deberá decidirse casuísticamente, sobre la base de los criterios del convenio UPOV 1991⁵⁵⁴. En particular, porque el grado de conformidad genética requerido para considerar que hay derivación esencial varía según las especies.

Como se consigna en el apartado a) de la norma de referencia, la derivación esencial puede ser directa o indirecta. La derivación es indirecta cuando la variedad proviene de otra variedad que a su vez es esencialmente derivada; la derivación es directa cuando no existe tal interposición. Un ejemplo puede ilustrar estos conceptos: de un crisantemo rojo, por mutación, se deriva uno amarillo; y a su vez de ese crisantemo amarillo se deriva, por mutación, uno blanco⁵⁵⁵. La variedad es derivada tanto cuando la derivación fue directa (caso del crisantemo amarillo) como indirecta (caso del crisantemo blanco). En cualquier caso, el régimen jurídico es el mismo: la explotación de la variedad derivada (directa o

indirectamente) queda sujeta a la autorización de la variedad inicial. El criterio adoptado por el tratado es razonable, pues de lo contrario sería fácil burlar fraudulentamente el derecho de obtentor, a pesar del instituto de la derivación esencial, siendo suficiente a ese efecto con interponer una variedad en la derivación.

Según la UPOV, las variedades no se consideran esencialmente derivadas, salvo que estén extremadamente próximas a la variedad inicial. En el mismo sentido se expide ASSINSEL⁵⁵⁶, considerando que las diferencias resultantes del acto de derivación deben ser una o muy pocas.

11.5.3.3. Régimen jurídico

El régimen jurídico aplicable en caso de derivación esencial se analizará discriminando entre las facultades del titular de la variedad inicial y las del obtentor de la variedad esencialmente derivada.

a) Facultades del titular de la variedad inicial.

Los poderes del obtentor sobre la variedad inicial no resultan afectados en modo alguno. En lo que respecta a sus poderes sobre la variedad derivada, se necesita su autorización para poder explotarla. Ciertamente, el titular de la variedad inicial no está facultado para explotar la derivada, sino tan sólo para someter a su autorización su explotación⁵⁵⁷. Esto marca una diferencia notoria entre el poder que tiene el titular sobre la variedad inicial y sobre la derivada, ya que respecto de la primera no sólo puede excluir a terceros de su explotación (lo que también puede hacer respecto de la derivada, negando su autorización al derivador), sino también reproducirla y explotarla comercialmente⁵⁵⁸.

Se sobreentiende que para que resulte aplicable el régimen de la derivación esencial, la variedad inicial debe estar protegida por un derecho de obtentor vigente. En consecuencia, cuando se extingue el derecho del obtentor de la variedad inicial, la explotación de la variedad derivada deja de estar sometida a su autorización⁵⁵⁹.

b) Facultades del obtentor de la variedad esencialmente derivada.

Como se ha destacado, el obtentor de la variedad derivada tiene derecho a que se le otorgue el derecho intelectual, en la medida que ésta sea nueva, distinta, homogénea y estable. Dado que no trata de un requisito adicional, no corresponde a las oficinas nacionales pronunciarse acerca de si hay o no derivación esencial. En todo caso, de existir una diferencia entre los titulares de la variedad inicial y la derivada, deberá acudir, en ausencia de acuerdo entre ellos, a la vía judicial⁵⁶⁰.

Con todo, el derecho de obtentor concedido sobre la variedad derivada se encuentra seriamente afectado. En efecto, el titular sólo podrá explotar la variedad en caso de ser autorizado por el titular de la variedad inicial. No sufre restricción alguna, en cambio, el *ius excluendi*, pudiendo el titular de derecho de obtentor excluir a cualquier tercero -incluso, al obtentor de la variedad inicial- de la explotación de la variedad esencialmente derivada.

Ciertamente, carece de todo derecho respecto de la variedad inicial. En consecuencia, no puede explotarla, ni prohibir su explotación.

11.5.3.4. Impacto

La función de este instituto no se reduce a combatir el llamado “plagiarismo en materia vegetal”. En más de un caso, la variedad derivada significará un gran avance respecto de la variedad inicial. No se trata de desconocer el aporte de la variedad derivada, sino de reconocer la contribución de quien obtuvo la variedad inicial.

Tampoco resulta afortunado reducir el conflicto que se quiere resolver a la dialéctica “obtentor tradicional-ingeniero genético”. La ingeniería genética es *una* de las formas por las que se puede obtener una variedad esencialmente derivada. El art. 14.5.c. del acta 1991 señala diversos métodos a través de los cuales puede llegarse a una variedad derivada, algunos de los cuales son utilizados en el mejoramiento convencional. Por ende, puede afirmarse que la variedad esencialmente derivada viene a terciar, entre otros, en los siguientes conflictos:

- Obtentor convencional vs. Ingeniero genético
- Obtentor “innovador” vs. Obtentor “mejorador”⁵⁶¹.

Para analizar cuál es el impacto real que este instituto produce, conviene comparar la situación existente cuando éste no es previsto por el régimen normativo aplicable (tal es el caso del Convenio de UPOV 1978) con aquella otra en la que es expresamente regulado (como sucede en el Convenio UPOV 1991), a cuyo efecto se tomará un ejemplo hipotético. Un fitomejorador obtiene una variedad (variedad inicial) y se le concede el derecho de obtentor pertinente. Luego, un tercero, mediante técnicas de ingeniería genética, logra incorporar un gen en una planta perteneciente a dicha variedad, que la hace inmune a determinado insecto, y solicita una patente sobre dicho gen artificialmente modificado, y un derecho de obtentor sobre la nueva variedad vegetal. Bajo el régimen del acta 1978 de la UPOV, los derechos y deberes de las partes serían los siguientes:

1) Situación del obtentor de la variedad derivada. Cuenta con el derecho de explotación exclusiva sobre el gen (en virtud de la patente) y sobre la variedad derivada (en virtud del derecho de obtentor).

2) Situación del obtentor de la variedad inicial. Al estar prevista la excepción del fitomejorador, no puede impedir que el titular del gen utilice la variedad inicial y se lo inserte. Carece, asimismo, de derecho alguno respecto de la variedad derivada. Además, no puede utilizar el nuevo gen en sus labores de mejoramiento vegetal, porque se encuentra patentado.

El cuadro descripto pone en evidencia un trato poco equitativo, en relación con los aportes tecnológicos efectuados por cada una de las partes⁵⁶². El panorama cambiaría si fuese aplicable un régimen tipo UPOV 1991, en virtud del instituto de la variedad esencialmente derivada. En este caso, los derechos y deberes de las partes serían los siguientes:

1) Situación del obtentor de la variedad derivada. Puede usar cualquier variedad -gracias a la excepción del fitomejorador- e introducirle su gen patentado, y solicitar la concesión de un derecho de obtentor sobre la nueva variedad. Pero si la variedad

registrada es esencialmente derivada, no puede explotarla sin autorización del fitomejorador titular de la variedad inicial. Tendrán que llegar a un acuerdo o, de lo contrario, no podrá explotarla.

2) Situación del obtentor de la variedad inicial. No puede impedir que el titular del gen use su variedad y le inserte el gen, ya que está autorizado para hacerlo por la excepción del fitomejorador. Tampoco puede insertar el gen patentado sin autorización del titular de la patente. Pero si la nueva variedad es esencialmente derivada, no podrá ser explotada sin su autorización.

Este cambio normativo permitiría equilibrar con una mayor dosis de justicia los diversos intereses en juego. Ciertamente, será necesario estudiar el funcionamiento de esta figura en los países que la han receptado, para advertir cuál es su impacto real, y no sólo hipotético. En todo caso, sea a través de la derivación esencial, o de otro instituto que la supere o complemente, es siempre plausible la búsqueda de soluciones normativas que permitan equilibrar con justicia los derechos y los deberes de las partes involucradas, cuando en una misma creación concurren aportes tecnológicos de diversas personas. Se trata, en definitiva, de renovar la búsqueda de soluciones que permitan, apelando a la fórmula tradicional, dar a cada uno lo suyo. Puede que la materia de aplicación del principio sea novedosa -actividad fitomejoradora, ingeniería genética, etc.-, pero los principios que han de regir la materia -dar a cada uno lo suyo, prohibir el enriquecimiento sin causa- cuentan con una trayectoria milenaria, en la cual puede abrevarse para vislumbrar nuevas aplicaciones acordes con estas nuevas realidades que se le presentan al derecho.

En este sentido, y sin ir más lejos, puede recordarse el caso de la especificación, modo de adquisición del dominio, ya previsto por el derecho romano. Como es sabido, se trata de un modo de adquisición del dominio que tiene lugar cuando un sujeto que no es dueño de una cosa la transforma, sin acordarlo con su dueño, en otro objeto que cumple una función distinta de la primitiva. En la regulación justiniana de este instituto, se entendió que si el especificante era de buena fe, adquiriría el derecho de propiedad sobre la cosa, pero, a cambio, el dueño del material tenía derecho a un resarcimiento por su pérdida⁵⁶³. Ciertamente, no se trata de caer en un tradicionalismo ingenuo, pretendiendo encontrar en el pasado la solución a cualquier problema del presente. Sí, en cambio, de rescatar que los nuevos desafíos que se presentan pueden, en buena medida, ser iluminados profundizando la búsqueda de los principios jurídicos pergeñados antaño para solucionar situaciones análogas. En el caso referido de la especificación, en definitiva, eran dos los problemas básicos a resolver: a) titularidad del dominio sobre la cosa; y b) situación de la persona no favorecida con el otorgamiento del dominio. Y los principios utilizados para resolver la cuestión fueron, básicamente, los siguientes: a) brindar un trato diferente, en función de si la persona (el especificante) ha actuado con buena o mala fe (por ejemplo, privando de la titularidad de la cosa al especificante de mala fe, y condenándolo a indemnizar al dueño de los materiales inescrupulosamente utilizados); b) determinar la titularidad de la cosa de manera económicamente racional (evitando, v.gr., un indeseable condominio); y c) prohibir el enriquecimiento sin causa (v.gr., otorgando al dueño de los materiales el derecho a ser resarcido por el valor de la pérdida sufrida). En

función de estos tres principios, se resolvieron las dos cuestiones planteadas (titularidad y derecho a un resarcimiento).

Parece que, igualmente, estos tres principios pueden ser de utilidad para resolver el problema que se presenta en la actualidad con relación al mejoramiento vegetal. En primer lugar, se descarta la idea de crear una cotitularidad en el derecho intelectual, que podría dificultar su explotación. Con respecto al otorgamiento de la titularidad del derecho, la cuestión es, desde cierto punto de vista, más simple de resolver, ya que la inmaterialidad del objeto evita que la situación se transforme en un juego de suma cero. En efecto, es perfectamente posible que un obtentor sea titular de la variedad inicial, y el otro de la variedad derivada. Sin embargo, para evitar el enriquecimiento sin causa, el derecho sobre la variedad derivada sólo será otorgado si ésta se distingue claramente, por alguna característica importante, de la variedad inicial. Suponiendo que este requisito se encuentre cumplido, el derecho intelectual podrá ser concedido. Pero si existe derivación esencial, se reconoce al titular de la variedad inicial la facultad de prohibir la explotación de la variedad derivada, evitando de este modo que el obtentor de esta última se alce con todos los beneficios derivados de su explotación, sin compartirlos con el obtentor de la variedad inicial, que también ha contribuido con un aporte importante en el desarrollo de la nueva variedad.

11.6. Referencia al Convenio UPOV 1978

La excepción del fitomejorador está expresamente reconocida en el art. 5.3 del tratado, con similar alcance al previsto por el régimen de la ley 20.247. Establece la norma citada que no es necesaria "... la autorización del obtentor para emplear la variedad como origen inicial de variación con vistas a la creación de otras variedades, ni para la comercialización de éstas". Asimismo, en el cuerpo del tratado encuentran acogida los dos límites que, según se ha señalado, restringen a esta excepción en el ámbito de la LSCF. El requisito de la distinguibilidad surge de art. 6.1.a, en el que se establece que "el obtentor gozará de la protección prevista por el presente Convenio cuando se cumplan las siguientes condiciones: a) Sea cual sea el origen, artificial o natural, de la variación inicial que ha dado lugar a la variedad, ésta debe poder distinguirse claramente por uno o varios caracteres importantes de cualquier otra variedad, cuya existencia sea notoriamente conocida en el momento en que se solicite la protección". En lo que respecta a la prohibición del uso repetido, ésta surge del mismo art. 5º del tratado, el que, tras reconocer la excepción del fitomejorador, la recorta estableciendo que "... se requerirá dicha autorización cuando se haga necesario el empleo repetido de la variedad para la producción comercial de otra variedad".

En suma, la regulación que contienen la LSCF y el Convenio UPOV 1978 en esta materia es uniforme, tanto en lo que respecta al reconocimiento de la excepción, como con relación a las limitaciones que se le imponen.

CONCLUSIÓN

- Del conjunto de normas que, en forma directa o indirecta, conforman el régimen del derecho de obtentor, surgen explícitamente los dos fines principales del sistema: a) reconocer al obtentor una justa participación en relación con su aporte tecnológico; y b) incentivar el desarrollo de la tecnología en el sector del mejoramiento vegetal.

- Las conclusiones a que se arribe respecto del fundamento del sistema de propiedad intelectual están íntimamente determinadas por las convicciones que se adopten respecto de ciertos temas fundamentales, como ser: el fundamento del poder estatal, el sistema de gobierno, el fundamento de los derechos individuales, la importancia de la economía, el desarrollo tecnológico, la situación de los países en vías de desarrollo, la distribución mundial de la riqueza, la libre determinación de los pueblos, el pluralismo cultural, entre otros.

- Si Argentina no cumple con los estándares mínimos de protección en materia de propiedad intelectual que le exige la comunidad internacional, puede verse expuesta a sanciones y represalias de importancia. Si bien esta circunstancia no puede ser ignorada al analizar la conveniencia de adoptar un determinado régimen de propiedad intelectual, esto no implica que deba asumirse una postura resignada. Es importante reconocer que existe un margen de libertad para cada país en la implementación de esos estándares mínimos, por lo que Argentina debe aprovechar al máximo esos espacios, adoptando aquellas soluciones que mejor se concilien con la defensa de sus intereses locales. En particular, el campo de opciones es bastante amplio en lo que tiene que ver con la protección de las obtenciones vegetales.

- Frente a la pretensión de lograr una armonización del sistema mundial de propiedad intelectual, debe advertirse que difícilmente un mismo sistema legal pueda resultar idóneo para todos los países, dada la diversidad de contextos existente. En consecuencia, el modelo de sistema de propiedad intelectual que los países centrales están exportando al resto del mundo debe flexibilizarse, cuando esto sea necesario para proteger los intereses de los países en desarrollo.

- Cuestionado el límite entre lo natural y lo artificial, se cuestiona asimismo la posibilidad de aplicar el argumento de Locke al ámbito específico de las variedades vegetales. La postura que acepta la apropiación sobre las plantas vía propiedad intelectual traza, de hecho, una discriminación arbitraria entre quienes han aportado su trabajo para que una variedad vegetal sea lo que es en la actualidad, atribuyéndole a uno el derecho de explotación exclusiva, y excluyendo por completo a los otros.

- Ante la crisis ambiental y alimentaria que la población mundial enfrenta en la actualidad, resulta aconsejable no escatimar medios que propicien su superación con el menor costo y con la mayor rapidez posible. Puede que el diseño de un régimen de propiedad intelectual como incentivo de la innovación tecnológica forme parte de la

estrategia de adaptación exitosa que la humanidad puede pergeñar frente a este nuevo desafío alimentario.

- La tecnología de mejoramiento de plantas se basa en el aprovechamiento de la biodiversidad existente, fruto de la interacción entre la naturaleza y la labor de mejoramiento que el hombre viene realizando desde hace miles de años. Sin embargo, los regímenes actuales de propiedad intelectual sólo “preman” a quien ha aportado el último eslabón de esta cadena de adaptaciones provocadas, lo que puede ser considerado como una política legislativa injusta y poco eficiente. Tal como está configurado en la actualidad, el régimen de patentes resulta incapaz para orientar los esfuerzos en orden a la preservación de los recursos genéticos necesarios para continuar desarrollando en forma sustentable la actividad fitomejoradora.

- La privatización de las plantas y los animales no es una consecuencia inexorable de la revolución biotecnológica, ya que existen otras alternativas jurídicas igualmente compatibles con este modo de producción.

- Desde la perspectiva de muchas culturas, resulta intolerable una apropiación privada al estilo que implican los actuales regímenes de propiedad intelectual. En consecuencia, la imposición, a nivel mundial, de un régimen uniformado de propiedad intelectual supone un atropello sobre un valor fundamental, como es el respeto por la diversidad cultural. En muchas culturas, la semilla no es simplemente un objeto que se compra en el mercado, sino un bien que es creado por el uso de recursos naturales y el conocimiento del granjero, el medio de producción y de reproducción del cual depende la subsistencia del campesino y de su familia.

- Dado que la mayoría de las especies vegetales se encuentran en los países subdesarrollados, resulta inequitativo un régimen de propiedad intelectual como el vigente a nivel internacional, que excluye del derecho sobre las variedades a quienes han efectuado un aporte sustancial para su desarrollo.

- La cuestión relativa a la propiedad intelectual sobre vegetales no es sólo una materia en la que resultan involucrados intereses puramente particulares, sino también un problema de política y de justicia distributiva entre las naciones desarrolladas y las subdesarrolladas. A través del régimen de la propiedad intelectual, tal como está configurado en la actualidad, se refuerza la tendencia a una división internacional del trabajo entre los países periféricos, como proveedores de material genético gratuito, y los países industrializados, como creadores de nuevas variedades vegetales. En esta distribución de funciones, las corporaciones internacionales sólo retribuyen con una mínima porción de sus ganancias a las comunidades de las que procede el germoplasma.

- Si bien es cierto que el régimen vigente de propiedad intelectual refuerza esta pauta de división internacional de funciones, parece una exageración considerar que esta estructura económica es la resultante exclusiva de un determinado régimen jurídico. En definitiva, lo que mejor explica la distinta participación en las ganancias de uno y otro grupo de países es su diversa capacidad tecnológica para valorizar los recursos genéticos. Si un país no desarrolla capacidades tecnológicas propias, no le resultará posible obtener reglas jurídicas internacionales favorables a sus intereses.

- La mayor parte de los derechos intelectuales concedidos por el RNPC recaen sobre variedades desarrolladas a nivel local. Este dato no puede ser ignorado a la hora de diseñar un régimen de propiedad intelectual sobre la materia: desproteger la tecnología fitomejoradora implica, en Argentina, desproteger tecnología local.

- En el régimen del derecho de obtentor, los costos del monopolio son inferiores a los derivados del régimen de patentes, ya que el contenido del primer derecho es más acotado, y se encuentra limitado por una serie de excepciones que están ausentes en el caso de las patentes. A esto debe agregarse que, dado que el derecho de obtentor no se extiende respecto de las variedades vegetales que son claramente distintas de la variedad registrada, su titular se ve expuesto a una mayor competencia que aquella que debe soportar el patentado, quien se encuentra, por lo menos en teoría, fuertemente protegido por la exigencia de la altura inventiva y por la doctrina de los equivalentes, como así también por la posibilidad de acumular varias reivindicaciones respecto de una misma invención.

- Al reconocer la excepción del agricultor, el régimen del derecho de obtentor evidencia una mayor apertura y consideración respecto de los intereses de los agricultores, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las patentes, en el que no existe una excepción semejante.

- En el régimen del derecho de obtentor, el reconocimiento de la excepción del fitomejorador garantiza la facultad de utilizar libre y gratuitamente material perteneciente a una variedad registrada, como fuente o insumo para el desarrollo de la actividad fitomejoradora, a diferencia del sistema de patentes, en el que no existe una excepción semejante. Esta característica diferencial entre uno y otro régimen evidencia que el sistema del derecho de obtentor se encuentra mejor adaptado que el régimen de las patentes para fomentar el desarrollo de la actividad fitomejoradora.

- El titular del derecho de obtentor se encuentra facultado para reproducir o multiplicar, comercializar y entregar a cualquier título, en forma exclusiva, el material de reproducción perteneciente a la variedad protegida.

- Por aplicación del principio de territorialidad, la reproducción en el extranjero no constituye un acto ilícito frente al ordenamiento jurídico argentino. La reproducción local, en cambio, constituye una infracción al derecho de obtentor, siendo indiferente si el material reproducido se ha de comercializar en el país o en el exterior.

- La facultad de comercializar abarca la totalidad de los actos que integran el proceso de liberación onerosa del material protegido al mercado. Entendida en este sentido amplio, la comercialización comprende no sólo el acto jurídico mediante el cual se introduce el producto en el mercado, sino también los actos que le preceden en forma inmediata. En consecuencia, se considera que existe comercialización, entre otros, en los siguientes casos: venta, permuta, importación, exportación, oferta y publicidad.

- El derecho de explotación exclusiva del obtentor comprende la entrega traslativa de la posesión y del dominio del material protegido, pero no la traslativa de la tenencia, sin que tenga relevancia si se trata de un acto efectuado a título gratuito u oneroso.

- El acondicionamiento del material protegido no se encuentra prohibido en forma autónoma, aunque la conducta puede resultar ilícita por aplicación de las reglas generales en materia de participación delictual.

- En virtud del agotamiento del derecho, las facultades del obtentor respecto del material protegido se extinguen una vez que ha sido comercializado lícitamente. Si bien la ley no precisa qué tipo de agotamiento ha adoptado, la interpretación más defendible es aquella que considera aplicable el régimen del agotamiento internacional, por los siguientes motivos: i) la ley no introduce ninguna restricción en cuanto al lugar donde debe haberse comercializado el producto, a los efectos que opere el agotamiento; ii) el agotamiento internacional es el que mejor se compadece con los fundamentos económicos del régimen del derecho de obtentor; y iii) el régimen de patentes, aplicable por analogía, consagra el agotamiento internacional.

- Para que se produzca el agotamiento, es necesario que el material protegido haya sido puesto lícitamente en el comercio, sea por el titular del derecho, sea por un licenciataria (sin importar si la licencia es voluntaria u obligatoria), dentro de los límites establecidos en la licencia (y sin perjuicio de brindar protección al tercero diligente y de buena fe, por aplicación del principio de protección de la confianza). Si la introducción del material se ha efectuado en el extranjero, es necesario, adicionalmente, que la variedad vegetal esté protegida en el país extranjero por un derecho intelectual eficaz (de acuerdo a los cánones establecidos en el TRIPs con relación a las patentes, *mutatis mutandis*).

- Producido el agotamiento, el titular del derecho de obtentor no puede ejercer el *ius prohibendi* respecto del material que ya ha sido comercializado. En consecuencia, el adquirente puede: a) comercializar, como materia prima o alimento, el material obtenido del cultivo del material adquirido; b) comercializar, como materia prima o alimento, el material adquirido; y c) comercializar, como material de reproducción o propagación, el material adquirido. No se encuentra facultado, en cambio, para comercializar, como material de propagación, el producto resultante del cultivo de la semilla originariamente adquirida. Esto último no impide, sin embargo, que el adquirente de la semilla cuente con otras facultades respecto del material reproducido, incluso en su calidad de material de propagación, en virtud de la excepción del agricultor.

- El derecho de obtentor se encuentra restringido por la excepción del agricultor y por la excepción del fitomejorador. La excepción del agricultor es una restricción al derecho de obtentor, por la cual el agricultor se encuentra facultado para reproducir el material reservado, como así también para comercializar con posterioridad el producto obtenido a partir de esta última reproducción.

- Tanto el derecho de obtentor como el derecho del agricultor se fundan en motivos de interés público. Por lo tanto, ambos derechos necesitan compatibilizarse en su ejercicio, de modo de no contrariar ese interés general a cuya satisfacción ambos apuntan.

- El ejercicio del derecho del agricultor está sujeto a los siguientes requisitos:

a) Requisito subjetivo: sólo puede ser titular de este derecho quien es agricultor;

b) Requisitos objetivos: i) el material reservado debe provenir de la cosecha de una explotación del agricultor; ii) el material originario debe haber sido adquirido lícitamente; y iii) el material reservado debe destinarse a la siembra en una explotación del agricultor.

- El ejercicio del derecho de agricultor no está sujeto a ningún requisito adicional. En particular, no es necesaria la autorización del titular del derecho intelectual.

- La regulación de la excepción del agricultor en la legislación argentina es sumamente laxa, ya que el derecho es reconocido en forma gratuita a todo agricultor, sin fijación de límites en cuanto a las especies vegetales a las que resulta aplicable, ni con relación a la cantidad de material que se puede reservar, ni en el aspecto temporal. Aunque no necesariamente, esta versión hipertrofiada de la excepción del agricultor puede prestarse a todo tipo de abusos, por lo que resulta fundamental establecer un marco que garantice el ejercicio regular del derecho. En líneas generales, existe abuso cuando mediante el ejercicio del derecho del agricultor se erosiona injustificadamente el derecho de obtentor que recae sobre la variedad a la que pertenece el material reservado. Sin embargo, de lo expuesto no debe inferirse que, so pretexto de proteger el desarrollo tecnológico, se pueda desfigurar el derecho del agricultor, tal como ha sido regulado por el legislador argentino. En particular, esto significa que:

a) No pueden adicionarse restricciones subjetivas, ya que la ley ha sido clara al otorgar este beneficio a todo agricultor, sin importar las dimensiones o la importancia económica de su explotación, ni la clase de persona (física o jurídica) de que se trate.

b) No se puede excluir ninguna especie vegetal del ámbito de la excepción, por muy chocante que esto pueda resultar en determinados supuestos.

c) Mientras no se reforme la ley, el privilegio del agricultor es gratuito, en todos los casos.

d) Carece de fundamento legal la exigencia de que el material reservado sea sembrado en el mismo predio en el cual fue sembrado el material original, como lo hace el decr. 2183/91.

e) No es posible introducir restricciones en cuanto a la posibilidad de repetir indefinidamente el proceso de reserva-siembra-cosecha.

f) No es posible sujetar a la autorización del obtentor el ejercicio del derecho del agricultor.

- Tres son las principales facultades que el productor agrícola adquiere en virtud de la excepción del agricultor: a) sembrar el material reservado; b) acondicionarlo, por sí o a través de un tercero; y c) comercializar, como materia prima o alimento, el material cosechado a partir de tal siembra.

- El derecho del agricultor es renunciable. Sin embargo, esto no implica aceptar como válido todo contrato por el cual se lo renuncia efectivamente. Condición indispensable para su validez será que el contrato no sea abusivo.

- En virtud de la excepción del fitomejorador cualquier tercero está libremente facultado para utilizar una variedad protegida como fuente o insumo de investigación para el mejoramiento genético de otras variedades vegetales.

- La excepción del fitomejorador está sujeta al cumplimiento de tres requisitos:

a) Quien ejercita el derecho derivado de esta excepción debe actuar con la finalidad de crear un nuevo cultivar.

b) La variedad protegida sólo puede ser utilizada en actividades de carácter experimental, como fuente de variación genética en la producción de nuevas variedades vegetales.

c) La variedad protegida no puede ser utilizada en forma permanente o repetida para producir el nuevo cultivar.

- En virtud de la excepción, el fitomejorador se encuentra facultado para reproducir la variedad protegida a los efectos de crear una nueva variedad. En caso de lograrlo, además, estará facultado para registrar la nueva variedad a su nombre y para explotarla en forma exclusiva. Sin embargo, existen limitaciones a esta excepción que pueden, en su caso, restringir o extinguir una o varias de estas facultades.

- Un primer límite consiste en que la variedad obtenida bajo la cobertura de la excepción del fitomejorador no podrá ser registrada en el RNPC si no es distinguible de cualquier otra variedad cuya existencia sea notoriamente conocida.

- No basta una diferencia menor para considerar distinta a la variedad, sino que es necesario que la variedad se distinga claramente, por uno o varios caracteres importantes. En suma, debe existir una “diferencia mínima” entre las variedades que se cotejen. En consecuencia, no corresponde conceder el derecho de obtentor a las variedades que han sido objeto de una simple mejora “cosmética”.

- La exigencia de la distancia se justifica porque: a) surge de una correcta aplicación de los criterios de interpretación del derecho generalmente aceptados; b) resulta económicamente preferible; c) es una derivación elemental de la prohibición del abuso del derecho; d) es una consecuencia del principio de prohibición del fraude a la ley; y e) es coherente con la prohibición del enriquecimiento sin causa.

- Si las variedades cotejadas no se distinguen claramente, resulta jurídicamente posible:

a) Denegar la inscripción de la variedad en el RNPC.

b) Que un tercero interesado se oponga a la concesión del derecho de obtentor.

c) Que, ante el otorgamiento indebido del derecho de obtentor, se declare posteriormente su nulidad.

- La aceptación de la diferencia mínima implica que la explotación de una variedad que no se distingue claramente de otra previamente registrada en el RNPC constituye una infracción al derecho de obtentor que recae sobre esta última.

- Para que el derecho de obtentor concedido sobre una variedad (variedad principal) se extienda sobre otra variedad (variedad dependiente) es necesario el cumplimiento de dos condiciones: a) la variedad dependiente no debe distinguirse claramente respecto de la variedad inicial o principal; y b) la variedad dependiente debe distinguirse claramente de cualquier otra variedad integrante del estado de la técnica vegetal en la fecha relevante.

- La distancia mínima no sólo es una exigencia que surge de una correcta interpretación de las normas vigentes que integran el régimen del derecho de obtentor, sino que, además, su recepción por el legislador resulta elogiada, por las correcciones que introduce al sistema de la LSCF. Si bien se trata de una categoría intrínsecamente vaga, y que incrementa los costos derivados del régimen del derecho de obtentor, ya que impide el acceso al mercado de variedades vegetales alternativas a la registrada en el RNPC, su recepción legal resulta justificada, por los siguientes motivos:

a) Reduce los costos sociales del sistema del derecho de obtentor, al evitar que el derecho intelectual sea concedido a desarrollos de menor jerarquía.

b) Orienta el efecto-incentivo del régimen del derecho de obtentor hacia proyectos tecnológicos innovadores, al inducir a las empresas semilleras a invertir recursos en proyectos de mejora de, por lo menos, una mínima envergadura tecnológica, y no en meros proyectos plagarios que, si bien pueden resultar de menor riesgo para la empresa, son, al mismo tiempo, menos beneficiosos a nivel social.

c) Potencia el efecto incentivo del régimen del derecho de obtentor, al otorgarle al titular del derecho intelectual un ámbito de actuación exclusiva mucho más extenso, con los consiguientes beneficios económicos que esto le implica.

- La excepción del fitomejorador sufre un segundo límite, ya que no es posible invocarla cuando la producción de un nuevo cultivar requiere el empleo repetido de una variedad protegida.

- Como consecuencia de las dos limitaciones referidas, puede afirmarse que los poderes de exclusión del titular del derecho de obtentor se extienden no sólo sobre la variedad protegida, sino también sobre cualquier otra variedad que no se le distinga claramente (variedad dependiente), o que haya sido obtenida mediante su empleo repetido.

- Las facultades del obtentor previstas en la LSCF, resultan adecuadas para el cumplimiento de los fines que inspiran al régimen de este derecho intelectual. Con todo, la ley no enumera con la precisión que sería deseable cuáles son las facultades del titular del derecho, lo que obliga al intérprete a realizar un exagerado esfuerzo hermenéutico, a los efectos de alcanzar un resultado interpretativo mínimamente aceptable, en función de la teleología del régimen legal. En este sentido, resulta recomendable una reforma de la ley, que contemple explícitamente un conjunto de facultades integrantes del derecho de obtentor que resulte armónico con la teleología del régimen.

- Existe una asimetría de relevancia entre la LSCF y el Convenio UPOV 1978 en relación con las facultades del titular. Mientras la LSCF incluye la entrega a cualquier título entre las facultades exclusivas del obtentor, que resulta abarcativa de la entrega a título gratuito, el Convenio UPOV 1978 no incluye entre las facultades del obtentor este tipo de entrega. En este punto, entonces, la LSCF otorga una protección mayor que la prevista en el Convenio UPOV 1978. Esta desigualdad en las regulaciones, con todo, carece de importancia práctica, ya que, en virtud del principio de trato nacional, prescrito en el art. 3 del tratado, esta mayor protección prevista en la ley resulta aplicable, asimismo, a las personas sujetas al Convenio UPOV 1978.

- Tal como surge de la LSCF y sus disposiciones reglamentarias, la excepción del agricultor se encuentra regulada con llamativa laxitud. Este fenómeno no puede ser acotado por las disposiciones de UPOV 1978, que se limita a reconocer esta excepción de forma implícita en el art. 5.1, sin incluir normas que desarrollen su régimen jurídico. La morigeración de las disposiciones LSCF y sus normas reglamentarias ha de venir, entonces, de la prohibición del abuso del derecho.

- Si bien la LSCF reconoce la excepción del fitomejorador, le impone un saludable límite mediante el requisito de la distinguibilidad y la prohibición del uso repetido, con fines reproductivos, de una variedad protegida. El Convenio UPOV 1978 regula esta materia con un criterio semejante, tanto en lo que respecta al reconocimiento de la excepción, como con relación a las limitaciones que se le imponen, por lo que no resulta necesario apelar al principio de trato nacional.

- En suma, la regulación actual del contenido patrimonial del derecho de obtentor resulta aceptable, con las siguientes salvedades: a) las facultades del titular debieran ser reconocidas explícitamente; y b) la excepción del agricultor debiera contemplarse con un criterio más restringido, de modo que resulte compatible con los fines del régimen del derecho de obtentor.

NOTAS

¹ Ambas técnicas de determinación positiva son utilizadas en la legislación comparada. Un primer grupo de normas reconoce explícitamente la facultad de aprovechamiento exclusivo con que cuenta el obtentor, estableciendo que el obtentor tiene el derecho de reproducir, multiplicar y comercializar la variedad vegetal. Entre otras, pueden considerarse integrantes de este grupo las siguientes legislaciones: Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 11; Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, art. 21; Brasil, decr. 2366 de 1997, art. 9; Canadá, Plant Breeder's Rights Act, 1990, s. 5.1; Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 57.1; Eslovaquia, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 8.1; Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 14; España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 12.1; Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 1; México, Ley federal de variedades vegetales, art. 4; Moldavia, Law on the protection of plant varieties, art. 2.2; Nueva Zelanda, Plant Variety Rights Act 1987, law number 5 of 1987, s. 17.1; Holanda, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 40.1; Portugal, decree-law N° 213/90, art. 3.1; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 24; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 27; Unión Europea, Reglamento 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 13.1. Por el contrario, la mayoría de las leyes sobre la materia, incluida la legislación argentina, omiten efectuar un explícito reconocimiento de las facultades de explotación del titular derecho de obtentor, limitándose a prohibir a los terceros la realización de todo acto de explotación de la variedad (reproducción, comercialización, etc.) que no esté debidamente autorizado por el titular del derecho intelectual. Implícitamente, se está reconociendo el derecho de aprovechamiento exclusivo con que cuenta el titular. Como puede advertirse, ambas técnicas conducen a un mismo resultado práctico.

² Ver *infra*, N° 10.

³ Ver *infra*, N° 11.

⁴ Código Civil, art. 2506.

⁵ H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de derecho industrial*, op. cit., p. 596.

⁶ *Ibidem*, p. 597.

⁷ *Ibidem*, p. 597.

⁸ Ley 20.247, art. 37.

⁹ Ley 20.247, art. 37.

¹⁰ Ley 20.247, art. 37.

¹¹ Ley 20.247, art. 37.

¹² Ley 20.247, art. 27.

¹³ Ver *infra*, N° 10.

¹⁴ Ver *infra*, N° 11.

¹⁵ Así se afirma, con relación del derecho de autor, en Carlos A. VILLALBA y Delia LIPSZYC, *El derecho de autor en la Argentina*, op. cit., ps. 95-99.

¹⁶ H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de derecho industrial*, op. cit., ps. 597-598.

¹⁷ *Ibidem*, p. 56.

¹⁸ Jean DABIN, *El derecho subjetivo*, op. cit., ps. 231-232.

¹⁹ Hermenegildo BAYLOS CORROZA, *Tratado de derecho industrial*, op. cit., p. 60.

²⁰ Ver *supra*, N° 7.

²¹ Ver *infra*, N° 8.5.5.

²² Jorge J. LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 2ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1977, t. III, p. 498.

²³ *Ibidem*, p. 499.

²⁴ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, comentarios al art. 1067 del Código Civil, en Augusto C. BELLUSCIO (director) y Eduardo A. ZANNONI (coordinador), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1984, t. 5, p. 28.

²⁵ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, comentarios al art. 1072 del Código Civil, en Augusto C. BELLUSCIO (director) y Eduardo A. ZANNONI (coordinador), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1984, t. 5, ps. 90-91; LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., ps. 511-513.

²⁶ Se discute en doctrina si el ilícito previsto en el art. 37 de la LSCF constituye un delito o una contravención. Al respecto, se ha señalado que “*las infracciones tipificadas en el Capítulo VII de la ley 20.247, como las sanciones que en el mismo se determinan, constituyen normas de naturaleza penal, normas penales administrativas, aun cuando no tengan estrictamente la misma naturaleza que las medidas represivas del Código Penal...*”, en Renata CASCARDO; Carmen A. GIANNI y José Antonio PIANA, *Varietades vegetales en Argentina. El comercio de semillas y el derecho de obtentor*, Buenos Aires, edición del autor, octubre de 1998, p. 91. Por otro lado, también se ha considerado que la reproducción no autorizada podría llegar a constituir, según las circunstancias del caso, un delito de hurto o de administración infiel (Héctor G. VIDAL ALBARRACÍN, “La duplicación de semillas ¿es un delito o una infracción”, L.L. 2001-E, ps. 878-879). La cuestión carece de trascendencia en relación con el tema ahora abordado, esto es, la determinación del contenido del derecho de obtentor, por lo que su tratamiento será soslayado. A los fines propuestos, basta con destacar que en artículo citado se contempla una infracción al derecho de obtentor, que se encuentra sancionada con una pena.

²⁷ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, t. II, op. cit., p. 594.

²⁸ TRIPs, art. 27.3.

²⁹ Ver *supra*, N° 8.2.

³⁰ Respecto de la excepción del agricultor, ver *infra*, N° 10; con relación a la excepción del fitomejorador, ver *infra*, N° 11.

³¹ Ver *supra*, N° 7.2.

³² Ver *supra*, N°s 2.2 y 3.1.2.

³³ Ver *supra*, N°s 2.2 y 3.1.5.

³⁴ Ver *supra*, N° 3.2.

³⁵ Ver *supra*, N° 2.

³⁶ Ley 24.481, art. 8° inciso a.

³⁷ Ver *supra*, N° 2.2.

³⁸ Néstor P. SAGÜÉS, *Elementos de derecho constitucional*, op. cit., p. 211.

³⁹ *Ibidem*, p. 93.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 96.

⁴¹ *Ibidem*, p. 93.

⁴² Miguel A. EKMEKDJIAN, *Tratado de derecho constitucional*, op. cit., p. 109.

⁴³ Néstor P. SAGÜÉS, *Elementos de derecho constitucional*, op. cit., ps. 93-94.

⁴⁴ *Ibidem*, ps. 93-94.

⁴⁵ Miguel A. EKMEKDJIAN, *Tratado de derecho constitucional*, op. cit., ps. 114-115.

⁴⁶ Rafael BIELSA, *Derecho constitucional*, op. cit., p. 352.

⁴⁷ El tema ya ha sido tratado *supra*, N° 3.1.1.

⁴⁸ Con relación a la inoperancia de las normas, ver Carlos S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., ps. 289-290.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 289.

⁵⁰ Néstor P. SAGÜÉS, *Elementos de derecho constitucional*, t. 2, op. cit., p. 483.

⁵¹ Rafael BIELSA, *Derecho constitucional*, op. cit., p. 352.

⁵² Juan A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho constitucional argentino*, op. cit., p. 176.

⁵³ Ver *supra*, N° 2.

⁵⁴ Sebastián P. BLOJ; Valeria BOLLERO y Carlos A. RAFFO, “Estudio acerca de las sanciones en la ley de citogenética”, en *Trabajos del Centro*, N° 3, 1998, p. 124.

⁵⁵ Ver *infra*, N°s 10 y 11.

⁵⁶ Ver *infra*, N°s 8.7.4 y 8.7.9.

⁵⁷ Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.1.1; Australia, Plant Breeder’s Rights Act 1994, s. 11.a; Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 32; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 24.a; Corea, Seed Industry Law, 1995, arts. 2.ix y 57.1; Eslovaquia, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 8.5; Eslovenia, law N° 86/98, law on plant variety protection, art. 15; España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 12.2; Estados Unidos, Plant Variety Protection Act, s. 111; Finlandia, The Act on Plant Breeder’s Right, N° 789/1992, s. 6; Israel, Plant Breeder’s Rights Law 5733-1973, s. 1 y 36; Italia, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 13.1; México, Ley federal de variedades vegetales, art. 4; Moldavia, Law on the protection of plant varieties, art. 13.1; Holanda, Act of October 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 40.1; Panamá, ley 23 de 15 de julio de 1997, art. 238.1; Portugal, decree-law N° 213/90, art. 3.1; Reino Unido, Plant Varieties Act 1997, s. 6.1; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 24; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 27.1; Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders’ Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 2, art. 2; Unión Europea, Reglamento 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 13.2; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 14.1; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Model law on the protection of new varieties of plants, 1995, art. 13.

⁵⁸ Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, art. 21; Brasil, decr. 2366 de 1997, art. 9; Canadá, Plant Breeder’s Rights Act, 1990, s. 5.1; Checoslovaquia, Law on the Legal Protection of New Varieties of Plants and Breeds of Animals N° 132 of november 15, 1989, arts. 2.h y 8.1; China, Regulations of the People’s Republic of China on the protection of new varieties of plants, 1999, art. 6; Dinamarca, Act on Plant Variety Protection, Order N° 51 of 5 february, 1996, art. 16.1.1; República de Hungría, law N° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents, art. 106; Nueva Zelanda, Plant Variety Rights Act 1987, law number 5 of 1987, s. 17.1; Suiza, Legge federale sulla protezione delle novità vegetali del 20 marzo 1975 (Statto 3 ottobre 2000), art. 12.1; Trinidad y Tobago, The protection of new plant varieties act, Act N° 7 of 1997, s. 15.1; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, art. 5.1; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Ley tipo sobre la protección de las obtenciones vegetales, 1980, art. 13.1.

⁵⁹ UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978, art. 5.1.

⁶⁰ Al respecto, ver *infra*, N° 10.

⁶¹ Clara M. GODOY BETANCOURT, *La obtención de variedades vegetales y su reglamentación en el ámbito universitario*, Mérida, edición del autor, 2000, p. 202.

⁶² *Ibidem*, p. 206.

⁶³ *Ibidem*, p. 206.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 206.

⁶⁵ El principio es tratado con mayor detenimiento *infra*, N° 8.7.2.1.

⁶⁶ Peter LANGE, *Naturaleza del derecho del obtentor (ley sobre la protección de las variedades vegetales) y su demarcación respecto a las invenciones patentables*, op. cit., p. 35.

⁶⁷ Ver *infra*, N° 10.

⁶⁸ Ver *infra*, N° 11.

⁶⁹ Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.1.4; Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, art. 21; Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 32; Brasil, decreto 2366 de 1997, art. 9; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 24.d; Eslovaquia, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 8.5; Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 15; España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 12.2; Finlandia, The Act on Plant Breeder’s Right, N° 789/1992, s. 6; República de Hungría, Law N° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents, art. 106; Israel, Plant Breeder’s Rights Law 5733-1973, s. 1 y 36; Italia, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 13.1; Moldavia, Law on the protection of plant varieties, art. 13.1; Holanda, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 40.1; Panamá, Ley 23 de 15 de julio de 1997, art. 238.2; Portugal, decree-law N° 213/90, art. 3.1; Reino Unido, Plant Varieties Act 1997, s. 6.1; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 24; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 27.1; Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders’ Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 2, art. 2; Suiza, Legge federale sulla protezione delle novità vegetali del 20 de marzo 1975 (Statto 3 ottobre 2000), art. 12.1; Trinidad y Tobago, The protection of new plant varieties act, Act N° 7 of 1997, s. 15.1; Unión Europea, Reglamento 2100 de

1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 13.2; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, art. 5.1; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 14.1; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Ley tipo sobre la protección de las obtenciones vegetales, 1980, art. 13.1; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Model law on the protection of new varieties of plants, 1995, art. 13.1.

⁷⁰ Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.1.4; Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 11.d; Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, arts. 2.a.v y 21; Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del , art. 32; Canadá, Plant Breeder's Rights Act, 1990, s. 5.1; Checoslovaquia, Law on the Legal Protection of New Varieties of Plants and Breeds of Animals N° 132 of november 15, 1989, arts. 2.h y 8.1; China, Regulations of the People's Republic of China on the protection of new varieties of plants, 1999, art. 6; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 24.d; Dinamarca, Act on Plant Variety Protection, Order N° 51 of 5 february, 1996, art. 16.1.2; Eslovaquia, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 8.5; España, Ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 12.2; Estados Unidos, Plant Variety Protection Act, s. 111; Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6; Israel, Plant Breeder's Rights Law 5733-1973, s. 1 y 36; Italia, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 13.1; México, Ley federal de variedades vegetales, art. 4; Moldavia, Law on the protection of plant varieties, art. 13.1; Nueva Zelanda, Plant Variety Rights Act 1987, Law number 5 of 1987, s. 17.1; Panamá, Ley 23 de 15 de julio de 1997, art. 238.2; Reino Unido, Plant Varieties Act 1997, s. 6.1; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 24; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 27.1; Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders' Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 2, art. 2; Unión Europea, Reglamento 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 13.2; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 14.1; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Model law on the protection of new varieties of plants, 1995, art. 13.

⁷¹ Relativizando la diferencia, se ha señalado correctamente que aun el lenguaje técnico o especial se apoya, en mayor o menor medida, en el lenguaje general, dada la pretensión de comprensibilidad general que inspira al ordenamiento jurídico. Ver Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p. 316.

⁷² *Ibidem*, p. 318.

⁷³ Canadá, Plant Breeder's Rights Act, 1990, s. 2.1 y 5.1; Dinamarca, Act on Plant Variety Protection, Order N° 51 of 5 February, 1996, art. 16.1.2; Estados Unidos, Plant Variety Protection Act, s. 111.

⁷⁴ "Si la cosa cuya posesión se trata de adquirir estuviere en caja, almacén o edificio cerrado, bastará que el poseedor actual entregue la llave del lugar en que la cosa se halla guardada" (art. 2385 Código Civil).

⁷⁵ "Se considera tradición simbólica, salvo la prueba contraria en los casos de error, fraude o dolo: 1. La entrega de las llaves del almacén, tienda o caja en que se hallare la mercancía u objeto vendido..." (art. 463 Código de Comercio).

⁷⁶ "La tradición de cosas muebles que no están presentes, se entiende hecha por la entrega de los conocimientos, facturas, etc., en los términos que lo dispone el Código de Comercio; o cuando fuesen remitidas por cuenta y orden de otros, desde que la persona que las remite las entregue al agente que deba transportarlas, con tal que el comitente hubiese determinado o aprobado el modo de la remisión" (art. 2388 Código Civil).

⁷⁷ "Se considera tradición simbólica, salvo la prueba contraria en los casos de error, fraude o dolo:... 3. La entrega o recibo de la factura sin oposición inmediata del comprador; 4. La cláusula: por cuenta, puesta en el conocimiento o carta de porte, no siendo reclamada por el comprador dentro de veinticuatro horas, o por el segundo correo; 5. La declaración o asiento en el libro o despacho de las oficinas públicas a favor del comprador, de acuerdo de ambas partes" (art. 463 Código de Comercio).

⁷⁸ "No es necesaria la tradición de la cosa, sea mueble o inmueble, para adquirir la posesión, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro" (art. 2387 Código Civil).

⁷⁹ "Quedan comprendidos en la clase del artículo anterior:... 3. El que transmitió la propiedad de la cosa, y se constituyó poseedor a nombre del adquirente... 6. El que continuase en poseer la cosa después de reconocer que la posesión o el derecho de poseerla pertenece a otro" (art. 2462 Código Civil).

⁸⁰ Carlos M. CLERC, *El derecho de dominio y sus modos de adquisición*, Buenos Aires, Abaco, 1982, p. 175.

⁸¹ Elena I. HIGHTON, *Dominio y usucapión*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, segunda parte, p. 211.

⁸² Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, vol. I, op. cit., p. 212.

⁸³ Elena I. HIGHTON, *Dominio y usucapión*, op. cit., p. 92.

⁸⁴ Pero no es, como resulta erróneamente afirmado en los arts. 2379 (relativo a los inmuebles) y 2381 (relativo a los muebles), el único modo de adquisición de la posesión, ya que ésta también puede adquirirse por ocupación y por usucapión. V. Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, vol. I, op. cit., p. 82 y ss.

⁸⁵ Elena I. HIGHTON, *Dominio y usucapión*, op. cit., p. 91.

⁸⁶ Manuel A. LAQUIS, *Derechos reales*, Buenos Aires, Depalma, 1979, t. II, p. 703.

⁸⁷ Carlos M. CLERC, *El derecho de dominio y sus modos de adquisición*, op. cit., ps. 176-177; Elena I. HIGHTON, *Dominio y usucapión*, op. cit., p. 92.

⁸⁸ Cuestión mucho más compleja es la que se refiere a si el elemento subjetivo de la tradición traslativa del dominio ha de consistir en el ánimo de entregar la posesión de la cosa, o en el de transmitir su dominio. El tema ha dividido a la doctrina especializada desde antaño, y no es este trabajo el lugar oportuno para considerarlo, ya que no se trata de una cuestión de la cual dependa el alcance que debe otorgarse al art. 27 LSCF, que es la cuestión ahora analizada.

⁸⁹ Código Civil, art. 2351.

⁹⁰ Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, vol. I, op. cit., p. 207.

⁹¹ “Habrà posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad” (art. 2351 Código Civil).

⁹² “El usufructuario puede ejercer todas las acciones que tengan por objeto la realización de los derechos que corresponden al usufructo; y puede también, para asegurar el ejercicio pacífico de su derecho, intentar las diversas acciones posesorias que el nudo propietario estaría autorizado a intentar” (art. 2876 Código Civil).

⁹³ “El usuario para obtener el goce que le es debido, tiene una acción real en virtud de la cual puede obrar no sólo contra el propietario que goza del fundo, sino también contra terceros poseedores, en cuyo poder se encuentre la heredad, y tiene también las acciones posesorias del usufructuario” (art. 2950 Código Civil).

⁹⁴ “Corresponde a los dueños de las heredades dominantes, las acciones y excepciones reales, los remedios posesorios extrajudiciales, las acciones y excepciones posesorias” (art. 3034 Código Civil).

⁹⁵ “La posesión que el deudor da al acreedor de la cosa constituida en prenda, debe ser una posesión real en el sentido de lo establecido sobre la tradición de las cosas corporales. El responde de la evicción de la cosa dada en prenda” (art. 3205 Código Civil).

⁹⁶ “Quedan comprendidos en la clase del artículo anterior:... 4. El que continuó en poseer la cosa después de haber cesado el derecho de poseerla, como el usufructuario, acabado el usufructo, o el acreedor anticresista” (art. 2462, inciso 4 Código Civil).

⁹⁷ El fenómeno, conocido bajo el nombre de “conservación de la posesión por representante”, se encuentra regulado en el art. 2448 del Código Civil, en estos términos: “La posesión de una cosa se conserva por medio de los que la tienen a nombre del poseedor, no sólo cuando la tienen por sí mismos, sino también cuando la tienen por otros que los creían verdaderos poseedores, y tenían la intención de tener la posesión para ellos”.

⁹⁸ H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de derecho industrial*, op. cit., p. 219.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 220.

¹⁰⁰ Luis E. BERTONE y Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de marcas*, t. I, op. cit., p. 301.

¹⁰¹ Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., ps. 370-372.

¹⁰² Susana Alejandra FRIDMAN, “Biotecnología: derechos del obtentor y del agricultor; alternativas legislativas”, en *Actas del IV Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario*, Rosario, Imagen Impresiones, 2002, p. 305.

¹⁰³ Contra: Zamudio, para quien no está prohibida la cesión a título gratuito del material de reproducción o de multiplicación vegetativa. Ver Teodora ZAMUDIO, *Protección jurídica de las creaciones fitogenéticas*, op. cit., p. 125.

¹⁰⁴ Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.1.3; Australia, Plant Breeder’s Rights Act 1994, s. 11.c; Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, arts. 2.a.v y 21; Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del , art. 32; Brasil, decr. 2366 de 1997, art. 9; Canadá, Plant Breeder’s Rights Act, 1990, s. 2.1 y 5.1; Checoslovaquia, Law on the Legal Protection of New Varieties of Plants and Breeds of Animals N° 132 of november 15, 1989, arts. 2.h y 8.1; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 24.c; Corea, Seed Industry Law, 1995, arts. 2.ix y 57.1; Dinamarca, Act on Plant Variety Protection, Order N° 51 of 5 february, 1996, art. 16.1.2; Eslovaquia, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 8.5; España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 12.2; Estados Unidos, Plant Variety Protection Act, s. 111; Finlandia, The Act on Plant Breeder’s Right, N° 789/1992, s. 6; Israel, Plant Breeder’s Rights law 5733-1973, s. 1 y 36; Italia, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 13.1; Moldavia, Law on the protection of plant varieties, art. 13.1; Holanda, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 40.1; Panamá, Ley 23 de 15 de julio de 1997, art. 238.2; Reino Unido, Plant Varieties Act 1997, s. 6.1; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 24; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 27.1; Suiza, Legge federale sulla protezione delle novità vegetali del 20 marzo 1975 (Statto 3 ottobre 2000), art. 12.1; Trinidad y Tobago, The protection of new plant varieties act, Act N° 7 of 1997, s. 15.1; República de Hungría, Law N° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents, art. 106; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, art. 5.1; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 14.1; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Model law on the protection of new varieties of plants, 1995, art. 13.

¹⁰⁵ Si bien la norma se refiere a la promesa, la doctrina es pacífica en cuanto a que se está refiriendo a la oferta. V. Juan M. FARINA, *Defensa del consumidor y del usuario*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 129; Juan Manuel APARICIO, *Contratos*, Buenos Aires, Hammurabi, t. 1, p. 234.

¹⁰⁶ Artículo 1148.

¹⁰⁷ Juan Manuel APARICIO, *Contratos*, op. cit., p. 234.

¹⁰⁸ Juan M. FARINA, *Defensa del consumidor y del usuario*, op. cit., ps. 126-129.

¹⁰⁹ Incluso, el incumplimiento de las exigencias contenidas en el art. 7° (fecha precisa de comienzo y finalización, modalidades, condiciones o limitaciones) no afecta la validez de la oferta: Juan Manuel APARICIO, *Contratos*, op. cit., p. 244.

¹¹⁰ Así lo afirma, con relación a las patentes, Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, t. II, op. cit., p. 284.

¹¹¹ En relación con las patentes, *ibidem*, p. 284.

¹¹² *Ibidem*, p. 319

¹¹³ Con respecto a la importación, ver *infra*, N° 8.7.2. En relación con la exportación, ver *infra*, N° 8.7.3.

¹¹⁴ Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.1.6; Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 11.e; Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, arts. 2.a.v y 21; Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del , art. 32; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtenedores de variedades vegetales, art. 24.f; Corea, Seed Industry Law, 1995, arts. 2.ix y 57.1; Eslovaquia, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 8.5; Eslovenia, law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 15; España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 12.2; Estados Unidos, Plant Variety Protection Act, s. 111; Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6; Israel, Plant Breeder's Rights Law 5733-1973, s. 1 y 36; Italia, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 13.1; Moldavia, Law on the protection of plant varieties, art. 13.1; Holanda, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 40.1; Reino Unido, Plant Varieties Act 1997, s. 6.1; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 24; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 27.1; Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders' Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 2, art. 2; Unión Europea, Reglamento 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 13.2; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 14.1; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Model law on the protection of new varieties of plants, 1995, art. 13.

¹¹⁵ Néstor P. SAGÜÉS, *Elementos de derecho constitucional*, op. cit., p. 285.

¹¹⁶ Antonio BOGGIANO, *Curso de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 807.

¹¹⁷ Luis E. BERTONE y Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de marcas*, Buenos Aires, Heliasta, 1989, t. II, p. 187; Jorge OTAMENDI, *Derecho de marcas*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 26.

¹¹⁸ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, t. II, op. cit., p. 245; Andrés MONCAYO VON HASE, "El nuevo régimen de patentes de invención: extensión y límites a los derechos", en Carlos CORREA (coord.), *Derecho de patentes. El nuevo régimen legal de las invenciones y los modelos de utilidad*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, p. 126; P.C. BREUER MORENO, *Tratado de las patentes de invención*, op. cit., p. 49; H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de derecho industrial*, op. cit., p. 557.

¹¹⁹ Delia LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/Zavalía, 1993, p. 595.

¹²⁰ Con relación a las patentes, se ha afirmado: "Entendemos que el criterio a adoptarse, una vez que se ha determinado que existen elementos constitutivos de la infracción a los derechos del patentado ubicados en el territorio nacional, es si tales elementos son suficientes para erosionar el valor económico del derecho exclusivo del patentado respecto de la explotación de la invención en el territorio nacional", en Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, t. II, op. cit., p. 312.

¹²¹ Werner GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 523.

¹²² Con relación a las patentes, se ha señalado que "importación significa que un producto que constituye o incorpora el producto patentado es introducido al país desde el exterior", en Andrés MONCAYO VON HASE, *El nuevo régimen de patentes de invención: extensión y límites a los derechos*, op. cit., p. 126.

¹²³ Ver *supra*, N° 8.6.3.

¹²⁴ Así se afirma, con relación a las patentes de producto, en Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, t. II, op. cit., p. 287.

¹²⁵ Así se afirma, con relación a las patentes, en Andrés MONCAYO VON HASE, *El nuevo régimen de patentes de invención: extensión y límites a los derechos*, op. cit., p. 126.

¹²⁶ Postura sostenida con relación a las patentes, en Andrés MONCAYO VON HASE, *El nuevo régimen de patentes de invención: extensión y límites a los derechos*, op. cit., p. 126.

¹²⁷ V. con relación a las patentes, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de las patentes de invención*, t. II, op. cit., p. 285.

¹²⁸ Como un caso especial puede citarse a la Unión Europea, que reconoce un título transnacional válido para toda la comunidad, cuya regulación principal emana del Reglamento 2100-94.

¹²⁹ Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.1.5; Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 11.f; Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, arts. 2.a.v y 21; Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del , art. 32; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtenedores de variedades vegetales, art. 24.e; Corea, Seed Industry Law,

1995, arts. 2.ix y 57.1; Eslovaquia, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 8.5; Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 15; España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 12.2; Estados Unidos, Plant Variety Protection Act, s. 111; Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6; Israel, Plant Breeder's Rights law 5733-1973, s. 1 y 36; Italia, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 13.1; Moldavia, Law on the protection of plant varieties, art. 13.1; Holanda, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 40.1; Reino Unido, Plant Varieties Act 1997, s. 6.1; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 24; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 27.1; Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders' Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 2, art. 2; Unión Europea, Reglamento 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 13.2; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 14.1; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Model law on the protection of new varieties of plants, 1995, art. 13.

¹³⁰ Ver *infra*, N° 8.6.3.2.

¹³¹ Este principio puede verse afectado por el agotamiento del derecho (ver *infra*, N° 9), o por la excepción del agricultor (ver *infra*, N° 10).

¹³² Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.1.7; Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 11.g; Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, arts. 2.a.v y 21; Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del , art. 32; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 24.g; Dinamarca, Act on Plant Variety Protection, Order N° 51 of 5 february, 1996, art. 16.1; Eslovaquia, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 8.5; Eslovenia, law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 15; España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 12.2; Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6; Israel, Plant Breeder's Rights Law 5733-1973, s. 1 y 36; Italia, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 13.1; Moldavia, Law on the protection of plant varieties, art. 13.1; Holanda, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 40.1; Reino Unido, Plant Varieties Act 1997, s. 6.1; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 24; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 27.1; Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders' Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 2, art. 2; Unión Europea, Reglamento 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 13.2; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 14.1; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Model law on the protection of new varieties of plants, 1995, art. 13.

¹³³ “The reference made in paragraph 2(g) to stocking for any of the purposes mentioned in (a) to (f) enables the holder to prevent many acts from being effected without authorization” (se refiere al Reglamento 2100-94, que contiene una prohibición semejante a la que se está analizando), en KOOLJ, P.A.C.E. van der, *Introduction to the EC regulation on plant variety protection*, Londres, Edit. Kluwer Law International, 1997, p. 31.

¹³⁴ Ver *supra*, N° 8.6.3.2.

¹³⁵ En efecto, el art. 2462 del Código Civil dispone: “Quedan comprendidos en la clase del artículo anterior:... 2. Los que poseyeran en nombre de otro sin derecho a tener la cosa, como el depositario...”. Y, conforme al referido art. 2461, “Cuando alguno por sí o por otro se hallase en la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre alguna cosa, pero sólo con la intención de poseer en nombre de otro, será también simple tenedor de la cosa”.

¹³⁶ Código Civil, art. 1485.

¹³⁷ Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, arts. 2.a.v y 21; Estados Unidos, Plant Variety Protection Act, s. 111.

¹³⁸ Ramón D. PIZARRO y Carlos G. VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, t. 3, op. cit., p. 585.

¹³⁹ Artículo 832.

¹⁴⁰ Jorge J. LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., p. 71; Ramón D. PIZARRO y Carlos G. VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, op. cit., t. 3, p. 585.

¹⁴¹ Publicitar, o publicitar para la venta: Canadá, Plant Breeder's Rights Act, 1990, s. 2.1 y 5.

¹⁴² Juan M. Farina, *Defensa del consumidor y del usuario*, op. cit., p. 146.

¹⁴³ Juan Manuel APARICIO, *Contratos*, op. cit., p. 291.

¹⁴⁴ Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, arts. 2.a.v y 21; Canadá, Plant Breeder's Rights Act, 1990, s. 2.1 y 5; Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders' Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 2, art. 2; Unión Europea, Reglamento 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 13.2; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Ley tipo sobre la protección de las obtenciones vegetales, 1980, art. 13.1.

¹⁴⁵ UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978, art. 5.1.

¹⁴⁶ Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.1.2; Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 11.b; Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 32; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 24.b; Eslovaquia, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 8.1; Eslovenia, law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 15; España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 12.2; Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6; Israel, Plant Breeder's Rights Law 5733-1973, s. 1 y 36; Italia, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 13.1; Moldavia, Law on the protection of plant varieties, art. 13.1; Holanda, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s.40.1; Reino Unido, Plant Varieties Act 1997, s. 6.1; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 24; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 27.1; Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders' Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 2, art. 2; Unión Europea, Reglamento 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 13.2; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 14.1; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Model law on the protection of new varieties of plants, 1995, art. 13.

¹⁴⁷ Ver *supra*, N° 8.6.3.2.

¹⁴⁸ Ver *infra*, N° 10.7.

¹⁴⁹ El tema será analizado con más detenimiento *infra*, N° 10.

¹⁵⁰ En otras, reconocen el agotamiento del derecho de obtentor las siguientes legislaciones: Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 23; Canadá, Plant Breeder's Rights Act 1990, s. 5.3; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 27; Estado de Israel, Plant Breeder's Rights Law 5733-93, s. 36a; Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 16; Reino de los Países Bajos, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 41b; Reino de Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders' Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 2, art. 4; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 10; República de Bielorrusia, Plant Variety Patent Law, 1995, art. 9; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 37; República de Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 59; República DE Estonia, Plant Variety Rights Act, 1998, s. 38.3; República DE Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6; República de Hungría, Law N° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents, s. 20; República de Moldavia, Law on the protection of plant varieties N° 915/1996, art. 14.2; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 10A.3; República Federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.5; República Italiana, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 16; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 29; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 16; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 16.

¹⁵¹ Reconocen, entre otras, el agotamiento internacional las siguientes legislaciones: Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 23; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 27; República de Bielorrusia, Plant Variety Patent Law, 1995, art. 9; República Federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.5; República de Estonia, Plant Variety Rights Act, 1998, s. 38.3; República de Moldavia, Law on the protection of plant varieties N° 915/1996, art. 14.2; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 29.

¹⁵² El agotamiento nacional es receptado, entre otras legislaciones, en las siguientes: Estado de Israel, Plant Breeder's Rights Law 5733-93, s. 36a; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 10; República de Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 59; República de Hungría, Law N° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents, s. 20; República Italiana, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 16.

¹⁵³ Reconocen, entre otras, el agotamiento en su versión comunitaria o regional las siguientes normas: Reino de los Países Bajos, Act of October 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 41b; Reino de Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders' Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 2, art. 4; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 16.

¹⁵⁴ En este sentido, según el Preámbulo del Reglamento 2100-94 de la Unión Europea, el agotamiento se funda en que la protección que brinda el derecho intelectual no debe ser excesiva: "... whereas, however, the introduction of the principle of exhaustion of rights must ensure that the protection is not excessive...". En una línea diversa de fundamentación, en cambio, la legislación canadiense sugiere la existencia de una suerte de licencia tácita del titular del derecho de obtentor, respecto del adquirente del material que introduce en el comercio: "... the sale implies that the seller authorizes the purchaser to sell anything sold... to the purchaser.", en: Canadá, Plant Breeder's Rights Act 1990, s. 5.3.

¹⁵⁵ Juan A. GIMENO ULLASTRES y José M. GUIROLA LÓPEZ, *Introducción a la economía. Microeconomía*, op. cit., p. 207.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 207.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 70.

¹⁵⁸ *Ibidem*, ps. 72-75.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 270.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 270.

¹⁶¹ Se entiende por excedente del consumidor “... la diferencia existente entre el precio máximo que los demandantes habrían estado dispuestos a pagar por cada unidad comprada y el precio de equilibrio realmente aplicado” (Juan A. GIMENO ULLASTRES y José M. GUIROLA LÓPEZ, *Introducción a la economía. Microeconomía*, op. cit., p. 39).

¹⁶² Carlos M. CORREA, *Acuerdo TRIPs. Régimen internacional de la propiedad intelectual*, op. cit., p. 47; Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, t. II, op. cit., p. 291.

¹⁶³ Artículo 27.

¹⁶⁴ “Frente a esta indiferencia de los argumentos relativos al nivel adecuado de beneficios del patentado, revisten mayor fuerza las teorías que ponen énfasis en el resguardo de la libertad del comercio exterior como motivo para el agotamiento de los derechos del patentado... Adoptado un sinnúmero de mecanismos jurídicos... para evitar las barreras al comercio, resulta contradictorio amparar la reconstrucción de esas barreras por medio de los derechos de propiedad industrial”, en Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, t. II, op. cit., ps. 359-360.

¹⁶⁵ Respecto de la excepción del agricultor, ver *infra*, N° 10.

¹⁶⁶ En el mismo sentido, y con relación a las patentes, se ha dicho que “la puesta en el comercio implica que el titular de la patente ha consentido la circulación del producto, y ello en virtud de haber transferido la titularidad y la posesión del mismo”, en Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, t. II, op. cit., p. 380.

¹⁶⁷ En el mismo sentido, con relación a las patentes: *ibidem*, p. 381.

¹⁶⁸ En general, en la legislación comparada se exige que el material haya sido comercializado por el obtentor o con su autorización: Australia, Plant Breeder’s Rights Act 1994, s. 23; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 27; Estado de Israel, Plant Breeder’s Rights Law 5733-93, s. 36a; Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 16; Reino de los Países Bajos, Act of October 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 41b; Reino de Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders’ Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 2, art. 4; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 10; República de Bielorrusia, Plant Variety Patent Law, 1995, art. 9; República de Estonia, Plant Variety Rights Act, 1998, s. 38.3; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder’s Right, N° 789/1992, s. 6e; República de Hungría, law N° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents, s. 20; República de Moldavia, Law on the protection of plant varieties N° 915/1996, art. 14.2; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 10A.3; República federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.5; República Italiana, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 16; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 29; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 16; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacionales para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 16.

¹⁶⁹ TRIPs, art. 31 inc. a).

¹⁷⁰ TRIPs, art. 31 inc. b).

¹⁷¹ TRIPs, art. 31 inc. k).

¹⁷² TRIPs, art. 31, inc. c).

¹⁷³ TRIPs, art. 31, inc. c).

¹⁷⁴ TRIPs, art. 31, inc. d).

¹⁷⁵ TRIPs, art. 31, inc. e).

¹⁷⁶ TRIPs, art. 31, inc. f).

¹⁷⁷ TRIPs, art. 31, inc. k).

¹⁷⁸ TRIPs, art. 31, inc. h).

¹⁷⁹ TRIPs, art. 31 inc. j).

¹⁸⁰ TRIPs, art. 31, inc. i).

¹⁸¹ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, t. II, op. cit., p. 378. Vale aclarar que el criterio del autor citado se refiere al agotamiento nacional de la patente.

¹⁸² Artículo 31 de la ley 24.481.

¹⁸³ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, t. II, op. cit., p. 374.

¹⁸⁴ Andrés MONCAYO VON HASE, *El nuevo régimen de patentes de invención: extensión y límites a los derechos*, op. cit., p. 150.

¹⁸⁵ En el mismo sentido, con relación a las patentes, se ha escrito que “... si el patentado ha permitido que el licenciario cree la apariencia de que comercializa productos bajo una licencia otorgada por aquél, la apariencia de consentimiento así creada debe jugar contra el patentado licenciante, y éste no podrá hacer valer los excesos respecto del permiso efectivamente otorgado al licenciario para actuar contra terceros de buena fe”, en Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, t. II, op. cit., p. 378.

¹⁸⁶ En general, en la legislación comparada se establece que el agotamiento no se produce en caso que la variedad haya sido exportada desde un país que no reconoce un derecho de obtentor respecto del género o especie vegetal al que pertenece la variedad exportada: Australia, Plant Breeder’s Rights Act 1994, s. 23; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 27; Estado de Israel, Plant Breeder’s Rights Law 5733-93, s. 36a; Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 16; Reino de los Países Bajos, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 41.b; Reino de Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders’ Rights, adopted on may 29, 1997,chapter 2, art. 4; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant

Varieties Act 1997, s. 10; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 37; República de Bielorrusia, Plant Variety Patent Law, 1995, art. 9; República de Estonia, Plant Variety Rights Act, 1998, s. 38.3; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6e; República de Moldavia, Law on the protection of plant varieties N° 915/1996, art. 14.2; República Federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.5; República Italiana, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 16; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 29; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 16; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 16.

¹⁸⁷ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, t. II, op. cit., p. 371.

¹⁸⁸ En el mismo sentido, con relación a las patentes, *ibidem*, p. 386-389.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 372.

¹⁹⁰ Con relación a las patentes, en *ibidem*, ps. 388-389.

¹⁹¹ Andrés MONCAYO VON HASE, *El nuevo régimen de patentes de invención: extensión y límites a los derechos*, op. cit., p. 131.

¹⁹² Al respecto, ver *infra*, N° 10.9.

¹⁹³ Respecto a las facultades del adquirente respecto del material cosechado, si pretende utilizarlo como material de propagación, ver *infra*, N° 10.

¹⁹⁴ Como ya se ha señalado, una cuestión completamente distinta es la relativa a las facultades del adquirente para aprovechar de cualquier forma, como material de propagación (v.gr., siembra, venta, etc.), el material cosechado. Al respecto, ver *infra*, N° 10.

¹⁹⁵ Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p. 383.

¹⁹⁶ *Ibidem*, ps. 383-384.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 384.

¹⁹⁸ La legislación extranjera, cuando aborda la cuestión, coincide en que el agotamiento no se produce respecto del material propagado a partir del agotado: Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 23; Canadá, Plant Breeder's Rights Act 1990, s. 5.3; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 27; Estado de Israel, Plant Breeder's Rights Law 5733-93, s. 36a; Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 16; Reino de los Países Bajos, Act of October 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 41b; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 10; República de Bielorrusia, Plant Variety Patent Law, 1995, art. 9; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 37; República de Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 59; República de Estonia, Plant Variety Rights Act, 1998, s. 38.3; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6e; República de Moldavia, Law on the protection of plant varieties N° 915/1996, art. 14.2; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 November 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 10A.3; República Italiana, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 16; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 29; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 16; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 16.

¹⁹⁹ Este instituto es conocido a través de diversas denominaciones ("excepción del agricultor", "privilegio del agricultor", "derecho del agricultor"), que a veces suelen reflejar diferencias a un nivel más profundo que el puramente semántico. Con respecto a esta cuestión, ver *infra*, N° 10.5.

²⁰⁰ Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 17; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 26; Estados Unidos de América, Plant variety protection act, s. 113; Estados Unidos Mexicanos, Ley federal de variedades vegetales, art. 5.II; Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9; República de Panamá, Ley 23 de 15 de julio de 1997 (Título V), art. 39; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 November 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 10a.2; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 36; República de Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 16.c; República DE Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6b; República de Kirguistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on May 26, 1998, 1998 art. 25; República de Trinidad y Tobago, The protection of new plant varieties act, Act N° 7 of 1997, s.

15.1.a; República Federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.4; República Federativa de Brasil, law N° 9456 of april 28, 1997, art. 10; República Popular China, Regulations of the People's Republic of China on the protection of new varieties of plants, 1999, art. 10.ii; Unión Europea, Directiva 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas, art. 11.1; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14, Reglamento N° 1768 de 1995, Reglamento 2605 de 1998.

²⁰¹ Ignacio QUINTANA CARLO, "El Reglamento CE número 2100/1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales", en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Madrid, 1994-1995, t. XVI, p. 96.

²⁰² Vandana SHIVA, *Cosecha robada*, op. cit., p. 149.

²⁰³ Comentando el acta 1978 de UPOV, y su implícito reconocimiento de la excepción del agricultor, Harries señala que "existían razones tanto políticas como prácticas para hacerlo. La razón práctica se refería a la dificultad de los obtentores para seguir o intentar controlar de una forma efectiva lo que estaba sucediendo en las explotaciones individuales...", en Adelaida HARRIES, "¿Por qué cambia el Convenio de la UPOV? La evolución del convenio a raíz del Acta de 1991", en M. CASCARDO, C. GIANNI y J.A. PIANA, *Varietades vegetales en Argentina*, Buenos Aires, edición del autor, octubre 1998, p. 125.

²⁰⁴ "Laws on intellectual property rights must be enforceable or they should not be laws", en Lester THURLOW, "Needed - a new system of intellectual property rights", en *Harvard Business Review*, Boston, septiembre-octubre 1997, vol. 75, N° 5, p. 102.

²⁰⁵ En efecto, en el ámbito de la propiedad intelectual se verifica la paradoja de que el mismo desarrollo tecnológico que se pretende fomentar y proteger mediante el régimen legal es el que permite la infracción sistemática y generalizada de las normas jurídicas vigentes. V. Lester THURLOW "Needed - a new system of intellectual property rights", op. cit., p. 102.

²⁰⁶ Ignacio QUINTANA CARLO, "El Reglamento CE número 2100/1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales", op. cit., p. 96.

²⁰⁷ Ver *supra*, N° 2.

²⁰⁸ En este sentido, Martínez García hace una clasificación tripartita de los modelos de legislación existentes, distinguiendo los siguientes sistemas: a) reconocimiento amplio de la excepción del agricultor (Estados Unidos, Australia, Brasil, Comunidad Andina); b) reconocimiento limitado la excepción del agricultor (Unión Europea, España, Alemania, Bolivia); y c) no reconocimiento de la excepción (Francia, Moldavia). Véase Juan C. MARTÍNEZ GARCÍA, *Análisis de situación y efectos en la obtención de nuevas variedades vegetales de la excepción del agricultor para propio uso de semillas protegidas en Argentina*, Informe Técnico presentado ante Instituto Nacional de Semillas, Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA), Federación Argentina de Semilleras (FAS) y ACE - AGRAR Consulting GMBH Einbeck, Proyecto ARG/B7-3110/95/160, ps. 3-5.

²⁰⁹ Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 17; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 26; Estados Unidos de América, Plant variety protection act, s. 113; Estados Unidos Mexicanos, Ley federal de variedades vegetales, art. 5.II; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998, 1998 art. 25; República de Panamá, ley 23 de 15 de julio de 1997 (Título V), art. 39; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 10a.2; República Popular China, Regulations of the People's Republic of China on the protection of new varieties of plants, 1999, art. 10.ii.

²¹⁰ Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 36.1; República de Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 16.c; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6c; República Federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.4; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.3.

Para los demás agricultores, la excepción es onerosa (aunque con una regalía reducida). Al respecto, ver *infra*, N° 10.6.2.2.

²¹¹ Estados Unidos Mexicanos, Reglamento de la ley federal de variedades vegetales, art. 8; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 10.a.2.

²¹² Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 17.2; Reino de España, Ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.1; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9.2; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 36.VI; República de Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 16.c; república de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6c; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998, 1998 art. 25; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.2.

²¹³ Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 17; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 26; Estados Unidos de América, Plant variety protection act, s. 113; Estados Unidos Mexicanos, Ley federal de variedades vegetales, art. 5.II; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998, 1998 art. 25; República de Panamá, ley 23 de 15 de julio de 1997 (Título V), art. 39; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 10a.2; República Popular China, Regulations of the People's Republic of China on the protection of new varieties of plants, 1999, art. 10.ii.

²¹⁴ Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 36.1; República de Eslovenia, law N° 86/98, Law on plant variety protection,

art. 16.c; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6c; República Federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.4; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.3.

²¹⁵ Reglamento de la Ley Federal de Variedades Vegetales, art. 8: "El privilegio de aprovechar una variedad vegetal protegida sin el consentimiento del obtentor, en el caso de uso propio para siembra, corresponderá solo a personas físicas y estará restringido a la cantidad de material de propagación que el producto agrícola guarde o reserve para sembrar una superficie que no exceda los límites establecidos en las normas oficiales mexicanas correspondientes". En el mismo sentido: República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 36.I.

²¹⁶ República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998, 1998 art. 25.

²¹⁷ Ver *infra*, N° 10.6.1.2.

²¹⁸ Ver *infra*, N° 10.6.2.3.

²¹⁹ Ver *infra*, N° 10.6.2.2. Se ha intentado, por vía contractual, tornar oneroso el ejercicio del derecho. El tema ha despertado vivas polémicas, y es considerado *infra*, N° 10.11.

²²⁰ Al respecto, ver *infra*, N° 10.10.

²²¹ Roberto BREBBIA, *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1979, t. I, p. 54.

²²² Entre otras: Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 17; Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 November 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 10a.2; República Federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.4; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 15.2.

²²³ Tal es el caso de las siguientes normas: Estados Unidos de América, Plant variety protection act, s. 113; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 36; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6.

²²⁴ Se alude al "right to save seed" en Estados Unidos de América, Plant variety protection act, s. 113.

²²⁵ República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 36.

²²⁶ En este sentido, se dispone: "the right concerns the propagation of the varieties" en República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6.

²²⁷ Estados Unidos Mexicanos, Reglamento de la ley federal de variedades vegetales, art. 8.

²²⁸ Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 26; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9; República de Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 16.c; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998, 1998 art. 25; República de Panamá, ley 23 de 15 de julio de 1997 (Título V), art. 39.

²²⁹ Marta GUTIÉRREZ, "Entre el uso y el abuso", en Clarín Rural, 8 de diciembre de 2001, p. 8.

²³⁰ Aldo P. CASELLA, "Derechos del obtentor y del agricultor: la cuestión en Argentina a la luz de los convenios internacionales y del derecho comparado", op. cit., ps. 279-280.

²³¹ Marta GUTIÉRREZ, "Entre el uso y el abuso", op. cit.

²³² Aldo P. CASELLA, "Derechos del obtentor y del agricultor: la cuestión en Argentina a la luz de los convenios internacionales y del derecho comparado", op. cit., p. 279.

²³³ Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p. 316.

²³⁴ Según los casos, se apelará al uso general o al uso técnico del término.

²³⁵ Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p. 321 y ss..

²³⁶ *Ibidem*, p. 344.

²³⁷ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 267.

²³⁸ Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de derecho civil, Parte general y Derecho de la persona*, 6ª ed., Madrid, Trivium, 1998, t. I, p. 112.

²³⁹ Entendiendo por contenido "... el compendio de ingredientes del pensamiento que en él forman una unidad", y por extensión "... la suma de los objetos que abarca un concepto, o de los que puede predicarse un concepto" (Johannes HESSEN, *Tratado de filosofía*, Buenos Aires, Sudamericana, 1957, t. I, p. 174).

²⁴⁰ Esto es una natural consecuencia de la relación constante que existe entre el contenido y la extensión de los conceptos: cuanto más rico es el contenido, menor es la extensión; mientras más pobre es el contenido, mayor es la extensión. Ver Johannes HESSEN, *Tratado de filosofía*, op. cit., p. 175.

²⁴¹ Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p. 352.

²⁴² Ciertamente, también los arts. 506 (referido al incumplimiento doloso) y 511 (referido al incumplimiento culposo) consagran la responsabilidad del deudor por incumplimiento. Sin embargo, el art. 513 ni siquiera constituye una restricción formal a ellos, ya que éstos sólo consagran la responsabilidad del deudor cuando actúa con dolo (art. 506) o culpa (art. 511), y el caso fortuito excluye, por definición, la existencia de dolo o culpa en el deudor. Luego: el art. 513 no impone una restricción, ni siquiera formal, a lo establecido en ambas normas.

²⁴³ Tal es el caso, como se ha visto, de quien ha efectuado gastos funerarios y pretende accionar contra el cónyuge divorciado del difunto.

²⁴⁴ Ver *infra*, N° 10.7.

²⁴⁵ Aldo P. CASELLA, “Derechos del obtentor y del agricultor: la cuestión en Argentina a la luz de los convenios internacionales y del derecho comparado”, op. cit., ps. 279-280.

²⁴⁶ De hecho, Casella utiliza esta expresión en el título de su trabajo. Ver: *ibidem*, p. 279.

²⁴⁷ Carlos M. CORREA, “Observancia de la propiedad intelectual de las variedades vegetales en Argentina”, en L.L., t. 1995-D, p. 1071.

²⁴⁸ El mismo estilo ha sido seguido en la Decisión 345 de la Comunidad Andina, Decisión 345, en cuyo art. 26 se reconoce esta excepción en beneficio de “quien reserve y siembre para su propio uso”.

²⁴⁹ Marta GUTIÉRREZ, documento de trabajo de la clase de la materia “Obtenciones vegetales”, dictada en el marco del Curso de posgrado de propiedad intelectual, Universidad de Buenos Aires, noviembre de 2000, p. 35. Aunque el art. 44 del decr. 2183/91 es suficientemente claro, no faltaron casos en que sujetos que no revestían la calidad de agricultores pretendieron beneficiarse del privilegio. Véase Renata CASCARDO, Carmen A. GIANNI y José Antonio PIANA, *Variedades vegetales en Argentina. El comercio de semillas y el derecho de obtentor*, op. cit., p. 79.

²⁵⁰ Raúl A. RACCA y Hugo C. WILDE, *Derecho del agricultor a reservar semilla de su producción para uso propio (art. 27 ley 20.247)*, (s/l, s/d), fotoduplicación, p. 7.

²⁵¹ Acerca de la noción de explotación, véase *infra* N° 10.6.1.3.1.

²⁵² Australia, Plant Breeder’s Rights Act 1994, s. 17; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9.1; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 36; República de Eslovenia, law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 16.c; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder’s Right, N° 789/1992, s. 6b y 6c; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998, 1998 art. 25; República Federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.4; República Popular China, Regulations of the People’s Republic of China on the protection of new varieties of plants, 1999, art. 10.ii; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14; Estados Unidos de América, Plant variety protection act, s. 113; República de Panamá, ley 23 de 15 de julio de 1997 (Título V), art. 39; Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14; Estados Unidos Mexicanos, Reglamento de la ley federal de variedades vegetales, art. 8; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 10.a.2.

²⁵³ Australia, Plant Breeder’s Rights Act 1994, s. 17; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 26; Estados Unidos de América, Plant variety protection act, s. 113; Estados Unidos Mexicanos, Ley federal de variedades vegetales, art. 5.II; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998, 1998 art. 25; República de Panamá, ley 23 de 15 de julio de 1997 (Título V), art. 39; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 10a.2; República Popular China, Regulations of the People’s Republic of China on the protection of new varieties of plants, 1999, art. 10.ii.

²⁵⁴ Entre otros: Reino de España, Ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 36.1; República de Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 16.c; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder’s Right, N° 789/1992, s. 6c; República Federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.4; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.3.

²⁵⁵ Ver *infra*, N° 10.6.2.2.

²⁵⁶ Estados Unidos Mexicanos, Reglamento de la ley federal de variedades vegetales, art. 8; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 10.a.2.

²⁵⁷ Artículo 44, sin cursiva en el original.

²⁵⁸ El requisito está previsto, asimismo, en el art. 1.d) de la Resolución 35/96.

²⁵⁹ Entre otros casos: Estados Unidos de América, Plant variety protection act, s. 113; Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.1; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9.1; República de Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 16.c; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 10a.2; República Popular China, Regulations of the People’s Republic of China on the protection of new varieties of plants, 1999, art. 10.ii; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.3.

²⁶⁰ Resolución 35/96, art. 1 inc. d)

²⁶¹ P.A.C.E. van der KOOIJ, *Introduction to the EC regulation on plant variety protection*, op. cit., p. 36.

²⁶² Ver *infra*, N° 10.8.

²⁶³ Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.1.a. En el mismo sentido: Unión Europea, Reglamento N° 1768 de 1995, art. 4.2; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9.11.

²⁶⁴ Artículo 1, inciso b).

²⁶⁵ Entre otras: Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 17.1.a; Estados Unidos de América, Plant variety protection act, s. 113; Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.1; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 36; República de Panamá, ley 23 de 15 de julio de 1997 (Título V), art. 39.

²⁶⁶ Ver *supra*, N° 9.

²⁶⁷ El caso es descripto en Vandana SHIVA, *Cosecha robada*, op. cit., ps. 116-117.

²⁶⁸ Estados Unidos de América, Plant variety protection act, s. 113; Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.1; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9; República de Eslovenia, law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 16.c; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6c; República de Panamá, ley 23 de 15 de julio de 1997 (Título V), art. 39; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 10a.2; República Federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.4; República Popular China, Regulations of the People's Republic of China on the protection of new varieties of plants, 1999, art. 10.ii; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.1.

²⁶⁹ Henning KUNHARDT, *Industrial Property Rights and their Impact on Industry and Agriculture*, op. cit., p. 297.

²⁷⁰ Ver *supra*, N° 9.

²⁷¹ Renata CASCARDO, Carmen A. GIANNI y José AntonioPIANA, *Varietades vegetales en Argentina. El comercio de semillas y el derecho de obtentor*, op. cit., p. 78.

²⁷² Artículo 44, sin cursiva en el original.

²⁷³ Artículo 44, sin cursiva en el original.

²⁷⁴ Aunque no puede descartarse que el traslado se realice con una finalidad distinta, v.gr., el acondicionamiento del material.

²⁷⁵ Incluso los críticos más severos de la resolución le reconocen el mérito de haber aclarado -en beneficio del agricultor, por cierto- este punto. En este sentido, Raúl A. RACCA y Hugo C. WILDE, *Derecho del agricultor a reservar semilla de su producción para uso propio (art. 27 ley 20.247)*, (s/l, s/d), fotoduplicación, p. 4/5.

²⁷⁶ Resolución 35/96, art. 1 inc. e)

²⁷⁷ Al respecto, ver *infra*, N° 10.10.

²⁷⁸ Aldo P. CASELLA, "Derechos del obtentor y del agricultor: la cuestión en Argentina a la luz de los convenios internacionales y del derecho comparado", op. cit., p. 298.

²⁷⁹ Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 17; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 26; Estados Unidos de América, Plant variety protection act, s. 113; Estados Unidos Mexicanos, Ley federal de variedades vegetales, art. 5.II; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998, 1998 art. 25; República de Panamá, ley 23 de 15 de julio de 1997 (Título V), art. 39; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 10a.2; República Popular China, Regulations of the People's Republic of China on the protection of new varieties of plants, 1999, art. 10.ii.

²⁸⁰ Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 36.1; República de Eslovenia, law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 16.c; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6c; República Federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.4; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.3.

²⁸¹ República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 36.

²⁸² República de Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 16.c.

²⁸³ Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.3.c.

²⁸⁴ República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6c.

²⁸⁵ Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.3.

²⁸⁶ Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.3.d; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6c; República Federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.4; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 36; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.3, Reglamento N° 1768 de 1995, art. 5.

²⁸⁷ República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 36.IV.

²⁸⁸ Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.3.d; República de Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 16.c; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.3. En la legislación finlandesa, la ley precisa que el monto de la regalía será del cincuenta por ciento de la común: República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6c.

²⁸⁹ Entre otras: Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 17.2; Reino de España, Ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.1; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act

1997, s. 9.2; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 36.VI; República de Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 16.c; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6c; República de Kirguistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on May 26, 1998, 1998 art. 25; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.2.

²⁹⁰ Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 17.2.

²⁹¹ Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9.2; República de Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 16.c; República de Kirguistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on May 26, 1998, 1998 art. 25.

²⁹² Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.2; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6c; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.2.

²⁹³ República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 36.VI.

²⁹⁴ República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6c.

²⁹⁵ Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.1; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.1.

²⁹⁶ Reglamento de la Ley Federal de Variedades Vegetales, art. 8°: "El privilegio de aprovechar una variedad vegetal protegida sin el consentimiento del obtentor, en el caso de uso propio para siembra, corresponderá sólo a personas físicas y estará restringido a la cantidad de material de propagación que el producto agrícola guarde o reserve para sembrar una superficie que no exceda los límites establecidos en las normas oficiales mexicanas correspondientes". En el mismo sentido: República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 36.I.

²⁹⁷ República de Kirguistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on May 26, 1998, 1998, art. 25.

²⁹⁸ Así lo reconoce explícitamente la ley española 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.3.b.

²⁹⁹ Renata CASCARDO, Carmen A. GIANNI y José Antonio PIANA, *Variedades vegetales en Argentina. El comercio de semillas y el derecho de obtentor*, op. cit., p. 80.

³⁰⁰ Considerandos de la Resolución 52/03.

³⁰¹ Resolución 35/96, art. 1.d).

³⁰² Admiten expresamente la posibilidad de acondicionar el material a través de un tercero España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.3.b y la Unión Europea, Reglamento 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.3.

³⁰³ Resolución 35/96, art. 3°.

³⁰⁴ Arts. 24 y 27.

³⁰⁵ Arts. 41 a 44.

³⁰⁶ Renata CASCARDO, Carmen A. GIANNI y José Antonio PIANA, *Variedades vegetales en Argentina. El comercio de semillas y el derecho de obtentor*, op. cit., ps. 82-83. Estrictamente, ni siquiera es necesaria la aceptación, ni tiene por qué el obtentor tener que otorgarla.

³⁰⁷ Ley 20.247, art. 27.

³⁰⁸ Así interpretada, la resolución es insalvable de las críticas que se le han destinado. En este sentido, se ha señalado que "surge a la vista que esta Resolución, antes que cumplir el rol reglamentario de la reserva del art. 27 estuvo más bien inspirada en el ánimo de dificultarla. Ello se traduce en los excesos en que incurre respecto del texto de la ley... Aspecto esencial de la transgresión reglamentaria es la exigencia de autorización del titular de la variedad para el traslado, acondicionamiento, depósito, etc., de la semilla reservada... Las leyes, y la nuestra en particular no incluyen dentro del 'alcance' de su derecho el de impedir o sujetar a su autorización la facultad del agricultor de reservar semilla para la siembra en su explotación y de los actos que se relacionan directamente con ese fin. La identificación adecuada de las semillas reservada dispuesta en condiciones razonables, es lógica y coherente con la exclusiva finalidad de siembra en la explotación del agricultor que realiza la reserva, pero la exigencia de autorización para los actos aludidos es un exceso reglamentario ilegítimo", en Aldo P. CASSELLA, "Derechos del obtentor y del agricultor: la cuestión en Argentina a la luz de los convenios internacionales y del derecho comparado", op. cit., ps. 297-298.

³⁰⁹ En este sentido, es preferible el criterio adoptado por el Reglamento 2100/94 de la Unión Europea, que expresamente contempla, en su art. 14.3, la posibilidad de que el agricultor reserve material para uso propio, aun sin contar con el asentimiento del obtentor, siempre que adopte los recaudos necesarios para acreditar que su actuación se realiza dentro de los límites fijados para el ejercicio de la excepción.

³¹⁰ Renata CASCARDO, Carmen A. GIANNI y José Antonio PIANA, *Variedades vegetales en Argentina. El comercio de semillas y el derecho de obtentor*, op. cit., p. 82.

³¹¹ Raúl A. RACCA y Hugo C. WILDE, *Derecho del agricultor a reservar semilla de su producción para uso propio (art. 27 ley 20.247)*, (s/l, s/d), fotoduplicación, p. 6.

³¹² Renata CASCARDO, Carmen A. GIANNI y José Antonio PIANA, *Variedades vegetales en Argentina. El comercio de semillas y el derecho de obtentor*, op. cit., p. 82.

³¹³ El contenido de este documento se precisa en el art. 5° de la Resolución INASE 35/96.

³¹⁴ Resolución 35/96, art.6.

³¹⁵ Resolución INASE 35/96, art. 9.

³¹⁶ Resolución INASE 35/96, art. 10.

³¹⁷ Renata CASCARDO, Carmen A.GIANNI y José Antonio PIANA, *Varietades vegetales en Argentina. El comercio de semillas y el derecho de obtentor*, op. cit., p. 77; Miguel Angel RAPELA, *Derechos de propiedad intelectual en vegetales superiores*, op. cit., p. 66.

³¹⁸ Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 26; Estados Unidos de América, Plant variety protection act, s. 113; Estados Unidos Mexicanos, Reglamento de la ley federal de variedades vegetales, art. 8; Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.1; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9; República de Eslovenia, law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 16.c; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6b; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998, 1998 art. 25; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 10.a.2; República Federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.4; Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 17.1.e; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 36.1; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.1.

³¹⁹ Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 17.1.d; Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.3.b; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.3.

³²⁰ Así se lo admite, explícitamente en la Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.3.

³²¹ Posibilidad expresamente admitida en la Unión Europea, Reglamento N° 1768 de 1995, art. 13.1.

³²² Ver *supra*, N° 8.7.4.

³²³ Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.3.b. En el mismo sentido: Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.3, Reglamento N° 1768 de 1995, art. 11.

³²⁴ Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.3.f; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9.7.a; República de Eslovenia, law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 16.c; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6d; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.3, Reglamento N° 1768 de 1995, art. 8.

³²⁵ En el mismo sentido: Estados Unidos de América, Plant variety protection act, s. 113; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 36.1; República de Panamá, Ley 23 de 15 de julio de 1997 (Título V), art. 39.

³²⁶ Contrariamente, se ha señalado que "... ninguno de los actos que integran la reserva para la propia siembra, constituye alguno de los supuestos de 'entrega' mencionados en la primera parte del art. 27 y luego especificados en el art. 41 del decreto reglamentario 2183/91. Los actos enumerados en el art. 41 son los que directa o indirectamente se relacionan con la finalidad de disposición o comercialización del material de reproducción", en Aldo P. CASELLA, "Derechos del obtentor y del agricultor: la cuestión en Argentina a la luz de los convenios internacionales y del derecho comparado", op. cit., p. 299. Esta postura no resulta, técnicamente, compartible, como se ha mostrado al describir sumariamente las conductas que el agricultor efectúa al amparo de esta excepción. Justamente porque estas conductas implicarían una infracción al derecho de obtentor es que se reconoce la excepción del agricultor, a efectos de evitar que se configure el ilícito.

³²⁷ La legislación extranjera, cuando aborda la cuestión, coincide en que el agotamiento no se produce respecto del material propagado a partir del agotado: Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 23; Canadá, Plant Breeder's Rights Act 1990, s. 5.3; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 27; Estado de Israel, Plant Breeder's Rights Law 5733-93, s. 36a; Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 16; Reino de los Países Bajos, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 41b; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 10; República de Bielorrusia, Plant Variety Patent Law, 1995, art. 9; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 37; República de Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 59; República de Estonia, Plant Variety Rights Act, 1998, s. 38.3; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6e; República de Moldavia, Law on the protection of plant varieties N° 915/1996, art. 14.2; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 November 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 10A.3; República Italiana, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 16; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 29; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 16; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 16.

³²⁸ Se descuenta, por cierto, que el agricultor conserva la facultad de comercializarlo como materia prima o alimento, si opta por no sembrarlo.

³²⁹ Ver *supra*, N° 10.6.1.2.

³³⁰ Ver *supra*, N° 10.6.2.3.

³³¹ Ver *supra*, N° 10.6.2.2.

³³² Según se ha señalado precedentemente, puede que existan límites biológicos y económicos a la perpetuación de esta práctica respecto de un determinado material. Ver *supra*, N° 10.6.2.5.

³³³ Ver *supra*, N° 10.6.2.5.

³³⁴ Ver *supra*, N° 10.6.2.4.

³³⁵ Ver *supra*, N° 2.

³³⁶ Ver *supra*, N° 2.

³³⁷ Los recursos tecnológicos actuales potencian esta posibilidad, en especial con relación a ciertas especies de plantas, como es el caso de las de reproducción asexual. Aunque en menor medida, esto es también lo que sucede con las variedades vegetales autóгамas.

³³⁸ En este sentido, el Convenio UPOV 1991 -no ratificado por Argentina-, si bien autoriza a las legislaciones locales a reconocer la excepción del agricultor, advierte que la misma deberá regularse "... dentro de límites razonables y a reserva de la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor" (UPOV, Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 15.2).

³³⁹ El primer perjudicado por esta conducta abusiva es, evidentemente, el obtentor. Analizando el impacto de este perjuicio en el mediano plazo, y suponiendo la generalización de esta práctica, se advierte que también se vería dañado el productor agrícola, por el retraso tecnológico causado por la pérdida de eficacia incentivadora del sistema del derecho de obtentor. En última instancia, se produciría un perjuicio para la sociedad en su conjunto. Esta proyección del daño presupone que el régimen del derecho de obtentor incentiva, efectivamente, el desarrollo tecnológico, presupuesto que, aunque explícitamente admitido por el legislador argentino, resulta, por lo menos, discutible. Al respecto, ver *supra*, N° 3.1.5.

³⁴⁰ La renuncia está regulada en los arts. 868 a 875 del Código Civil, y la remisión en los arts. 876 a 887.

³⁴¹ Ramón D. PIZARRO y Carlos G. VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, t. 3, op. cit., p. 563.

³⁴² Ley 24.481, art. 62, inciso b).

³⁴³ Ley 22.362, art. 23, inciso a).

³⁴⁴ Ley 20.247, art. 30, inciso a).

³⁴⁵ Contrariamente a lo expuesto, se ha afirmado: "*El derecho del obtentor, como derecho de propiedad intelectual, está reconocido de esta manera por el ordenamiento, y del sistema, tal como está estructurado en la ley 20.247, forma parte la facultad del agricultor de reservar semillas y usarlas en la propia siembra sin pago alguno, acto que el legislador no consideró dentro de las facultades prohibitivas que reconociera al obtentor. No existe, en principio, la posibilidad de que los particulares modifiquen por acuerdo privado el sistema de propiedad establecido por la ley, y menos aún por disposición del obtentor*", en Aldo P. CASELLA, "Derechos del obtentor y del agricultor: la cuestión en Argentina a la luz de los convenios internacionales y del derecho comparado", op. cit., ps. 300-301.

³⁴⁶ En efecto, sólo pueden ser inscriptas en el RNPC las variedades estables, es decir, aquellas cuyos caracteres relevantes se mantienen inalterados después de reproducciones o multiplicaciones sucesivas. Coinciden en su exigencia la totalidad de las legislaciones que regulan la materia. En el derecho argentino, este requisito surge del art. 26 de la ley 20.247, de los arts. 26 y 29 del decr. 2183/91 y del art. 6° del Convenio UPOV 1978. Establece este último que la variedad "... deberá ser estable en sus caracteres esenciales, es decir, deberá permanecer conforme a su definición después de reproducciones o multiplicaciones sucesivas o, cuando el obtentor haya definido un ciclo particular de reproducciones o de multiplicaciones, al final de cada ciclo". El tratado exige el cumplimiento de este requisito sólo respecto de los caracteres esenciales de la variedad.

³⁴⁷ Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p. 308.

³⁴⁸ *Ibidem*, ps. 267-270.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 269.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 211.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 212.

³⁵² En realidad, en el art. 8° se enumeran específicamente cuáles empresas se consideran mercantiles (fábricas, mandatos comerciales, comisiones, depósitos, transportes por agua y por tierra). Con todo, la doctrina y la jurisprudencia interpretan pacíficamente que el inciso es susceptible de aplicación analógica, por lo cual se considera mercantil todo tipo de empresa: Rodolfo O. FONTANARROSA, *Derecho comercial argentino, 1: Parte general*, 9ª ed. (reimpresión), Buenos Aires, Zavalía, 1997, p. 186; Raúl A. ETCHVERRY, *Manual de derecho comercial, Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1977, p. 257.

³⁵³ Rodolfo O. FONTANARROSA, *Derecho comercial argentino, 1: Parte general*, op. cit., ps. 136-137; Raúl A. ETCHVERRY, *Manual de derecho comercial, Parte general*, op. cit., p. 125.

³⁵⁴ Ley 24.481, art. 4°, inc. d.

³⁵⁵ Con plena razón, y haciendo referencia en general a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas, se ha afirmado que se deben "... evitar condiciones generales 'sorpresivas', exigiendo que el no predisponente las conozca de manera efectiva si se hallan en instrumento separado...", en Ricardo L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, t. 3, p. 145.

³⁵⁶ Ramón D. PIZARRO y Carlos G. VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, t. 3, op. cit., p. 572.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 572.

³⁵⁸ Ver *supra*, N° 10.7.

³⁵⁹ Considerandos de la Resolución 52/03.

³⁶⁰ Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.3.f; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9.7.a; República de Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 16.c; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6d; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.3, Reglamento N° 1768 de 1995, art. 8.

³⁶¹ Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.3.f; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9.7.a; República de Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 16.c; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6d; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.3.

³⁶² Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14.3.f; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9.7.a; República de Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 16.c; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.3.

³⁶³ República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6d.

³⁶⁴ Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 9.7.a; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.3.

³⁶⁵ Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.3, Reglamento N° 1768 de 1995, art. 9.

³⁶⁶ Aldo P. CASELLA, "Derechos del obtentor y del agricultor: la cuestión en Argentina a la luz de los convenios internacionales y del derecho comparado", op. cit., ps. 290-291, Miguel Ángel RAPELA, *Derechos de propiedad intelectual en vegetales superiores*, p. 63; Barry GREENGRASS, "El Convenio de la UPOV - Su ámbito de protección y sus disposiciones generales", en actas del *Seminario sobre la naturaleza y la razón de ser de la protección de las obtenciones vegetales en virtud del convenio de la UPOV*, Ginebra, 1994, p. 53; Adelaida HARRIES, "¿Por qué cambia el Convenio de la UPOV? La evolución del convenio a raíz del Acta de 1991", op. cit., p. 125; Juan C. MARTÍNEZ GARCÍA, *Análisis de situación y efectos en la obtención de nuevas variedades vegetales de la excepción del agricultor para propio uso de semillas protegidas en Argentina*, op. cit., p. 2.

³⁶⁷ Ver *supra*, N° 10.3.

³⁶⁸ La excepción también es reconocida en el art. 43 del decreto reglamentario 2183/91, en estos términos: "La propiedad de una variedad no impide su utilización como fuente de variación o como aporte de características deseables en trabajos de mejoramiento vegetal. Para tales fines no será necesario el conocimiento ni la autorización del obtentor".

³⁶⁹ También conocida, en la legislación boliviana bajo el nombre de "derecho del investigador": República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 35.III.

³⁷⁰ Conforme al art. 36 de la ley 24.481, "El derecho que confiere una patente no producirá efecto alguno contra: a) Un tercero que, en el ámbito privado o académico y con fines no comerciales, realice actividades de investigación científica o tecnológica puramente experimentales, de ensayo o de enseñanza, y para ello fabrique o utilice un producto o use un proceso igual al patentado...".

³⁷¹ Establece el art. 5.3 del acta 1978 de la UPOV que no es necesaria "... la autorización del obtentor para emplear la variedad como origen inicial de variación con vistas a la creación de otras variedades, ni para la comercialización de éstas".

³⁷² Entre otras, reconocen la excepción del fitomejorador las siguientes legislaciones: Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 16.c; Canadá, Plant Breeder's Rights Act 1990, s. 5.1.b; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 25.c; Confederación Helvética, Legge federale sulla protezione delle novità vegetali del 20 marzo 1975, art. 12.3; Estados Unidos de América, Plant variety protection act, s. 114; Estados Unidos Mexicanos, Ley federal de variedades vegetales, art. 5.1; Nueva Zelanda, Plant Variety Rights Act 1987, Law number 5 of 1987, s. 18.b; Reino de Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, art. 22; Reino de Dinamarca, Act on Plant Variety Protection, Order N° 51 of 5 February, 1996, art. 17; Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 15.c; Reino de los Países Bajos, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 40.3.c; Reino de Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders' Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 2, art. 3.3; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 8; República de Bielorrusia, Plant Variety Patent Law, 1995, art. 8; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 35.III; República de Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 58.1.iii; República de Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, arts. 16.a y 16.b; República de Estonia, Plant Variety Rights Act, 1998, s. 40; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6.b.3; República de Kenia, The Seeds and Plant Varieties Act, 1972, Official Kenya Gazette, 7 de Junio de 2002, s. 20.1; República de Kirguistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998, 1998 art. 25; República de Panamá, ley 23 de 15 de julio de 1997 (Título V), art. 240; República de Moldavia, Law on the protection of plant varieties N° 915/1996, art. 14.1.c; República de Trinidad y Tobago, The protection of new plant varieties act, Act N° 7 of 1997, s. 15.3; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 10a.1.c; República Federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.3; República Federativa de Brasil, Law No. 9456 of April 28, 1997, art. 10; República Italiana, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 14; República Popular China, Regulations of the People's Republic of China on the protection of new varieties of plants, 1999, art. 10.i; República Portuguesa, decree-law N° 213/90, art. 3.2; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 28; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 15.c; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, art. 5.3; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio

Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978, art. 5.3; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 15.1.iii.

³⁷³ Carlos M. CORREA, “Propiedad intelectual e innovación. La excepción de experimentación”, en L.L. t. 1997-B, p. 915; HERMITTE, Marie A., *Patenting life forms: the legal environment*, op. cit., p. 15.

³⁷⁴ Carlos M. CORREA, “Propiedad intelectual e innovación. La excepción de experimentación”, op. cit., p. 915.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 916; Renata CASCARDO, Carmen A. GIANNI y José Antonio PIANA, *Variedades vegetales en Argentina. El comercio de semillas y el derecho de obtentor*, op. cit., p. 89.

³⁷⁶ Ver *supra*, N° 3.1.5.

³⁷⁷ Vandana SHIVA, *Cosecha robada*, op. cit., p. 18.

³⁷⁸ Shahid ALIKHAN, *Socio-Economic Benefits of Intellectual Property Protection in Developing Countries*, op. cit., p. 21.

³⁷⁹ Entre otras, exigen explícitamente este requisito las siguientes legislaciones: Australia, Plant Breeder’s Rights Act 1994, s. 16.c; Reino de Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, art. 22; República de Bielorrusia, Plant Variety Patent Law, 1995, art. 8; República de BOLIVIA, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 35.III; República Federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.3; República Federativa de Brasil, law N° 9456 of april 28, 1997, art. 10.

³⁸⁰ Según se ha visto, y sometida a una interpretación correctiva, la normativa vigente en el país tampoco requiere autorización del obtentor para el ejercicio del derecho del agricultor. Ver *supra*, N° 10.7.

³⁸¹ Australia, Plant Breeder’s Rights Act 1994, s. 16.c; Canadá, Plant Breeder’s Rights Act 1990, s. 5.1.b; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 25.c; Confederación Helvética, Legge federale sulla protezione delle novità vegetali del 20 marzo 1975, art. 12.3; Estado de Israel, Plant Breeder’s Rights Law 5733-93, s. 37.1; Estados Unidos de América, Plant variety protection act, s. 114; Estados Unidos Mexicanos, Ley federal de variedades vegetales, art. 5.1; Nueva Zelanda, Plant Variety Rights Act 1987, law number 5 of 1987, s. 18.b; Reino de Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, art. 22; Reino de Dinamarca, Act on Plant Variety Protection, Order N° 51 of 5 February, 1996, art. 17; Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 15.c; Reino de los Países Bajos, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 40.3.c; Reino de Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders’ Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 2, art. 3.3; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 8; República de Bielorrusia, Plant Variety Patent Law, 1995, art. 8; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 35.III; República de Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 58.1.iii; República de Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, arts. 16.a y 16.b; República de Estonia, Plant Variety Rights Act, 1998, s. 40; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder’s Right, 6.b.3; N° 789/1992, s. 6.b.3; República de Kenia, The Seeds and Plant Varieties Act, 1972, Official Kenya Gazette, 7 de junio de 2002, s. 20.1; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998, 1998 art. 25; República de Moldavia, Law on the protection of plant varieties N° 915/1996, art. 14.1.c; República de Panamá, ley 23 de 15 de julio de 1997 (Título V), art. 240; República de Trinidad y Tobago, The protection of new plant varieties act, Act N° 7 of 1997, s. 15.3; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art.10^o.1.c; República Federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.3; República Federativa de Brasil, law N° 9456 of april 28, 1997, art. 10; República Italiana, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 14; República Popular China, Regulations of the People’s Republic of China on the protection of new varieties of plants, 1999, art. 10.i; República Portuguesa, decree-law N° 213/90, art. 3.2; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 28; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 15.c; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, art. 5.3; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978, art. 5.3; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 15.1.iii.

³⁸² Australia, Plant Breeder’s Rights Act 1994, s. 16.c; Canadá, Plant Breeder’s Rights Act 1990, s. 5.1.b; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 25.c; Confederación Helvética, Legge federale sulla protezione delle novità vegetali del 20 marzo 1975, art. 12.3; Estado de Israel, Plant Breeder’s Rights Law 5733-93, s. 37.1; Estados Unidos de América, Plant variety protection act, s. 114; Estados Unidos Mexicanos, Ley federal de variedades vegetales, art. 5.1; Nueva Zelanda, Plant Variety Rights Act 1987, law number 5 of 1987, s. 18.b; Reino de Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of May 20, 1975, art. 22; Reino de Dinamarca, Act on Plant Variety Protection, Order N° 51 of 5 February, 1996, art. 17; Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 15.c; Reino de los Países Bajos, Act of October 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 40.3.c; Reino de Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders’ Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 2, art. 3.3; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 8; República de Bielorrusia, Plant Variety Patent Law, 1995, art. 8; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del

2/4/01, art. 35.III; República de Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 58.1.iii; República de Eslovenia, law N° 86/98, Law on plant variety protection, arts. 16.a y 16.b; República de Estonia, Plant Variety Rights Act, 1998, s. 40; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, 6.b.3; N° 789/1992, s. 6.b.3; República de Kenia, The Seeds and Plant Varieties Act, 1972, Official Kenya Gazette, 7 de junio de 2002, s. 20.1; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998, 1998 art. 25; República de Moldavia, Law on the protection of plant varieties N° 915/1996, art. 14.1.c; República de Panamá, ley 23 de 15 de julio de 1997 (Título V), art. 240; República de Trinidad y Tobago, The protection of new plant varieties act, Act N° 7 of 1997, s. 15.3; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 November 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 10^a.1.c; República Federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 4.3; República Federativa de Brasil, law N° 9456 of april 28, 1997, art. 10; República Italiana, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 14; República Popular China, Regulations of the People's Republic of China on the protection of new varieties of plants, 1999, art. 10.i; República Portuguesa, decree-law N° 213/90, art. 3.2; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 28; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 15.c; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, art. 5.3; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978, art. 5.3; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 15.1.iii.

³⁸³ Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 25.c.

³⁸⁴ Ley 20.247, art. 24.

³⁸⁵ Ley 20.247, art. 30, inc. b). La norma es repetida en el art. 36.b) del decreto 2183/91.

³⁸⁶ En el mismo sentido, el art. 6 del Convenio UPOV de 1978, el cual preceptúa que la variedad "... deberá ser suficientemente homogénea, teniendo en cuenta las particularidades que presente su reproducción sexuada o su multiplicación vegetativa".

³⁸⁷ En el mismo sentido, en el art. 6 del Convenio UPOV 1978 se prescribe que la variedad "... deberá ser estable en sus caracteres esenciales, es decir, deberá permanecer conforme a su definición después de reproducciones o multiplicaciones sucesivas o, cuando el obtentor haya definido un ciclo particular de reproducciones o de multiplicaciones, al final de cada ciclo".

³⁸⁸ Ya en la nota de elevación, aunque con terminología confusa, se hace referencia a esta condición de otorgamiento del derecho intelectual: "Los requisitos que se exigen para otorgar la propiedad sobre el nuevo cultivar, son: que sea una novedad (distinguible), que sus individuos posean características hereditarias suficientemente homogéneas (uniformidad) y estables a través de generaciones sucesivas...". Como surge de la lectura del texto, el legislador presenta alguna confusión -por lo menos semántica- en lo que refiere a la novedad y/o distinguibilidad requerida. Esta confusión se evidencia, asimismo, en el art. 29 del decreto reglamentario, en cuyo inciso g) se exige que la solicitud presentada ante el RNPC contenga una "fundamentación de la novedad. Razones por las cuales se considera que la variedad reviste carácter de nueva e inédita fundamentando su diferenciabilidad de las ya existentes...".

³⁸⁹ Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 13.a; Canadá, Plant Breeder's Rights Act 1990, s. 4.2.a; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 25.c; Estado de Israel, Plant Breeder's Rights Law 5733-93, s. 36.e.2; Estados Unidos de América, Plant variety protection act, s. 111.c.3; Reino de Dinamarca, Act on Plant Variety Protection, Order N° 51 of 5 february, 1996, art. 16.4.2.b; Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 13.3.b; Reino de los Países Bajos, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 41.1.b; Reino de Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders' Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 2, art. 1; República de Bielorrusia, Plant Variety Patent Law, 1995, arts. 7 y 8; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 33; República de Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 57.3.iii; República de Eslovenia, law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 15; República de Estonia, Plant Variety Rights Act, 1998, s. 39.3.2; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6.a.1; República de Moldavia, Law on the protection of plant varieties N° 915/1996, arts. 13.2.b y 14.1.c; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998, 1998 art. 24; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, arts. 7.2, 7.4.a y 7.5; República Federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 2.3.2; República Federativa de Brasil, law N° 9456 of april 28, 1997, art. 10; República Italiana, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, arts. 13.3 y 14; República Popular China, Regulations of the People's Republic of China on the protection of new varieties of plants, 1999, art. 15; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 27.2.b; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 13.5.b; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, arts. 14.5.a.ii y 15.1.iii.

³⁹⁰P.A.C.E. van der Kooij, *Introduction to the EC regulation on plant variety protection*, op. cit., p. 16, comentando el art. 7° del Reglamento 2100-1994 de la Unión Europea, que establece el requisito ahora analizado.

³⁹¹ Así se afirma, con relación a las patentes, en Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, t. I, op. cit., p. 704.

³⁹² La expresión, evidentemente, se toma por vía analógica de la legislación patentaria. Si bien no ha sido receptada en la LSCF, permite referirse, en forma sintética, al conjunto de las variedades vegetales cuya existencia es notoriamente conocida en la fecha relevante.

³⁹³ Conocidos en inglés como “UPOV test guidelines”.

³⁹⁴ V. José M. ELENA, “El Convenio de la UPOV – El concepto de variedad y los criterios técnicos de distinción, uniformidad y estabilidad”, trabajo presentado en el “Seminario sobre la naturaleza y la razón de ser de la protección de las obtenciones vegetales en virtud del Convenio de la UPOV”, organizado por la UPOV, en cooperación con la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de Argentina y con la asistencia del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de España, Buenos Aires, 26 y 27 de noviembre de 1991, p. 7 y ss.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 9.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 9.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 12.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 12.

³⁹⁹ UPOV, *Introducción general revisada a los principios rectores para la ejecución del examen de los caracteres distintivos, la homogeneidad y la estabilidad de las obtenciones vegetales*, inédito, 1979, p. 3.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 3

⁴⁰¹ P.A.C.E. van der KOOIJ, *Introduction to the EC regulation on plant variety protection*, op. cit., p. 16.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 15; Geertrui VAN OVERWALLE, *Protecting innovations in plant biotechnology: patents or plant breeders' rights?*, op. cit., p. 9.

⁴⁰³ P.A.C.E. van der KOOIJ, *Introduction to the EC regulation on plant variety protection*, op. cit., p. 15; Geertrui VAN OVERWALLE, *Protecting innovations in plant biotechnology: patents or plant breeders' rights?*, op. cit., p. 9.

⁴⁰⁴ P.A.C.E. van der KOOIJ, *Introduction to the EC regulation on plant variety protection*, op. cit., p. 16.

⁴⁰⁵ Alberto BERCOVITZ, *Los requisitos positivos de patentabilidad en el derecho alemán*, op. cit., p. 150.

⁴⁰⁶ Ley 20.247, art. 20. Se encuentra una disposición similar en el art. 26 del decr. 2183/91.

⁴⁰⁷ Convenio UPOV 1978, art. 6°.

⁴⁰⁸ Al respecto, véase Renata CASCARDO, Carmen A. GIANNI y José Antonio PIANA, *Variedades vegetales en Argentina. El comercio de semillas y el derecho de obtentor*, op. cit., p. 272.

⁴⁰⁹ Alberto BERCOVITZ, *Los requisitos positivos de patentabilidad en el derecho alemán*, op. cit., p. 161, con relación a las patentes.

⁴¹⁰ Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 3.2; Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 43; Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, art. 4.1; Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 15.1; Brasil, law N° 9456 of april 28, 1997, art. 3.vi; Canadá, Plant Breeder's Rights Act, s. 4.2.a; Checoslovaquia, Law on the Legal Protection of New Varieties of Plants and Breeds of Animals N° 132 of november 15, 1989, art. 4.1.a; China, Regulations of the People's Republic of China on the protection of new varieties of plants, 1999, art. 15; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 10; Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 14; Dinamarca, Act on Plant Variety Protection, art. 1.1.1; Eslovaquia, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 4.2; Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 6; España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 7; Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 4.1; Hungría, Law N° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents, art. 105.2; Israel, Plant Breeder's Rights Law 5733-1973, s. 7.a y 7.b; Italia, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 6; México, Ley federal de variedades vegetales, art. 7.II; Moldavia, Law on the protection of plant varieties, art. 7.1; Nueva Zelandia, Plant Variety Rights Act 1987, Law number 5 of 1987, s. 10.4.b; Holanda, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 29; Panamá, ley 23 de 15 de julio de 1997, art. 243; Portugal, Regulations on the Protection of New Plant Varieties, Ministerial Order N° 940/90, art. 11; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 4.2; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 7; Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders' Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 3, art. 3; Suiza, Legge federale sulla protezione delle novità vegetali del 20 marzo 1975 (Statto 3 ottobre 2000), art. 5.2; Trinidad y Tobago, The protection of new plant varieties act, Act N° 7 of 1997, s. 5.1; Unión Europea, Reglamento 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 7; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, art. 6.1.a; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978, art. 6.1.a; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 7; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Ley tipo sobre la protección de las obtenciones vegetales, 1980, art. 3; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Model law on the protection of new varieties of plants, 1995, art. 7.

⁴¹¹ Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 15.1; Checoslovaquia, Law on the Legal Protection of New Varieties of Plants and Breeds of Animals N° 132 of november 15, 1989, art. 4.1.a; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 10; Holanda, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 29.1.a; Portugal, Regulations on the Protection of New Plant Varieties, Ministerial Order N° 940/90, art. 5.1.a; Reino Unido, Plant Varieties Act 1997, schedule 2, part 1,

paragraph 1; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 7; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, art. 6.1.a.

⁴¹² Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 3.2; Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 43; Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of May 20, 1975, art. 4.1; Canadá, Plant Breeder's Rights Act, s. 4.2.a; Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 14; Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 6; Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 4.1; Hungría, Law N° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents, art. 105.2; Moldavia, Law on the protection of plant varieties, art. 7.1; Nueva Zelandia, Plant Variety Rights Act 1987, Law number 5 of 1987, s. 10.4.b; Trinidad y Tobago, The protection of new plant varieties act, Act N° 7 of 1997, s. 5.1. Asimismo, es en estos términos que se caracteriza al estado de la técnica vegetal en el decreto 2183/91, art. 26.b.

⁴¹³ Brasil, law N° 9456 of april 28, 1997, art. 3.iii y 3.iv; China, Regulations of the People's Republic of China on the protection of new varieties of plants, 1999, art. 15; Dinamarca, Act on Plant Variety Protection, art. 1.1.1; Israel, Plant Breeder's Rights Law 5733-1973, s. 7.a. Es en estos términos que se caracteriza al ETV en el art. 20 de la ley 20.247.

⁴¹⁴ Brasil, law N° 9456 of april 28, 1997, art. 3.vi.

⁴¹⁵ Eslovaquia, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 4.2.

⁴¹⁶ España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 7; Italia, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 6; Méjico, Ley federal de variedades vegetales, art. 7.II; Panamá, ley 23 de 15 de julio de 1997, art. 245; Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders' Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 3, art. 3; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 7; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Ley tipo sobre la protección de las obtenciones vegetales, 1980, art. 3; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Model law on the protection of new varieties of plants, 1995, art. 7. Asimismo, es con esta expresión que se caracteriza al ETV en el convenio UPOV 1978, art. 6.1.a.

⁴¹⁷ República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 4.2.

⁴¹⁸ Suiza, Legge federale sulla protezione delle novità vegetali del 20 marzo 1975 (Statto 3 ottobre 2000), art. 5.2; Unión Europea, Reglamento 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 7.1.

⁴¹⁹ Artículo 20.

⁴²⁰ Artículo 26.

⁴²¹ Artículo 6.

⁴²² Decreto 2183/91, art. 26.

⁴²³ Ley 20.247, art. 20. La cita es una adaptación, en el original está en masculino y en plural.

⁴²⁴ Decreto 2183/91, art. 26.

⁴²⁵ Convenio UPOV 1978, art. 6.

⁴²⁶ Tim ROBERTS, *La protección por patente concedida a las plantas - comparación y contraste con los derechos de obtentor*, op. cit., p. 5. En el mismo sentido, Raimundo LAVIGNOLLE, "Los conceptos de Novedad y Distinguibilidad como requisitos para la protección de las variedades vegetales y la Novedad en patentes de invención", en M. CASCARDO; C. GIANNI y J.A. PIANA, *Variedades vegetales en Argentina*, Buenos Aires, octubre de 1998, edición del autor, p. 142.

⁴²⁷ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, t. I, op. cit., ps. 722-723.

⁴²⁸ Ley 24.481, art. 4 inc. d).

⁴²⁹ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, t. I, op. cit., p. 724.

⁴³⁰ Alberto BERCOVITZ, *Los requisitos positivos de patentabilidad en el derecho alemán*, op. cit., p. 195, en relación con la novedad patentaria en el derecho alemán.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 194, en relación con la novedad patentaria en el derecho alemán.

⁴³² *Ibidem*, p. 197, en relación con la novedad patentaria en el derecho alemán.

⁴³³ "... la pubblicità esiste quando la **conoscenza** dell'invenzione fu resa **possibile** a numero indeterminato di persone, indipendentemente dalla cognizione effettiva... Basta cioè la conoscenza potenziale", en Agostino RAMELLA, *Trattato della proprietà industriali*, 2ª ed., Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1927, vol. I, p. 66.

⁴³⁴ Así, puede leerse en la ley 20.247, art. 20: "Podrán ser inscriptas en el Registro... las creaciones fitogenéticas o cultivares que sean distinguibles de *otros* conocidos a la fecha de presentación de la solicitud de propiedad...". En el mismo sentido, el decr. 2183/91 requiere para la concesión del derecho de obtentor que la variedad se distinga claramente "... de cualquier *otra* variedad cuya existencia sea materia de conocimiento general..." (art. 26). Finalmente, el tratado requiere que la variedad pueda "... distinguirse claramente por uno o varios caracteres importantes de cualquier *otra* variedad, cuya existencia sea notoriamente conocida..." (art. 6°).

⁴³⁵ "In the course of the technical examination of the variety, it must become clear that this variety differs from 'any other variety'. In this context, of course 'any other variety' has to be understood as a variety other than the variety for which the application for a plant variety right was filed with the Office. However, also in the case of two genetically **identical** varieties, bred, or discovered and developed by **different** persons, for the purposes of establishing distinctness between varieties one of them (the one for which an application has been filed) is called 'the' or 'a' variety and the other one is called

'the other variety' or 'any other variety'", en P.A.C.E. van der KOOIJ, *Introduction to the EC regulation on plant variety protection*, op. cit., ps. 15-16.

⁴³⁶ China, Regulations of the People's Republic of China on the protection of new varieties of plants, art. 14; Dinamarca, Plant Variety Protection Act, art. 2; Bolivia, ley 64/96, art. 15.g.1; Finlandia, Act on Plant Breeder's Right N° 789/1992, sección 5; Alemania, Plant Variety Protection Law, art. 6; Italia, decreto legislativo 3 noviembre 1998, art. 5; Trinidad y Tobago, Protection of New Plant Varieties Protection Act, art. 4; Países Bajos, Seeds and Planting Material Act, sección 29.3; Eslovaquia, Ley 132/1989, art. 4.5; Eslovenia, ley N° 86/98, art. 5; México, Ley Federal de Variedades Vegetales, art. 7; Comunidad Andina, decisión N° 345, art. 8; Australia, Plant Breeder's Rights Act, art. 43, Hungría, ley N° XXXIII de 1995, art. 105, Nueva Zelandia, Plant Variety Rights Act, sección 10.

⁴³⁷ Artículo 26.

⁴³⁸ Artículo 6.b.

⁴³⁹ Aunque en forma solitaria, algunas leyes sobre el derecho de obtentor regulan a través de un solo requisito lo que la mayoría, según se ha referido, contempla en forma separada. Tal es el caso de Bélgica, Eslovenia y Suiza, que, al regular la distinguibilidad, incluyen explícitamente entre los modos de incorporación al estado de la técnica vegetal la comercialización de la variedad *por el mismo obtentor o con su consentimiento* (es decir, la conducta que en otras leyes obsta a la novedad): Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of May 20, 1975, art. 4.1 y 4.3 (aunque le da un plazo de gracia de 4 años previo a la presentación de la solicitud); Eslovenia, law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 6; Israel, Plant Breeder's Rights Law 5733-1973, s. 7.c; Suiza, Legge federale sulla protezione delle novità vegetali del 20 marzo 1975 (Statto 3 ottobre 2000), art. 5.3. Se trata de otra técnica o metodología que, según parece, conduce a un mismo resultado práctico.

⁴⁴⁰ P. C. BREUER MORENO, *Tratado de las patentes de invención*, op. cit., p. 84.

⁴⁴¹ Decreto 2183/91, art. 26.

⁴⁴² Convenio UPOV 1978, art. 6.

⁴⁴³ Algunas legislaciones admiten explícitamente cualquier forma o medio de adquisición de notoriedad: España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 7.3; Italia, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 6.2; Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders' Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 3, art. 3. Aunque en forma implícita, el derecho argentino presenta la misma amplitud de criterio.

⁴⁴⁴ Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 3.2.1; Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, art. 4.1; Eslovenia, law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 6; España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 7.2; Moldavia, Law on the protection of plant varieties, art. 7.2; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 4.2; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 7.3; Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders' Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 3, art. 3; Trinidad y Tobago, The protection of new plant varieties act, Act N° 7 of 1997, s. 5.2; Unión Europea, Reglamento 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 7.2.a; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, art. 6.1.a; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978, art. 6.1.a; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Ley tipo sobre la Protección de las Obtenciones Vegetales, 1980, art. 3; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Model law on the protection of new varieties of plants, 1995, art. 7.

⁴⁴⁵ Regulado en el Capítulo V, comprensivo de los arts. 19 a 30.

⁴⁴⁶ La ley lo regula en su Capítulo IV, abarcativo de los arts. 16 a 18.

⁴⁴⁷ Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 3.2.2; Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 43.8; Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, art. 4.1; Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 15.2; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 10; Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 14; Eslovaquia, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, art. 4.9; Eslovenia, law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 6; España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 7; Israel, Plant Breeder's Rights Law 5733-1973, s. 7.b; Italia, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 6.2; Moldavia, Law on the protection of plant varieties, art. 7.2; Holanda, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 29.2; Panamá, ley 23 de 15 de julio de 1997, art. 245; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 7.3; chapter 3, art. 3; Trinidad y Tobago, The protection of new plant varieties act, Act N° 7 of 1997, s. 5.3; Unión Europea, Reglamento 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 7.2.b; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, art. 6.1.a; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978, art. 6.1.a; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 7; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Ley tipo sobre la protección de las obtenciones vegetales, 1980, art. 3; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Model law on the protection of new varieties of plants, 1995, art. 7.

⁴⁴⁸ Artículo 26.

⁴⁴⁹ Artículo 6.

⁴⁵⁰ P.A.C.E. van der Kooij, *Introduction to the EC regulation on plant variety protection*, op. cit., p. 17.

⁴⁵¹ “... el llenado de la solicitud para el otorgamiento de un título de propiedad o para el ingreso a un registro oficial de variedades en el territorio de cualquier Estado, convertirá a la variedad en materia de conocimiento general desde la fecha de la solicitud, siempre que la solicitud conduzca al otorgamiento de un título de propiedad o a la entrada de la variedad en el Registro Nacional de Cultivares...” (art. 26).

⁴⁵² República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 4.2; Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders’ Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 3, art. 3; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, art. 6.1.a; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978, art. 6.1.a; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Ley tipo sobre la protección de las obtenciones vegetales, 1980, art. 3.

⁴⁵³ Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 3.2.3; Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, art. 4.1; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, art. 6.1.a.

⁴⁵⁴ Artículo 6°.

⁴⁵⁵ Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 3.2.3; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 4.2; Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders’ Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 3, art. 3.

⁴⁵⁶ Fundamentalmente, se modifica en ciertos casos la fecha relevante.

⁴⁵⁷ Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 3.2.3; Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders’ Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 3, art. 3.

⁴⁵⁸ Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 3.2.3; Moldavia, Law on the protection of plant varieties, art. 7.2.

⁴⁵⁹ Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 3.2.3; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 4.2.

⁴⁶⁰ Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 3.2.3; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 4.2.

⁴⁶¹ Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, art. 4.1; España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 7.3; Moldavia, Law on the protection of plant varieties, art. 7.2; Panamá, ley 23 de 15 de julio de 1997, art. 245; Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders’ Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 3, art. 3; Trinidad y Tobago, The protection of new plant varieties act, Act N° 7 of 1997, s. 5.2; ; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, art. 6.1.a; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978, art. 6.1.a; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Ley tipo sobre la protección de las obtenciones vegetales, 1980, art. 3; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Model law on the protection of new varieties of plants, 1995, art. 7.

⁴⁶² Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of May 20, 1975, art. 4.1; Italia, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 6.2; Moldavia, Law on the protection of plant varieties, art. 7.2; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 4.2; Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders’ Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 3, art. 3; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, art. 6.1.a; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978, art. 6.1.a; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Ley tipo sobre la protección de las obtenciones vegetales, 1980, art. 3.

⁴⁶³ De hecho, esta exigencia no sería susceptible de ser cumplida, dado el carácter orgánico del objeto. Es justamente por esto que, en el procedimiento de concesión del derecho de obtentor, junto con la descripción se requiere la presentación de muestras de la variedad cuyo registro se pretende (art. 21 ley 20.247). Las dificultades que el cumplimiento de esta eventual exigencia (la “descripción suficiente”) produce se hacen notorias en el derecho de patentes, donde el requisito, aunque establecido en la generalidad de las legislaciones, ha debido ser flexibilizado en materia de productos biológicos, advirtiéndose un claro avance de la importancia del depósito del material biológico respecto del cual se solicita la patente. Es más: entre los motivos que, décadas atrás, justificaron la necesidad de crear un derecho intelectual distinto de la patente para proteger a las nuevas variedades vegetales, figuraba en un lugar preponderante la imposibilidad de dar cumplimiento cabal al requisito de la “descripción suficiente”, requisito que mantiene la ley de patentes en vigencia, N° 24.481, en su art. 20: “La

invención deberá ser descrita en la solicitud de manera suficientemente clara y completa para que una persona experta y con conocimientos medios en la materia pueda ejecutarla”.

⁴⁶⁴ Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 14.2.i.

⁴⁶⁵ Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 14.2.iv; Panamá, ley 23 de 15 de julio de 1997, art. 245; Trinidad y Tobago, The protection of new plant varieties act, Act N° 7 of 1997, s. 5.2; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Model law on the protection of new varieties of plants, 1995, art. 7.

⁴⁶⁶ Eslovenia, law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 6.

⁴⁶⁷ España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 7.3; Panamá, Ley 23 de 15 de julio de 1997, art. 245; Trinidad y Tobago, The protection of new plant varieties act, Act N° 7 of 1997, s. 5.2; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Model law on the protection of new varieties of plants, 1995, art. 7.

⁴⁶⁸ República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 4.2

⁴⁶⁹ Brasil, law N° 9456 of april 28, 1997; Canadá, Plant Breeder’s Rights Act, 1990; China, Regulations of the People’s Republic of China on the protection of new varieties of plants, 1999; Dinamarca, Act on Plant Variety Protection, Order N° 51 of 5 february, 1996, art. 1.1.1; Finlandia, The Act on Plant Breeder’s Right, N° 789/1992; Hungría, law N° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents; Nueva Zelanda, Plant Variety Rights Act 1987, law number 5 of 1987; Portugal, Regulations on the Protection of New Plant Varieties, Ministerial Order N° 940/90; Reino Unido, Plant Varieties Act 1997.

⁴⁷⁰ El decreto aclara explícitamente que la enumeración es enunciativa (“entre otros”). Por su parte, si bien el Convenio UPOV 1978 es menos explícito, en los comentarios a la ley tipo sobre la protección de las obtenciones vegetales (1980), UPOV aclara que la enumeración tiene simplemente carácter enunciativo.

⁴⁷¹ Raimundo LAVIGNOLLE, “Los conceptos de novedad y distinguibilidad como requisitos para la protección de las variedades vegetales y la novedad en patentes de invención”, op. cit., p. 141.

⁴⁷² UPOV, *Introducción general revisada a los principios rectores para la ejecución del examen de los caracteres distintivos, la homogeneidad y la estabilidad de las obtenciones vegetales*, op. cit., p. 4.

⁴⁷³ Raimundo LAVIGNOLLE, “Los conceptos de novedad y distinguibilidad como requisitos para la protección de las variedades vegetales y la novedad en patentes de invención”, op. cit., ps. 140-141.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, ps. 140-141.

⁴⁷⁵ Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 3.2; Australia, Plant Breeder’s Rights Act 1994, s. 43.2; Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 15; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 10; Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 14; Finlandia, The Act on Plant Breeder’s Right, N° 789/1992, s. 4.1; Israel, Plant Breeder’s Rights Law 5733-1973, s. 7.a; Italia, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 6; Moldavia, Law on the protection of plant varieties, art. 7; Holanda, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 29.1.a; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 4.2; Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders’ Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 3, art. 3; Trinidad y Tobago, The protection of new plant varieties act, Act N° 7 of 1997, s. 5.1; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 7; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Model law on the protection of new varieties of plants, 1995, art. 7.

⁴⁷⁶ Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, art. 4.1; Checoslovaquia, Law on the Legal Protection of New Varieties of Plants and Breeds of Animals N° 132 of november 15, 1989, art. 4.1.a; Eslovenia, Law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 6; Panamá, ley 23 de 15 de julio de 1997, art. 245; Suiza, Legge federale sulla protezione delle novità vegetali del 20 marzo 1975 (Statto 3 ottobre 2000), art. 5.2; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, art. 6.1.a; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978, art. 6.1.a; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Ley tipo sobre la protección de las obtenciones vegetales, 1980, art. 3.

⁴⁷⁷ Brasil, law N° 9456 of april 28, 1997, art. 3.iii, 3.iv y 3.vi.

⁴⁷⁸ Canadá, Plant Breeder’s Rights Act, s. 4.2.a.

⁴⁷⁹ Dinamarca, Act on Plant Variety Protection, art. 1.1.1.

⁴⁸⁰ España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 7; Unión Europea, Reglamento 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 7.1.

⁴⁸¹ Hungría, law XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents, art. 105.2.

⁴⁸² México, Ley federal de variedades vegetales, art. 7.II.

⁴⁸³ Nueva Zelanda, Plant Variety Rights Act 1987, law number 5 of 1987, s. 10.4.b y 10.8.

⁴⁸⁴ Portugal, Regulations on the Protection of New Plant Varieties, Ministerial Order N° 940/90, art. 5.1.a.

⁴⁸⁵ Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 7.

⁴⁸⁶ Argentina, ley 20.247, art. 20.

⁴⁸⁷ Argentina, decr. 2183/91, art. 26.b.

⁴⁸⁸ Ley 20.247, art. 20.

⁴⁸⁹ Decreto 2183/91, art. 26.

⁴⁹⁰ Sin cursiva en el original.

⁴⁹¹ José M. ELENA, “El Convenio de la UPOV - El concepto de variedad y los criterios técnicos de distinción, uniformidad y estabilidad”, op. cit., p. 14. En el mismo sentido: UPOV, “Introducción general revisada a los principios rectores para la ejecución del examen de los caracteres distintivos, la homogeneidad y la estabilidad de las obtenciones vegetales”, op. cit., p. 3.

⁴⁹² UPOV, “La noción de variedad esencialmente derivada”, en M. CASCARDO, C. GIANNI y J. A. PIANA, *Variedades vegetales en Argentina*, Buenos Aires, edición del autor, octubre de 1998, p. 133. En el mismo sentido, se ha señalado: “... *the word ‘important’ in this context has been construed to mean ‘important for the purposes of making a distinction’ and not ‘important in the sense of having value’...*”, en GREENGRASS, Barry, “The interface between plant breeder’s rights and other forms of intellectual property protection and the future”, en actas del “Seminar on the nature of and rationale for the protection of plant varieties under the UPOV convention”, organizado por UPOV, Buenos Aires, 26 y 27 de noviembre de 1991, p. 10.

⁴⁹³ Como se ha observado, “... *que sea distinta significa que por algún carácter morfológico o fisiológico la nueva variedad pueda diferenciarse del resto*”, en Raimundo LAVIGNOLLE, “Los conceptos de novedad y distinguibilidad como requisitos para la protección de las variedades vegetales y la novedad en patentes de invención”, op. cit., p. 140.

⁴⁹⁴ “*After thorough reflection, the drafters of the UPOV Convention decided not to add the requirement for a specific value of the variety as a further requirement for protection...*”, en Henning KUNHARDT, *Industrial Property Rights and their Impact on Industry and Agriculture*, op. cit., p. 296. En el Proyecto de Ley de Patentes de Plantas presentado en el Congreso de la Nación en 1936, en cambio, la concesión del derecho se supeditaba a que la variedad significase un mejoramiento sobre las plantas ya existentes. V. Walter F. KUGLER, op. cit., p. 6.

⁴⁹⁵ Teodora ZAMUDIO, *Protección jurídica de las innovaciones*, op. cit., p. 73. V. Teodora ZAMUDIO, *Protección jurídica de las creaciones fitogenéticas*, op. cit., p. 111.

⁴⁹⁶ Teodora ZAMUDIO, *Protección jurídica de las innovaciones*, op. cit., p. 74. V. Teodora ZAMUDIO, *Protección jurídica de las creaciones fitogenéticas*, op. cit., p. 111.

⁴⁹⁷ Con respecto a la altura inventiva y su relación con la distancia mínima, ver *infra*, N° 11.5.1.8.

⁴⁹⁸ Walter F. KUGLER, op. cit., p. 231.

⁴⁹⁹ “*La exención a la investigación... está tratada en su forma más laxa, permitiéndose el uso fitotécnico de las variedades registradas sin autorización del obtentor y pudiéndose registrar una nueva variedad que difiera en un solo carácter respecto de la original. A esta nueva variedad la ley la ampara bajo su protección y le confiere derechos iguales a los de la variedad original*”, en Miguel Ángel RAPELA, *Derechos de propiedad intelectual en vegetales superiores*, op. cit., ps. 217/8.

⁵⁰⁰ “*Estas dos disposiciones [se refiere a los arts. 5.1 y 6.1 de UPOV 1978] tomadas juntas significan que, en la práctica, una pequeña variación encontrada o introducida en una variedad ya existente, podría ser objeto de una nueva solicitud de protección para la variante, sin ninguna obligación de reconocer la contribución de la variedad ya existente, así como de su obtentor al resultado final*”, en Adelaida HARRIES, “¿Por qué cambia el Convenio de la UPOV? La evolución del convenio a raíz del Acta de 1991”, op. cit., p. 127. Si bien la autora se refiere al acta 1978 de la UPOV, ya se ha señalado que el contenido del convenio es, en este punto, casi idéntico al del art. 26 del decr. 2183/91.

⁵⁰¹ “... *a small variation found in or introduced into an existing variety could be the basis for an application for protection of the variant with no obligation to recognize the contribution of the existing variety and its breeder to the final result*”, en UPOV, “The law of plant variety protection and its relations with other legal systems”, op. cit., p. 4. En otra oportunidad, con relación al acta de UPOV de 1978, afirma que “... *significaba que podía efectuarse o descubrirse un cambio relativamente pequeño, por ejemplo, una mutación en una variedad existente, y que a continuación podía protegerse la variedad modificada siempre y cuando ésta se distinguiera claramente de la variedad inicial*”, en GREENGRASS, Barry, *Introducción general a la revisión de 1991 del convenio de la UPOV*, op. cit., p. 6.

⁵⁰² Marta GUTIÉRREZ, documento de trabajo de la clase de la materia “Obtenciones vegetales”, op. cit.

⁵⁰³ Artículo 26.

⁵⁰⁴ Aunque cabe señalar que en más de un artículo del decreto se observa un parecido mayor con el Convenio de 1991 de UPOV que con su versión precedente.

⁵⁰⁵ UPOV 1978, en el art. 6°, se refiere a la variedad, exigiendo que “... *ésta debe poder distinguirse claramente por uno o varios caracteres importantes de cualquier otra variedad...*” (sin cursiva en el original).

⁵⁰⁶ Raimundo LAVIGNOLLE, “Los conceptos de novedad y distinguibilidad como requisitos para la protección de las variedades vegetales y la novedad en patentes de invención”, op. cit., p. 141.

⁵⁰⁷ El tratado referido incorpora la noción de variedad esencialmente derivada, en un intento de superar el problema de la variedad copiada. Al respecto, ver *infra*, N° 11.5.3. Con todo, la nueva versión del tratado introduce varias modificaciones - entre otras, la supresión de la prohibición de la doble protección, contenida en el art. 2° del acta de 1978- cuya incorporación a la normativa argentina merece ser analizada con prudencia.

⁵⁰⁸ En lo esencial, se sigue el método expuesto por Karl Larenz. V. Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit..

⁵⁰⁹ Decr. 2183/91, art. 26.b.

⁵¹⁰ Convenio UPOV 1978, art. 6.1.a.

⁵¹¹ Para hacer más sencillo el ejemplo, se reduce la cuestión al simple cumplimiento de la distinguibilidad. Las exigencias legales son más complejas: la variedad no sólo debe ser distinta, sino también nueva, homogénea y estable. Además de estos requisitos objetivos, debe darse cumplimiento a los requisitos subjetivos y formales.

⁵¹² Ver *supra*, N° 1.4.

⁵¹³ Con respecto a la relación entre la altura inventiva y la distancia mínima, ver *infra*, N° 11.5.1.8.

⁵¹⁴ Si bien es cierto que la altura inventiva fue introducida en el derecho argentino por vía jurisprudencial, para recién ser receptada legislativamente en la ley 24.481, en la época de la sanción de la ley 20.247 la tendencia pretoriana que la acogió en el mundo de las patentes aún no se había manifestado, encontrándose tan sólo escasos precedentes dispersos.

⁵¹⁵ Ver *infra*, N° 11.5.1.8.

⁵¹⁶ Ver *supra*, N° 2.

⁵¹⁷ *Ibidem*.

⁵¹⁸ Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p. 333.

⁵¹⁹ Por cierto, resulta más sencillo predicar la regla que aplicarla, ya que siempre existe un margen de indeterminación en relación con sus presupuestos lógicos de aplicación: ¿cuáles diferencias justifican un trato desigual, y cuáles no?; ¿cuáles semejanzas exigen un trato similar, y cuáles no?

⁵²⁰ Robert M. SHERWOOD, *Propiedad intelectual y desarrollo económico*, op. cit., p. 89.

⁵²¹ Ver *supra*, N° 2.

⁵²² Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, t. I, op. cit., ps. 741-742.

⁵²³ Ver *supra*, N° 3.1.1.

⁵²⁴ H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de derecho industrial*, op. cit., p. 62.

⁵²⁵ En el fraude extrínseco, se defrauda la ley eludida, bajo el amparo de una ley de cobertura. En el caso del intrínseco, la defraudada es precisamente la ley aplicada: no existe norma de cobertura. V. José L. LACRUZ BERDEJO, FRANCISCO SANCHO REBULLIDA y AGUSTÍN LUNA SERRANO, *Elementos de derecho civil. Parte general*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1984, vol. 1º, Introducción, p. 235.

⁵²⁶ PAULO (D. I, 3, 29).

⁵²⁷ José M. ELENA, “El Convenio de la UPOV - El concepto de variedad y los criterios técnicos de distinción, uniformidad y estabilidad”, op. cit., p. 4.

⁵²⁸ Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 2.3.2; Australia, Plant Breeder’s Rights Act 1994, s. 13.a; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 24.i; Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 57.3.ii; Dinamarca, Act on Plant Variety Protection, Order N° 51 of 5 february, 1996, art. 16.4.2.b; Eslovaquia, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, arts. 7.2, 7.4 y 7.5; Eslovenia, law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 15; España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 13.3.b; Finlandia, The Act on Plant Breeder’s Right, N° 789/1992, s. 6.a.1; Israel, Plant Breeder’s Rights Law 5733-1973, s. 36.e.2; Italia, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, art. 13.3; Moldavia, Law on the protection of plant varieties, art. 13.2.b; Holanda, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 41.1.b; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998 art. 24; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 27.2.b; Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders’ Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 2, art. 1; Unión Europea, Reglamento 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 13.5.b; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, art. 14.5.a.ii.

⁵²⁹ Así, por ejemplo, puede leerse: “Extension of PBR to cover certain dependent plant varieties. Subject to section 23, if PBR is granted in a plant variety (the *initial variety*), the right extends to: (a) any other plant variety that: (i) is not clearly distinguishable from the initial variety; and (ii) is clearly distinguishable from any plant variety that was a matter of common knowledge at the time of the grant of PBR in the initial variety;...”, en Australia, Plant Breeder’s Rights Act 1994, s. 13.

⁵³⁰ Análogamente, con relación a las patentes se ha afirmado que “*el concepto de equivalencia es empleado tanto para determinar el alcance de la patente (cuando ella es infringida) como para verificar la existencia del mérito inventivo...*”, en Iván A. POLI, “El mérito inventivo en el derecho argentino”, en Revista del Derecho Industrial, año 4, N°s 10 a 12, 1982, p. 90. Con respecto a la relación entre la diferencia mínima y la altura inventiva, ver *infra*, N° 11.5.1.8.

⁵³¹ Del voto del Dr. Pérez Delgado, CNFed., Sala 1ª Civ. y Com., *in re* “Tor-Isteg Steel Corporation v. Acindar Industria Argentina de Aceros, 30/6/77”, en Jurisprudencia Argentina, 1979-I, p. 742. El fallo se refiere a la novedad, aunque en términos actuales sería más preciso aludir a la altura inventiva. La cuestión se explica porque entonces regía, en materia de patentes, la ley 111, en la que no se hacía alusión a la altura inventiva, por lo cual la jurisprudencia “filtró” en el sistema de patentes el requisito aludido considerándolo implícito en la exigencia de la novedad. Con respecto a la altura inventiva y la distancia mínima, ver *infra*, N° 11.5.1.8.

⁵³² Con referencia al derecho de obtentor y los monopolios, ver *supra*, N° 6.1.3.

⁵³³ En este sentido, y con relación a las patentes, se ha destacado la importancia de no reducir a una versión esquelética el contenido del derecho intelectual, dado que esto operaría en desmedro del efecto-incentivo que inspira al sistema, por la facilidad con que podrían lanzarse al mercado productos alternativos al patentado: “*If patents are narrow, a patent is easy to ‘invent around’, that is, it is easy to produce a non-infringing substitute for the patented invention*”, en Tuomas TAKALO, “The economic theory of intellectual property protection: A central lesson”, op. cit., p. 105.

⁵³⁴ Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p. 201.

⁵³⁵ Al respecto, puede leerse un excelente análisis en Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, t. I, op. cit., p. 740 y ss..

⁵³⁶ Ciertamente, esto no implica equiparar a la distancia mínima con la altura inventiva. Al respecto, ver *infra*, N° 11.5.1.8.

⁵³⁷ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de las patentes de invención*, t. I, op. cit., p. 743.

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 743.

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 743.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 743.

⁵⁴¹ Con relación a la utilidad y el derecho de obtentor, ver *supra*, N° 11.5.1.5.4.

⁵⁴² Desde esta perspectiva, la distancia mínima presenta un mayor parecido con otro requisito del régimen de patentes: la novedad.

⁵⁴³ En este sentido, estando en vigencia la ley 111 de patentes, en un conocido artículo de doctrina contrario a la aceptación de la altura inventiva, se señaló: “*La determinación del mérito del invento es el resultado de un proceso psíquico-valorativo fuertemente impregnado de la subjetividad de quien lo lleva a cabo, que a no dudarlo puede llegar a una conclusión u otra... a poco que se consulte a distintas personas supuestamente capaces para expedirse sobre ello; por esta razón parece evidente la tremenda injusticia latente en la pretensión de que tales juzgamientos sustancialmente subjetivos sean admitidos a definir nada menos que la vida o la muerte del derecho del inventor, por las eventuales denegación o anulación de la patente o solicitud implicadas, y sobre todo notando que ello pueda ocurrir sin una ley que expresa o inequívocamente así lo establezca*”, en Pedro CHALOUPEK, “*In dubio contra patentem?*”, en *Derechos intelectuales*, vol. 2, p. 47. Al respecto, merece señalarse que en la vieja ley de patentes, en consonancia con la tendencia mundial imperante en la época de su dictado, no se estableció explícitamente el requisito de la altura inventiva. Sin embargo, a partir de fines de la década del '70 se fue imponiendo -tanto a nivel judicial como administrativo- su exigencia, bajo la argumentación de considerarlo un componente de la novedad, requisito este último que sí estaba previsto.

⁵⁴⁴ Por cierto, no se trata de un criterio infalible, pero, como se ha referido, es el menos defectuoso de los recursos actualmente conocidos.

⁵⁴⁵ Vale aclarar que en el derecho de patentes, este criterio de interpretación del objeto es introducido a través de la doctrina de los equivalentes. En definitiva, y aunque bajo una denominación diversa, el criterio que se utiliza es el mismo que se aplica para determinar si existe altura inventiva. Ver nota 541.

⁵⁴⁶ En el mismo sentido, en el art. 43 del decr. 2183/91 se establece: “La propiedad de una variedad no impide su utilización como fuente de variación o como aporte de características deseables en trabajos de mejoramiento vegetal. Para tales fines no será necesario el conocimiento ni la autorización del obtentor. En cambio, *la utilización repetida y/o sistemática de una variedad en forma obligada para la producción de semilla comercial requiere la autorización de su titular*” (sin cursiva en el original).

⁵⁴⁷ Artículo 5.3.

⁵⁴⁸ Australia, Plant Breeder's Rights Act 1994, s. 13.b; Canadá, Plant Breeder's Rights Act 1990, s. 5.1.b; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 24; Confederación Helvética, Legge federale sulla protezione delle novità vegetali del 20 marzo 1975, art. 12.3; Estado de Israel, Plant Breeder's Rights Law 5733-93, s. 37.1; Estado de Israel, Plant Breeder's Rights Law 5733-93, s. 36.e.3 y 37.1; Estados Unidos de América, Plant variety protection act, s. 111.c.3; Nueva Zelanda, Plant Variety Rights Act 1987, law number 5 of 1987, s. 18.b; Reino de Bélgica, Law on the Protection of New Plant Varieties of may 20, 1975, art. 22; Reino de Dinamarca, Act on Plant Variety Protection, Order N° 51 of 5 February, 1996, arts. 1.3 y 16.4.2.c; Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 13.3.c; Reino de los Países Bajos, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 41.1.c; Reino de Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders' Rights, adopted on may 29, 1997, chapter 2, art. 1; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 7.1 y 7.2.a; República de Bielorrusia, Plant Variety Patent Law, 1995, art. 7 y 8; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 33; República de Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 57.3.iii; República de Eslovenia, law N° 86/98, Law on plant variety protection, art. 15; República de Estonia, Plant Variety Rights Act, 1998, s. 39.3.3; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992, s. 6a.3; República de Hungría, Law N° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents, s. 106.1.b; República de Moldavia, Law on the protection of plant varieties N° 915/1996, arts. 13.2.c y 14.1.c; República de Panamá, ley 23 de julio de 1997 (Título V), arts. 238.3 y 240; República de Kirguistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998, 1998 art. 24; República de Trinidad y Tobago, The protection of new plant varieties act, Act N° 7 of 1997, s. 15.3; República Federal DE Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 2.3.3 y 4.3; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, arts. 7.2, 7.4.b y 7.5; República Federativa de Brasil, Law No. 9456 of april 28, 1997, art. 10; República Italiana, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, arts. 13.3 y 14; República Popular China, Regulations of the People's Republic of China on the protection of new varieties of plants, 1999, art. 6; República Portuguesa, decree-law N° 213/90, art. 3.2; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, art. 27.2.c; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 13.5.c; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, art. 5.3; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978, art. 5.3; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, arts. 14.5.a.iii y 15.1.iii.

⁵⁴⁹ Este criterio es explícitamente aceptado en la legislación australiana: “Extension of PBR to cover certain dependent plant varieties. Subject to section 23, if PBR is granted in a plant variety (the *initial variety*), the right extends to:... (a) any other plant variety that: (i) is not clearly distinguishable from the initial variety; and (ii) is clearly distinguishable from any plant variety that was a matter of common knowledge at the time of the grant of PBR in the initial variety; and (b) any other plant variety that cannot be reproduced except by the repeated use of the initial variety or of a variety referred to in paragraph (a); whether or not that other plant variety was in existence at the time PBR was granted in the initial variety” (Australia, Plant Breeder’s Rights Act 1994, s. 13).

⁵⁵⁰ Australia, Plant Breeder’s Rights Act 1994, s. 12; Comunidad Andina, Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, art. 24 y 25.c; Estado de Israel, Plant Breeder’s Rights Law 5733-93, s. 36.e.1; Estados Unidos de América, Plant variety protection act, s. 111.c.1; Reino de Dinamarca, Act on Plant Variety Protection, Order N° 51 of 5 february, 1996, art. 16.4.2.a; Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, arts. 13.3.a y 13.4; Reino de los Países Bajos, Act of october 6, 1966, Seeds and Planting Material Act, s. 41.1.a, 41.2, 41.3 y 41.4; Reino de Suecia, Act on the Protection of Plant Breeders’ Rights, adopted on May 29, 1997, chapter 2, art. 1; Reino Unido de gran Bretaña E Irlanda del Norte, Plant Varieties Act 1997, s. 7.1, 7.2.b y 7.3; República de Bielorrusia, Plant Variety Patent Law, 1995, arts. 7 y 8; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01, art. 35.III; República de Corea, Seed Industry Law, 1995, art. 57.3.i y 57.4; República de Eslovenia, law N° 86/98, Law on plant variety protection, arts. 15 y 16.b; República de Estonia, Plant Variety Rights Act, 1998, s. 2.3, 2.4 y 39.3.1; República de Finlandia, The Act on Plant Breeder’s Right, N° 789/1992, s. 6a.2; República de Moldavia, Law on the protection of plant varieties N° 915/1996, arts. 13.2.a, 13.3 y 14.1.c; República de Kirguizistán, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on may 26, 1998, 1998 art. 24; República Eslovaca, Act N° 132/1989 dated 15 november 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds, arts. 7.2, 7.3 y 7.5; República Federal de Alemania, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001), s. 2.3.1; República Federativa de Brasil, law N° 9456 of april 28, 1997, art. 10; República Italiana, decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455, arts. 13.3, 13.4, 13.5 y 14; Rumania, Law on the Protection of the New Plant Varieties, arts. 27.2.a y 27.3; Unión Europea, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 13.5.a, 13.6 y 13.7; UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, arts. 14.5.a.i, 14.5.b, 14.5.c y 15.1.iii.

⁵⁵¹ Carlos M. CORREA, “Acceso y propiedad del germoplasma vegetal”, en L.L., 1997-C, p. 1327. Ver *supra*, N° 11.2

⁵⁵² Por ejemplo: morfología, fisiología y características agronómicas, industriales y bioquímicas. V. Walter F. KUGLER, op. cit., p. 247.

⁵⁵³ Es decir que sólo se consideran, a este efecto, los caracteres que son consecuencia del genotipo de la variedad y no, por ejemplo, aquellos que se originan en un factor ambiental. Walter F. KUGLER, op. cit., p. 247.

⁵⁵⁴ Barry GREENGRASS, “The ‘breeder’s exemption’ and the concept of the essentially derived variety”, en actas del “Seminar on the protection of plant varieties under the UPOV Convention”, Port of Spain, 29 de abril a 1 de mayo de 1998, p. 9.

⁵⁵⁵ POV, “La noción de variedad esencialmente derivada”, op. cit., p. 136.

⁵⁵⁶ Asociación Internacional de Seleccionadores para la Protección de las Obtenciones Vegetales.

⁵⁵⁷ Cuestión distinta es que, como condición para otorgar su autorización, el titular de la variedad inicial resulte facultado por el titular de la derivada para explotar a esta última. En este caso, su derecho surgirá del acuerdo que celebre con el titular de la variedad derivada, pero no de la ley o del tratado.

⁵⁵⁸ La situación se analiza exclusivamente desde la perspectiva del régimen del derecho de obtentor. Por cierto, esto no impide que, por otras normas, la explotación de la variedad resulte prohibida, incluso para el titular del derecho intelectual.

⁵⁵⁹ Barry GREENGRASS, *Introducción general a la revisión de 1991 del convenio de la UPOV*, op. cit., p. 7. En el mismo sentido se pronuncia en Barry GREENGRASS, “An introduction to plant variety protection”, en actas del “Workshop on the exercise of plant variety protection rights by holders of the rights, Organized by UPOV, MAFF, APSA and SIAA” (Brisbane, 22 de septiembre de 1997), p. 7.

⁵⁶⁰ Barry GREENGRASS, “The ‘breeder’s exemption’ and the concept of the essentially derived variety”, en actas del “Seminar on the protection of plant varieties under the UPOV Convention”, Port of Spain, 29 de abril a 1 de mayo de 1998, p. 8; Adelaida HARRIES, “¿Por qué cambia el Convenio de la UPOV? La evolución del convenio a raíz del Acta de 1991”, op. cit., p. 129.

⁵⁶¹ La terminología se ha tomado de UPOV, “La noción de variedad esencialmente derivada”, op. cit., ps. 133ss.

⁵⁶² Refiriéndose al efecto que tendría la aceptación del patentamiento de plantas, Marie A. HERMITTE, *Patenting life forms: the legal environment*, op. cit., p. 16, afirma: “... access to plant varieties -complex organisms- will be free and immediate, not subject to authorisation, which will allow gene holders to have free access to the work of breeders. At the same time, breeder’s access to genes will be delayed, subject to both payment and authorisation. This system lies on the a priori holding that the noble invention is the gene. It will logically lead to the takeover of breeders by those who control biotechnologies...”. En el mismo sentido, se ha señalado: “It would be unreasonable to expect a breeder to sit back and watch his cultivar travel freely (under PBR) to potential patent claimants who after adding a gene may bar him (under patent law) from exploiting his propter rights”, en J. G. BOONMAN, “Plant Patenting as Seen by a Plant Breeding Professional”, op. cit., p. 30.

⁵⁶³ Manuel Jesús GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones, casos e instituciones*, 5ª ed., Madrid, Dykinson, 1991, ps. 327-328; J. ARIAS RAMOS, *Derecho romano*, t. I, op. cit., ps. 244-245; Mario TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*,

Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, ps. 420-421; Eduardo V. CASIELLO, Daniel R. CARRO y César E. COMOLLI, Andrés SÁNCHEZ HERRERO, *Derecho romano*, edición del autor, Rosario, 2003, ps. 206-207

ANEXO

Gráfico 1:

Títulos de obtentor otorgados
por Argentina (2001)¹

Gráfico 2: Títulos de obtentor otorgados por Argentina (1997-2001)²

Gráfico 3: Títulos de obtentor otorgados por diversos países americanos (2001)³

Gráfico 4: Títulos de obtentor otorgados por diversos países latinoamericanos⁴

Gráfico 5: Títulos de obtentor otorgados por diversos países (2001)⁵

Gráfico 6: Títulos de obtentor otorgados por diversos países latinoamericanos⁶

¹ Gráfico elaborado a partir de los datos obtenidos en UPOV, Estadísticas sobre la protección de las obtenciones vegetales para el período 1997-2001, documento preparado por la Oficina de la Unión, 24 de octubre de 2002, en <http://www.upov.int> y República Argentina, Instituto Nacional de Semillas (INASE), Anuario 1999.

² Gráfico elaborado a partir de los datos obtenidos en UPOV, Estadísticas... y República Argentina, Instituto Nacional de Semillas (INASE), Anuario 1999.

³ Gráfico elaborado a partir de los datos obtenidos en UPOV, Estadísticas...

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA

General

- AA.VV., *Prehistoria*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, t. II.
- ABRAHAM, Martin, "Some Consumer and Third World Concerns on the Patenting of Biotechnology Products and Processes", en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 february 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, ps. 53-54.
- ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 4^a ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1984.
- *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Buenos Aires, Raigal, 1954.
- ALIKHAN, Shahid, *Socio-Economic Benefits of Intellectual Property Protection in Developing Countries*, Ginebra, World Intellectual Property Organization, 2000.
- APARICIO, Juan Manuel, *Contratos*, Buenos Aires, Hammurabi, t. 1.
- ARACAMA ZORRAQUÍN, Ernesto, "La protección jurídica de las nuevas obtenciones vegetales", en *El Derecho*, diario de 12 de agosto de 2003, ps. 1-6.
- ARIAS RAMOS, J., *Derecho romano*, 10^a edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Romano, 1966, t. I.
- ASSINSEL, "Essentially derived varieties - Draft position paper from ASSINSEL", documento preparado por la Oficina de la UPOV, Ginebra, 8 y 9 de abril de 1992.
- "Statement regarding the implementation of the new principle of essentially derived varieties in the UPOV Convention", Ginebra, 21 y 22 de octubre de 1991, UPOV.
- ASTUDILLO GÓMEZ, FRANCISCO y ARTEAGA, Miguel, "La biotecnología y las patentes", en *Espacios*, 1988, vol. 9, N^o 1, ps. 17-27.
- "Los derechos de propiedad intelectual sobre plantas y animales", en AA.VV., *Biotecnología y propiedad intelectual*, Caracas, Livrosca, 1999, ps. 111-129.
- "Regulación del acceso a los recursos genéticos y propiedad intelectual", en AA.VV., *Biotecnología y derecho*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, ps. 13-60.
- BANCHERO, Carlos, "Las plantas cultivadas, la genética y los rendimientos", en AA.VV., *Biotecnología y sociedad*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, ps. 327-332.
- BARTON, John H. y BERGER, Peter, "Patenting agriculture", en *Issues in Science & Technology*, verano 2001, vol. 17, N^o 4, ps. 43-50.
- BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de derecho industrial*, Madrid, Civitas, 1978.
- BEIER, Friedrich-K., "La importancia del sistema de patentes para el progreso técnico, económico y social", en *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, 1986, vol. 1, ps. 13-40.

- BERCOVICH, Néstor y KATZ, Jorge, *Biotecnología y economía política: estudios del caso argentino*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1990.
- BERCOVITZ, Alberto, *Los requisitos positivos de patentabilidad en el derecho alemán*, Madrid, edición del autor, 1968.
- “Problemática de la protección de las invenciones biotecnológicas desde una perspectiva europea”, en *Revista del Derecho Industrial*, enero-abril 1990, N° 34, ps. 55-84.
- BERGEL, Salvador D., “La protección de las innovaciones biotecnológicas en la ley 24.481”, en *El Derecho*, viernes 30 de agosto de 1996, ps. 1-3.
- “Los países subdesarrollados ante el actual debate sobre patentamiento de las especies vegetales”, en AA.VV., *El derecho y las nuevas tecnologías*, separata de la *Revista del Derecho Industrial*, N° 33, Buenos Aires, Depalma, 1990, ps. 687-713.
 - “Requisitos y excepciones a la patentabilidad. Invenciones biotecnológicas”, en CORREA, Carlos (coord.), *Derecho de patentes. El nuevo régimen legal de las invenciones y los modelos de utilidad*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, ps. 13-82.
 - “Biotecnología y patentamiento”, en *Derecho Económico*, N° 8, ps. 683-689.
 - “La directiva europea 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas”, en *Temas de derecho industrial y de la competencia 5. Propiedad intelectual en Iberoamérica*, 2001, ps. 13-59.
- BERGMANS, Bernhard, “El punto de vista europeo sobre la protección de la biotecnología”, en AA.VV., *El derecho y las nuevas tecnologías*, separata de la *Revista del Derecho Industrial*, N° 33, Buenos Aires, Depalma, 1990, ps. 687-713.
- BERTONE, Luis E. y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de marcas*, Buenos Aires, Heliasta, 1989.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1992, t. I.
- BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1959.
- BLANCO DEMARCO, Gustavo, “Derechos de obtentor: la opinión de un país latinoamericano”, en actas del *Seminario sobre la naturaleza y la razón de ser de la protección de las obtenciones vegetales en virtud del convenio de la UPOV*, Ginebra, 1994, ps. 161-166.
- “El concepto de variedad esencialmente derivada”, documento presentado en el *Seminario sobre el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV*, Buenos Aires, 10 y 11 de agosto de 1999.
- BLOJ, Sebastián P.; BOLLERO, Valeria y RAFFO, Carlos A., “Estudio acerca de las sanciones en la ley de fitogenética”, en *Trabajos del Centro*, N° 3, 1998, ps. 109-126.
- BOGGIANO, Antonio, *Curso de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- BOONMAN, J. G., “Plant Patenting as Seen by a Plant Breeding Professional”, en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 february 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, ps. 27-30.
- BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, Buenos Aires, Perrot, 1975.

- BORGARELLO, Mariela E., *Derechos de obtentor*, inédito.
- BÖRINGER, Dirk, "Industrial Property Rights and Biotechnology", en *Plant variety protection*, N° 55, ps. 45-52.
- BREBBIA, Roberto, *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1979, t. I.
- BREUER MORENO, P. C., *Tratado de las patentes de invención*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1957, vol. I.
- BUNGE, Mario, *Las ciencias sociales en discusión*, Buenos Aires, Sudamericana, 1999.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de las patentes de invención*, Buenos Aires, Heliasta, 2001.
- *Régimen jurídico de los conocimientos técnicos*, Buenos Aires, Heliasta, 1984.
- CAHILL, Lisa Sowle, "Genetics, commodification, and social justice in the globalization era", en *Kennedy Institute of Ethics Journal*, septiembre 2001, vol. 11, N° 3, ps. 221-238.
- CASCARDO, Renata; GIANNI, Carmen A. y PIANA, José Antonio, *Variedades vegetales en Argentina. El comercio de semillas y el derecho de obtentor*, Buenos Aires, edición del autor, octubre de 1998.
- CASELLA, Aldo P., "Derechos del obtentor y del agricultor: la cuestión en Argentina a la luz de los convenios internacionales y del derecho comparado", en *Actas del IV Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario*, Imagen Impresiones, Rosario, 2002, ps. 279-301.
- CASIELLO, Eduardo V.; CARRO, Daniel R.; COMOLLI, César E. y SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Derecho romano*, Rosario, edición del autor, 2003.
- CASTRO, Elena, "La protección de las obtenciones de plantas mediante biotecnología", en AA.VV., *Los derechos de propiedad de las obtenciones vegetales*, Madrid, Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1998, ps. 241-272.
- CAVALCANTI, Renata, "Biotecnología y patentes", en AA.VV., *El derecho y las nuevas tecnologías*, separata de la Revista del Derecho Industrial, N° 33, Buenos Aires, Depalma, 1990, ps. 715-724.
- CHALOUPKA, Pedro, "¿*In dubio contra patentem?*", en *Derechos Intelectuales*, vol. 2, ps. 33-71.
- CHIARADIA BOUSQUET, Jean P., "Plant Genetic Resources: Protection of Rights", en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 february 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, ps. 43-47.
- CHIGHIZOLA, Horacio A., "Ciencia y Crecimiento. El valor de la propiedad intelectual", en *Revista Científica de la U.C.E.S.*, otoño 2000, vol. 4, N° 1, ps. 151-155.
- CHOPLIN, Gérard, "Patenting Life Forms: the Impact on Farmers", en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 february 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, ps. 41-42.

- CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1995.
- CLERC, Carlos M., *El derecho de dominio y sus modos de adquisición*, Buenos Aires, Abaco, 1982.
- COMTE, Françoise, "The Position of COPA and COGECA on the Legal Protection of Biotechnological Inventions", en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 february 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, p. 38.
- COPPOLETA, Sebastián, "The role of the patent system in developing countries", en *Derecho y Empresa*, N° 11, ps. 83-115.
- CORREA, Carlos M., "Acceso y propiedad del germoplasma vegetal", en *L.L.*, 1997-C, p. 1322.
- *Acuerdo TRIPs - Régimen internacional de la propiedad intelectual*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998.
 - "Biotecnología: el surgimiento de la industria y el control de la innovación", en *Comercio Exterior*, noviembre 1989, vol. 39, N° 11, ps. 987-999.
 - "El convenio UPOV 1991. Una perspectiva latinoamericana", en *Temas de derecho industrial y de la competencia 5. Propiedad intelectual en Iberoamérica*, Buenos Aires, 2001, ps. 141-167.
 - "Los recursos biológicos y los derechos de propiedad intelectual", en *El Derecho*, miércoles 24 de enero de 1996, ps. 1-3.
 - "Observancia de la propiedad intelectual de las variedades vegetales en Argentina", en *L.L.*, t. 1995-D, ps. 1070-1075.
 - "Patentes y biotecnología: opciones para América Latina", en *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, 1990, N° 34, ps. 5-53.
 - "Propiedad intelectual e innovación. La excepción de experimentación", en *L.L.*, t. 1997-B, ps. 910-919.
 - "Un punto de vista latinoamericano", documento presentado en el Seminario sobre el Acta 1991 de la UPOV, Buenos Aires, 10 y 11 de agosto de 1999.
 - *Propiedad intelectual, innovación tecnológica y comercio internacional*, inédito, 1988.
- CORREA, Carlos M. y BERGEL, Salvador D., *Patentes y competencia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996.
- CRESPI, R. Stephen, "Patents in biotechnology: the legal background", en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 february 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, ps. 7-9.
- CUBERO, José Ignacio, "Mejora genética clásica en la producción de nuevas variedades", en *AA.VV., La biotecnología aplicada a la agricultura*, Madrid, Eumedia, 2000, ps. 41-53.
- CULLET, Philippe, "Property-rights regimes over biological resources", en *Environment & Planning C-Government & Policy*, octubre, 2001, vol. 19, N° 5, ps. 651-664.

- CURTI, Massimo, “La nuova tutela delle varietà vegetali”, en *Contratto e Impresa*, enero/abril 2000, año XVI, N° 1, ps. 478-547.
- DABIN, Jean, *El derecho subjetivo*, trad. de F. J. Osset, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.
- DAM, Kenneth W., “The economic underpinnings of patent law”, en *The Journal of Legal Studies*, enero 1994, vol. 23, N° 1, Parte 1, ps. 247-271.
- DAVIS, Jeremy, “The impact of plan variety protection on the seed industry”, en actas del *Regional Seminar on the protection of plant varieties under the UPOV Convention*, organizado por UPOV, Praga, 3 a 6 de marzo de 1997.
- DEAÑO, Alfredo, *Introducción a la lógica formal*, Madrid, Alianza, 1999.
- DHAR, Biswajit y RAO, C. N., “La vinculación de los derechos de propiedad intelectual con el comercio”, en AA.VV., *Propiedad intelectual en el GATT*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, ps. 131-162.
- DÍAS VARELLA, Marcelo, “Biotecnología e Proteção Intelectual no Brasil”, en AA.VV., *Biotecnología y derecho*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, ps. 131-160.
- DÍAZ, Gerardo, “El punto de vista del sector empresarial”, en AA.VV., *Los derechos de propiedad de las obtenciones vegetales*, Madrid, Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1998, ps. 151-189.
- DROEGE, Susanne y SOETE, Birgit, “Trade-related intellectual property rights, North-South trade, and biological diversity”, en *Environmental & Resource Economics*, junio 2001, vol. 19, N° 2, ps. 149-163.
- DUESING, John H., “Patent Protection for Inventions from Agricultural Biotechnology”, en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 february 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, ps. 22-26.
- DURHAM, Alan L., *Patent Law Essentials. A Concise Guide*, Connecticut, Quorum Books, 1999.
- EKMEKDJIAN, Miguel A., *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1993, 1994 y 1997, ts. I, II y IV.
- ELENA, José M., “El Convenio de la UPOV. El concepto de variedad y los criterios técnicos de distinción, uniformidad y estabilidad”, trabajo presentado en el *Seminario sobre la naturaleza y la razón de ser de la protección de las obtenciones vegetales en virtud del Convenio de la UPOV*, organizado por la UPOV, en cooperación con la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de Argentina y con la asistencia del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de España, Buenos Aires, 26 y 27 de noviembre de 1991.
- “Situación actual de la normativa legal en Europa y en América”, en AA.VV., *Los derechos de propiedad de las obtenciones vegetales*, Madrid, Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1998, ps. 71-100.

- EL DIGESTO DE JUSTINIANO, versión castellana por A. D'ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, Pamplona, Aranzadi, 1968.
- ESQUINAS ALCÁZAR, José, "La aplicación de los derechos del agricultor", en AA.VV., *Biotecnología y derecho*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, ps. 273-298.
- "Los derechos del agricultor", en AA.VV., *Los derechos de propiedad de las obtenciones vegetales*, Madrid, Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1998, ps. 307-330.
- ETCHEVERRY, Raúl A., *Manual de derecho comercial. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1977.
- FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- FASULINO, Eduardo J., *La innovación tecnológica. Análisis económico-jurídico de los sistemas de promoción*, 2ª ed., Buenos Aires, Heliasta, 2001.
- FIGUEIRA BARBOSA, A. L., "Fundamentos económicos y requisitos de protección de los conocimientos tecnológicos intangibles. El caso de la biotecnología", en *Revista de Derecho Industrial*, enero-abril 1990, N° 34, ps. 143-169.
- FIKKERT, Krieno, "Netherlands. Provisional judgment on essentially derived varieties (EDVs)", en *Plant Variety Protection*, diciembre 2002, N° 94, p. 7.
- FISCHER, S.; DORNBUSCH, R. y SCMALENSEE, R., *Economía*, 2ª ed., Madrid, McGraw-Hill.
- FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino, 1: Parte general*, 9ª ed. (reimpresión), Buenos Aires, Zavalía, 1997.
- FRIDMAN, Susana Alejandra, "Biotecnología: derechos del obtentor y del agricultor; alternativas legislativas", en *Actas del IV Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario*, Rosario, Imagen Impresiones, 2002, ps. 303-309.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho privado romano. Acciones, casos e instituciones*, 5ª ed., Madrid, Dykinson, 1991.
- GARCÍA OLMEDO, FRANCISCO; SANZ-MAGALLÓN, Gonzalo y MARÍN PALMA, Enrique, *La agricultura española ante los retos de la biotecnología*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2001.
- GARDELLA, Lorenzo A., *Introducción al derecho*, Rosario, CEDUCAR, t. I.
- GATTARI, Carlos M. y DURANTE, Martha O., "Comentarios sobre la Ley Federal de Variedades Vegetales de los Estados Unidos Mexicanos", en AA.VV., *Biotecnología y derecho*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, ps. 299-316.
- "El derecho de propiedad en las investigaciones citogenéticas", en *Jurisprudencia Argentina*, 1992-I, ps. 925-934.
- GIANNI, Carmen, "El derecho del obtentor en relación a la producción de material de reproducción o de multiplicación", documento presentado en el "Seminario sobre el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV", Buenos Aires, 10 y 11 de agosto de 1999.
- GIMENO ULLASTRES, Juan A. y GUIROLA LÓPEZ, José M., *Introducción a la economía. Microeconomía*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- GODDEN, David, *Comments on Plant Breeders Rights Bill 1994*, inédito, 1994.

- GODOY BETANCOURT, Clara M., *La obtención de variedades vegetales y su reglamentación en el ámbito universitario*, Mérida, edición del autor, 2000.
- GOLD, E.R., "Biotechnology patents: strategies for meeting economic and ethical concerns", en *Nature Genetics*, abril 2002, vol. 30, N° 4, ps. 359.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1992.
- *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1978.
- GOLDSMITH, Peter D., "Innovation, supply chain control, and the welfare of farmers - The economics of genetically modified seeds", en *American Behavioral Scientist*, abril 2001, vol. 44, N° 8, ps. 1302-1326.
- GÓMEZ SEGADÉ, José A., "La Directiva sobre invenciones Biotecnológicas", en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. XIX, 1998, ps. 1129-1140.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional argentino*, 2ª ed., Buenos Aires, Librería Nacional, 1923, t. II.
- GRACE, Eric S., *Biotechnology unzipped. Promises & Realities*, Washington D.C., Joseph Henry Press, 1997.
- GREENGRASS, Barry, "An introduction to plant variety protection", en actas del *Workshop on the exercise of plant variety protection rights by holders of the rights, Organized by UPOV, MAFF, APSA and SIAA*, Brisbane, Australia 22 de septiembre de 1997.
- GREENGRASS, Barry, "Introducción general a la revisión de 1991 del convenio de la UPOV", en actas del *Seminario sobre el acta de 1991 del convenio de la UPOV*, organizado por el INASE, en cooperación con UPOV y con el apoyo de ASTA y ARPOV, Buenos Aires, 10 y 11 de agosto de 1999.
- "La interrelación entre los derechos de los obtentores y las demás formas de protección por propiedad intelectual y el futuro", en actas del *Seminario sobre la naturaleza y la razón de ser de la protección de las obtenciones vegetales en virtud del convenio de la UPOV*, Ginebra, 1994, ps. 85-96.
- "Legal constraints on the exercise of plant variety protection rights by their holders (lecture)", en actas del *Workshop on the exercise of plant variety protection rights by holders of the rights, Organized by UPOV, MAFF, APSA and SIAA*, Brisbane, Australia, 22 de septiembre de 1997.
- "The 'breeder's exemption' and the concept of the essentially derived" variety, en actas del *Seminar on the protection of plant varieties under the UPOV Convention*, Port of Spain, 29 de abril a 1º de mayo de 1998.
- "The interface between plant breeder's rights and other forms of intellectual property protection and the future", en actas del *Seminar on the nature of and rationale for the protection of plant varieties under the UPOV convention, organizado por UPOV*, Buenos Aires, 26 y 27 de noviembre de 1991.

- “El Convenio de la UPOV - Su ámbito de protección y sus disposiciones generales”, en actas del *Seminario sobre la naturaleza y la razón de ser de la protección de las obtenciones vegetales en virtud del convenio de la UPOV*, Ginebra, 1994, ps. 51-57.
- GUERRICO, Martín, “Patentabilidad de los inventos biotecnológicos”, en *Derechos intelectuales*, Buenos Aires, 1989, vol. 4, ps. 199-208.
- GUTIÉRREZ, Marta, documento de trabajo de la clase de la materia “Obtenciones vegetales”, en el marco del Curso de posgrado de propiedad intelectual, Universidad de Buenos Aires, noviembre de 2000.
- “Entre el uso y el abuso”, en “Clarín Rural”, 8 de diciembre de 2001, p. 8.
- “La legislación de derechos de obtentor en la Argentina. Un análisis de su funcionamiento y sus efectos”, trabajo presentado en el Seminario: Políticas de Propiedad Industrial de Inventos Biotecnológicos y de Uso de Germoplasma en América Latina y el Caribe, Caracas, 26 de noviembre de 1990.
- HALWEIL, Brian; NIERENBERG, Danielle y RUNYAN, Curtis, “Seeds of discontent”, en *Word Watch*, enero-febrero 2002, vol. 15, N° 1, ps. 8-10.
- HÄRLIN, Benedikt, “Patenting Life? A Political Question”, en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 February 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, ps. 57-58.
- HARRIES, Adelaida, “¿Por qué cambia el Convenio de la UPOV? La evolución del convenio a raíz del Acta de 1991”, en CASCARDO, M.; GIANNI, C. y PIANA, J.A., *Variedades vegetales en Argentina*, Buenos Aires, edición del autor, octubre 1998, ps. 123-132.
- HARRIS, Marvin H., *Introducción a la antropología general*, 6ª ed., Madrid, Alianza, 2001.
- HEITZ, André, “La historia del Convenio de la UPOV y la razón de ser del derecho de obtentor”, en actas del *Seminario sobre la naturaleza y la razón de ser de la protección de las obtenciones vegetales en virtud del convenio de la UPOV*, Ginebra, 1994, ps. 17-50.
- “Los recursos fitogenéticos y el derecho de obtentor”, en actas del *Seminario sobre la naturaleza y la razón de ser de la protección de las obtenciones vegetales en virtud del convenio de la UPOV*, Ginebra, 1994, ps. 119-141.
- HERMITTE, Marie A., “Patenting life forms: the legal environment”, en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 february 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, ps. 15-16.
- HERNÁNDEZ, Héctor H., *Valor y derecho. Introducción axiológica a la filosofía jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- HESSEN, Johannes, *Tratado de filosofía*, Buenos Aires, Sudamericana, 1957 y 1959, ts. I y II.
- HIGHTON, Elena I., *Dominio y usucapión*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, segunda parte.
- HIRONAKA, Ann, “Changing meanings, changing institutions: An institutional analysis of patent legislation”, en *Sociological Inquiry*, vol. 72, N° 1, invierno 2002, ps. 108-130.

- HOLTMANN, Monika, "La protección jurídica de las innovaciones vegetales. ¿Patente y/o título de obtención vegetal?", en AA.VV., *Los derechos de propiedad de las obtenciones vegetales*, Madrid, Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1998, ps. 331-359.
- HOOP, Esteban, "Biotecnología agrícola", en AA.VV., *Biotecnología y sociedad*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, ps. 305-320.
- HUNGARIAN PATENT OFFICE, Documentación varia, <http://www.hpo.hu>
- INSTITUTAS DE JUSTINIANO, trad. de Hernández-Tejero, Francisco, Madrid, Talleres Gráficos Escelicer, 1961.
- INSTITUTO NACIONAL DE SEMILLAS (URUGUAY), Documentación varia, <http://www.chasque.apc.org/inase>
- INTERNATIONAL SEED TRADE FEDERATION (FIS)/ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PLANT BREEDERS FOR THE PROTECTION OF PLANT VARIETIES (ASSINSEL), Documentación varia, www.worldseed.org
- IRIBARNE, Rodolfo A., "La propiedad intelectual en la Constitución", en Anuario de Derecho, N° 4, ps. 143-154.
- JORDA, Karl F., "Patentes, progreso, prosperidad", en Derechos Intelectuales, Buenos Aires, 1988, vol. 3, ps. 126-135.
- KATZ, Jorge, "Patentes, corporaciones multinacionales y tecnología. Un examen crítico de la legislación internacional", en Desarrollo Económico, abril-junio 1972, vol. 12, ps. 105-149.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, comentarios al artículo 1067 del Código Civil, en BELLUSCIO, Augusto C. (director), ZANNONI, Eduardo A. (coordinador), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1984, t. 5, ps. 27-33.
- Comentarios al artículo 1071 del Código Civil, en BELLUSCIO, Augusto C. (director), ZANNONI, Eduardo A. (coordinador), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1984, t. 5, ps. 52-71.
 - Comentarios al artículo 1072 del Código Civil, en BELLUSCIO, Augusto C. (director), ZANNONI, Eduardo A. (coordinador), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1984, t. 5, ps. 84-91.
- KESAN, Jay P., "Intellectual property protection and agricultural biotechnology - A multidisciplinary perspectiva", en American Behavioral Scientist, vol. 44, N° 3, noviembre 2000, ps. 464-503.
- KHAN, B. Zorina y SOKOLOFF, Kenneth L., "History lessons - The early development of intellectual property institutions in the United States", en Journal of Economic Perspectives, verano 2001, vol. 15, N° 3, ps. 233-246.
- KIEWIET, B. P., su participación en el "Colloquium 'Modern Plant Breeding and Intellectual Property Rights'", celebrado el 26 de enero de 2001 en Einbeck (fotoduplicación).

- KING, Jonathan y STABINSKY, Doreen, "Biotechnology under globalisation: the corporate expropriation of plant, animal and microbial species", en *Race Class*, vol. 40, N^{os} 2-3, 1999, ps. 73-89.
- KINGSTON, William, "Innovation needs patents reform", en *Research Policy*, (2001), vol. 30, ps. 403-423.
- KOOIJ, P.A.C.E. van der, *Introduction to the EC regulation on plant variety protection*, Londres, Kluwer Law Internacional, 1997.
- KREYE, Peter, "Aspectos de propiedad intelectual en la ingeniería genética de las obtenciones vegetales: el punto de vista de un jurista europeo (resumen de la presentación)", en *Documentos del Simposio celebrado en oportunidad de la decimosexta sesión ordinaria del Consejo de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales*, Ginebra, 13 de octubre de 1982.
- KUGLER, Walter, F., "Amparo a la propiedad en la creación de nuevas variedades de plantas", en *Granos*, año III, N^o 11, ps. 3 a 20.
- KUNHARDT, Henning, "Industrial Property Rights and Their Impact on Industry and agriculture", en *Plant Variety Protection*, N^o 59, ps. 30-40.
- LACRUZ BERDEJO, José L.; LUNA SERRANO, Agustín y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Elementos de derecho civil. Parte general*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1984 y 1990, vols. I y III.
- LANGE, Peter, "Derived Plant Varieties and Dependency under the Revised UPOV Convention", en *Plant Variety Protection*, N^o 72, ps. 51-60.
- "Naturaleza del derecho del obtentor (ley sobre la protección de las variedades vegetales) y su demarcación respecto a las invenciones patentables", en *Documentos del Simposio 'Patentes industriales y Títulos de obtención vegetal. Sus sectores de aplicación y posibilidades para su demarcación' celebrado con ocasión de la decimoctava sesión ordinaria del Consejo de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales*, editado por UPOV, Ginebra, 1984, ps. 29-41.
- LAQUIS, Manuel A., *Derechos reales*, Buenos Aires, Depalma, 1979, t. II.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, 2^a ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1994.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de derecho civil, Parte general y Derecho de la persona*, 6^a ed., Madrid, Trivium, 1998, t. I.
- LAURENCE, Héctor, "La opinión de un obtentor - El impacto potencial del derecho de obtentor en la industria de variedades y semillas", en *actas del Seminario sobre la naturaleza y la razón de ser de la protección de las obtenciones vegetales en virtud del convenio de la UPOV*, Ginebra, 1994, ps. 157-160.
- LAVALLE COBO, Jorge E., comentarios al artículo 16 del Código Civil, en BELLUSCIO, Augusto C. (director), ZANNONI, Eduardo A. (coordinador), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1978, t. I, ps. 77-90.

- LAVIGNOLLE, Raimundo, “La experiencia argentina en la aplicación de la protección”, en CASCARDO, M.; GIANNI, C. y PIANA, J.A., *Variedades vegetales en Argentina*, Buenos Aires, edición del autor, octubre de 1998, ps. 115-122.
- “Los conceptos de novedad y distinguibilidad como requisitos para la protección de las variedades vegetales y la novedad en patentes de invención”, en CASCARDO, M.; GIANNI, C. y PIANA, J. A., *Variedades vegetales en Argentina*, Buenos Aires, edición del autor, octubre de 1998, ps. 139-146.
- Le BUANEC, Bernard, “How do breeders of F1 hybrids of corn use the plant variety protection system and why? Is their experience relevant to other hybrids? (lecture)”, en actas del *Workshop on the exercise of plant variety protection rights by holders of the rights, Organized by UPOV, MAFF, APSA and SIAA*, Brisbane, Australia, 22 de septiembre de 1997.
- LEMA DEVESA, Carlos, “Las patentes sobre biotecnología en el derecho español y en el derecho comunitario europeo”, en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. XX, 1999, ps. 219-235.
- LEMLEY, Mark A., “The economics of improvement in intellectual property law”, en *Texas Law Review*, abril 1997, vol. 75, Nº 5, ps. 989-1084.
- LERCH, Virginia D, “The Plant Variety Protection Act: A Current Look”, en *Seed World*, Junio 1989, separata.
- LEYVA, Antonio y PAZ-ARES, Javier, “Los retos de la agricultura en el siglo XXI”, en AA.VV., *La biotecnología aplicada a la agricultura*, Madrid, Eumedia, 2000, ps. 24-38.
- LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/Zavalía, 1993,
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 2ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1977, t. III.
- LOBATO, Manuel, “Sobre la protección de las invenciones vegetales a través del modelo de utilidad”, en *Revista de Derecho Mercantil*, enero-marzo 1996, Nº 219, ps. 119-144.
- LÓPEZ DE HARO Y WOOD, Ricardo, “El enfoque de la UPOV en el examen de las solicitudes de protección en el pasado, el presente y el futuro”, en actas del *Seminario sobre la naturaleza y la razón de ser de la protección de las obtenciones vegetales en virtud del convenio de la UPOV*, Ginebra, 1994, ps. 73-82.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, t. 3.
- MACCHIA, L.; MARTÍN, S.D. y RIVA, Gabriela M., *Ley de semillas y creaciones fitogenéticas*, s/l, s/d, fotoduplicación.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Juan C., “Análisis de situación y efectos en la obtención de nuevas variedades vegetales de la excepción del agricultor para propio uso de semillas protegidas en Argentina”, Informe Técnico presentado ante Instituto Nacional de Semillas, Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA), Federación Argentina de Semilleristas (FAS) y ACE - Agrar Consulting GMBH Einbeck, Proyecto ARG/B7-3110/95/160.
- MASCAREÑAS, Carlos M., “El derecho del inventor”, en *L.L.*, 104, ps. 969-970.

- MASHELKAR, R. A., "Intellectual property rights and the Third World", en *Current Science*, 25 de octubre de 2001, vol. 81, N° 8, ps. 955-965.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, ts. I y III.
- MEYER, John M., "¿Rights to life? On nature, property and biotechnology", en *Journal of Political Philosophy*, vol. 8, N° 2, junio 2000, ps. 154-175.
- MEYER, Roberto E., "Protección de inventos biotecnológicos", en *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, 1991, vol. 5, ps. 173-183.
- MEYER, Roberto E. y SCHRÖK, Úrsula, "Protección de la propiedad intelectual sobre la materia viva", en *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, 1994, vol. 6, ps. 109-115.
- MICROSOFT CORPORATION, Biblioteca de consulta Microsoft Encarta 2003.
- MONCAYO VON HASE, Andrés, "El nuevo régimen de patentes de invención: extensión y límites a los derechos", en CORREA, Carlos (coord.), *Derecho de patentes. El nuevo régimen legal de las invenciones y los modelos de utilidad*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, ps. 113-166.
- MOONEY, Pat, "From Cabbages to Kings: Intellectual Property vs. Intellectual Integrity", en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 February 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, ps. 31-33.
- MOONEY, Pat y SHAND, Hope, "O pateneamento da soja transgenica. Um caso de legalizacao da rapinagem economica", en *Textos para Debate*, diciembre 1994, N° 55.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997.
- MUÑOZ, Juan F. y MARTÍN, Luis M., "Situación de la protección en el panorama varietal de la agricultura española", en AA.VV., *Los derechos de propiedad de las obtenciones vegetales*, Madrid, Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1998, ps. 47-69.
- MUÑOZ, Reinaldo, "Los avances tecnológicos en el agro y la biotecnología: una visión de futuro", en *Panorama Agrario Mundial*, octubre 2000, año 24, N° 212, ps. 13-16.
- MUROA, Milton R., "La ley de semillas y creaciones fitogenéticas N° 20.247 y el derecho de propiedad de las semillas", ponencia presentada en el *Primer Encuentro de Colegios de Abogados sobre temas de Derecho Agrario*, Rosario, septiembre de 1996.
- MUSICH, Arnaldo T., "La propiedad intelectual en el escenario económico", en *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, 1994, vol. 6, ps. 25-29.
- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., 11ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2001.
- OFICINA COMUNITARIA DE VARIEDADES VEGETALES DE LA UNIÓN EUROPEA, Documentación varia, <http://www.cpvo.fr>.
- OLIVER, Richard W., *The Coming Biotech Age. The Bussiness of Bio-Materials*, New York, McGraw-Hill, 2000.

- ORDÓÑEZ, Héctor, “El sistema argentino de protección de las obtenciones vegetales”, en *actas del Seminario sobre la naturaleza y la razón de ser de la protección de las obtenciones vegetales en virtud del convenio de la UPOV*, Ginebra, 1994, ps. 143-155.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI), Oficina Internacional, *Propiedad intelectual y recursos genéticos - Perspectiva general*, documento “Reunión de la OMPI sobre la propiedad intelectual y recursos genéticos”, Ginebra, 17 y 18 de abril de 2000.
- OSTERGARD, Robert L.; TUBIN, Matthew y ALTMAN, Jordan, “Stealing from the past: globalisation, strategic formation and the use of indigenous intellectual property in the biotechnology industry”, en *Third World Quarterly*, agosto 2001, vol. 22, N° 4, ps. 643-656.
- OTAMENDI, Jorge, *Derecho de marcas*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- PEDAUYÉ RUIZ, Julio; FERRO RODRÍGUEZ, Antonio y PEDAUYÉ RUIZ, Virginia, *Alimentos transgénicos. La nueva revolución verde*, Madrid, McGraw Hill, 2000.
- PIMENTEL, Luiz O., *Las funciones del derecho mundial de patentes*, Córdoba, Advocatus, 2000.
- PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 3.
- PLANT VARIETY PROTECTION OFFICE (UNITED STATES OF AMÉRICA), Documentación varia, <http://www.ams.usda.gov/science/pvp.htm>
- PLANT VARIETY RIGHTS OFFICE (NEW ZEALAND), Documentación varia, <http://www.pvr.govt.nz>
- POGGI GONZÁLEZ, Zulay, “Diversas polémicas acerca del patentamiento de seres vivos”, en AA.VV., *Biotecnología y propiedad intelectual*, Caracas, Livrosca, 1999, ps. 99-110.
- POLI, Alfredo, “La patente de invención como instrumento monopólico en el derecho norteamericano”, en *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, 1979, año 1, N° 1-3, ps. 29-58.
- POLI, Iván A., “El mérito inventivo en el derecho argentino”, en *Revista del Derecho Industrial*, año 4, N° 10 a 12, 1982, ps. 79 a 102.
- PRAY, Carl E., *Intellectual Property Rights on Plants: Enforcement, R&D and Potential Importance for LDCs*, inédito, 1990.
- PRIMO BRAGA, Carlos A., “The Economics of Intellectual Property Rights and the GATT: A View From the South”, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1989, vol. 22, N° 2, ps. 243-264.
- PROGRAMA NACIONAL DE SEMILLAS (BOLIVIA), Documentación varia, <http://www.semillas.org>
- QUINTANA CARLO, Ignacio, “El nuevo régimen jurídico de las obtenciones vegetales”, en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Madrid, 1999, t. XX, ps. 309-331.
- “El Reglamento CE N° 2100/1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales”, en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Madrid, 1994-1995, t. XVI, ps. 81-107.
- “La protección de las obtenciones vegetales y la Ley española de 12 de marzo de 1975”, en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Madrid, 1975, t. II, ps. 81-107.

- RABINO, Isaac, "The biotech future", en *American Scientist*, marzo-abril de 1998, vol. 86, ps. 110-112.
- RACCA, Raúl A. y WILDE, Hugo C., *Derecho del agricultor a reservar semilla de su producción para uso propio (art. 27 ley 20.247)*, s/l, s/d, fotoduplicación.
- RAJOTTE, Freda, "Some Theological and Ethical Points of Concern on the Issue of the Patenting of Genetically Engineered Living Organisms", en *Proceedings of an International Conference at the European Parliament, Brussels, 7-8 february 1989*, Barcelona, International Coalition for Development Action ICDA Seeds Campaign, 1989, ps. 50-52.
- RAMELLA, Agostino, *Trattato della proprietà industriali*, 2ª ed., Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1927, vol. I.
- RAMELLA, Pablo A., *Derecho constitucional*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1986.
- RANGEL ORTIZ, Horacio, "La nueva legislación mexicana en materia de variedades vegetales", en *Temas de derecho industrial y de la competencia 5. Propiedad intelectual en Iberoamérica*, Buenos Aires, 2001, ps. 329-381.
- "La protección de las variedades vegetales en el derecho mexicano", en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Madrid, 1998, t. XIX, ps. 127-168.
- RAPELA, Miguel Angel, *Derechos de propiedad intelectual en vegetales superiores*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2000.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa Calpe, 2001.
- REGISTRAR PLANT BREEDERS' RIGHTS OFFICE (AUSTRALIA), Documentación varia, <http://www.affa.gov.au/pbr>
- REPÚBLICA ARGENTINA, INSTITUTO NACIONAL DE SEMILLAS (INASE), Anuario 1999.
- RIFKIN, Jeremy, *The biotech century: harnessing the gene and remaking the world*, (New York, 1998). Tarcher/Putnam.
- RIPOLL, Carlos, "Derechos de obtentor de nuevas variedades vegetales su evolución en nuestro mercado y replanteos en su aplicación", en CASCARDO, M.; GIANNI, C. y PIANA, J. A., *Variedades vegetales en Argentina*, Buenos Aires, Espasa Calpe, octubre 1998, ps. 147-151.
- ROBERTS, Tim, "La protección por patente concedida a las plantas - comparación y contraste con los derechos de obtentor", en actas del *Simposio conjunto UPOV-OMPI-OMC sobre la protección de las obtenciones vegetales en virtud de lo dispuesto en el artículo 27.3.b) del Acuerdo sobre los ADPIC*, organizado por UPOV, en cooperación con la OMPI y la OMC, Ginebra, 15 de febrero de 1999.
- ROFFE, Pedro, "El Acuerdo TRIPs y sus efectos: el caso de los países en desarrollo", en AA.VV., *Propiedad Intelectual en el GATT*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, ps. 337-355.
- ROSELLÓ, José M. E., "El Convenio de la UPOV - El concepto de variedad y los criterios técnicos de distinción, uniformidad y estabilidad", en actas del *Seminario sobre la naturaleza y la razón de ser de la protección de las obtenciones vegetales en virtud del convenio de la UPOV*, Ginebra, 1994, ps. 59-72.

- SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1997.
- SALERNO, Marcelo Urbano, “Las patentes de invención como instrumento Jurídico para la innovación”, en *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, 1994, vol. 6, ps. 31-36.
- SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D., *Macroeconomía*, 15ª ed., Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- SÁNCHEZ GIL, Olga, “La ley española de protección de obtenciones vegetales, a la luz de la última reforma del Convenio UPOV de 19 de marzo de 1991”, en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Madrid, 1996, t. XVII, ps. 219-261.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, 4ª ed., Buenos Aires, Kapelusz, 1959.
- SERVICIO NACIONAL DE INSPECCIÓN Y CERTIFICACIÓN DE SEMILLAS - SNICS SECRETARÍA DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y DESARROLLO RURAL (MÉXICO), Documentación varia, <http://www.sagar.gob.mx/Snics>
- SHAVELL, Steven y VAN YPERSELE, Tanguy, “Rewards versus Intellectual Property Rights”, en *The Journal of Law&Economics*, vol. 44, N° 2, Parte 1, ps. 525-547.
- SHERWOOD, Robert M., *Los sistemas propiedad intelectual y el estímulo a la inversión*, Buenos Aires, Heliasta, 1997.
- *Propiedad intelectual y desarrollo económico*, Buenos Aires, Heliasta, 1995.
- “Beneficios que brinda la protección de la propiedad intelectual a los países en desarrollo”, en *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, 1989, vol. 4, ps. 74-81.
- SHIVA, Vandana, *Cosecha robada*, Buenos Aires, Paidós, 2003.
- SOJO, Lorenzo A., “El derecho y la genética vegetal”, en *Derecho Económico*, N° 14, ps. 169-171.
- SOLLEIRO, José L. y ARRIAGA, Elena, “Patentes de biotecnología: amenazas y opciones para América Latina”, en *Comercio Exterior*, diciembre 1990, vol. 40, N° 12, ps. 1160-1170.
- SOLLEIRO, José L., “Patentes en biotecnología: oportunidades, amenazas y opciones para América Latina”, en *Revista del Derecho Industrial*, enero-abril 1990, N° 34, ps. 107-142.
- “Propiedad intelectual: ¿promotor de la innovación o barrera de entrada?”, en AA.VV., *Biotecnología y derecho*, Buenos Aires, 1997, Ciudad Argentina, ps. 161-187.
- SPECTOR, Horacio M., “Lineamientos de una teoría justificatoria de los derechos de propiedad intelectual e industrial”, en *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, 1988, vol. 3, ps. 23-35.
- “Patentes de invención y bien social”, en *Derechos Intelectuales*, vol. 5, ps. 130-138.
- SPOTA, Alberto A., “Naturaleza del derecho del inventor. Propiedad o monopolio”, en AA.VV., *Más sobre el patentamiento de productos farmacéuticos. Tres análisis jurídicos*, Mercado-CILFA, 1991, ps. 9-83.
- STATE AGENCY OF INTELLECTUAL PROPERTY UNDER THE GOVERNMENT OF THE KYRSYZ REPUBLIC, Documentación varia, <http://www.kyrgyzpatent.kg>

STATE AGENCY ON INDUSTRIAL PROPERTY PROTECTION
OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA, Documentación varia, <http://www.agepi.md>

STATE OFFICE FOR INVENTIONS AND TRADEMARKS (RUMANIA), Documentación varia,
<http://www.osim.ro>

SUÁREZ CORREDOR, Jorge E., “El derecho del obtentor en relación al producto de la cosecha y a los productos fabricados directamente a partir de un producto de cosecha”, documento presentado en el *Seminario sobre el Acta 1991 de la UPOV*, Buenos Aires, 10 y 11 de agosto de 1999.

TAKALO, Tuomas, “The economic theory of intellectual property protection: A central lesson”, en *Ekonomiska Samfundets Tidskrift*, vol. 52, Nº 2, 1999, ps. 104-107.

TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990.

THUROW, Lester, “Needed - a new system of intellectual property rights”, en *Harvard Business Review*, Boston, septiembre-octubre 1997, vol. 75, Nº 5, ps. 94-103.

UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE OBTENCIONES VEGETALES (UPOV), Documentación varia, <http://www.upov.int>

- *UPOV. Sus actividades, su cometido*, Ginebra, publicación de la UPOV Nº 437(S), septiembre de 1998.

- *Essentially derived varieties*, documento preparado por la Oficina de la UPOV, Ginebra, 30 de octubre de 1992.

- *Estadísticas sobre la protección de las obtenciones vegetales para el período 1997-2001*, documento preparado por la Oficina de la Unión, 24 de octubre de 2002, en <http://www.upov.int>.

- *Introducción general revisada a los principios rectores para la ejecución del examen de los caracteres distintivos, la homogeneidad y la estabilidad de las obtenciones vegetales*, inédito, 1979.

- “La noción de variedad esencialmente derivada”, en CASCARDO, M.; GIANNI, C. y PIANA, J. A., *Variedades vegetales en Argentina*, Buenos Aires, edición del autor, octubre de 1998, ps. 133-138.

- “La protección de la totalidad del reino vegetal”, en actas del *Seminario sobre el acta de 1991 del convenio de la UPOV*, organizado por el INASE, en cooperación con UPOV y con el apoyo de ASTA y ARPOV, Buenos Aires, 10 11 de agosto de 1999.

- “The law of plant variety protection and its relations with other legal systems” (lecture), en actas del *Regional Seminar on the protection of plant varieties under the UPOV Convention*, organizado por UPOV, Praga, 3 a 6 de marzo de 1997.

VAN OVERWALLE, Geertrui, “Protecting innovations in plant biotechnology: patents or plant breeders’ rights?”, en *Proceedings of the Sixth forum for Applied Biotechnology, Mededelingen van de Faculteit Landbouwwetenschappen Universiteit Gent*, 1993, vol. 57, ps. 1521-1536.

VARSAKELIS, Nikos C., “The impact of patent protection, economy openness and national culture on R&D investment: a cross-country empirical investigation”, en *Research Policy*, agosto 2001, vol. 30, Nº 7, ps. 1059-1068.

- VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., “La duplicación de semillas ¿es un delito o una infracción”, en L.L., 2001-E, ps. 873-879.
- VILLALBA, Carlos A. y LIPSZYC, Delia, *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- WAGNER, Cynthia K., “Biotechnology in Mexico: placing science in the service of business”, en *Technology in Society*, enero 1998, vol. 20, N° 1, ps. 61-73.
- WARRIER, Gopikrishna S., “An act that sows success”, en *Businessline*, 17 de diciembre de 2001.
- WHIPPLE, Dan, “Seeds of controversy - Altered soybeans self-destruct to protect patent”, en *Futurist*, octubre 1999, vol. 33, N° 8, ps. 10-12.
- WHITMORE, Bill, “La experiencia de un Estado miembro de la UPOV”, en *actas del Seminario sobre la naturaleza y la razón de ser de la protección de las obtenciones vegetales en virtud del convenio de la UPOV*, Ginebra, 1994, ps. 97-106.
- WHITNEY, Peter. D., “Los beneficios de una ley de patentes bien fundadas”, en *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, 1994, vol. 6, ps. 18-23.
- WITTHAUS, Mónica, “Propiedad industrial sobre plantas transgénicas”, en *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, 2001, vol. 9, ps. 131-158.
- WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO), Documentación varia, <http://www.wipo.int>
- ZAMUDIO, Teodora, “La inserción de la materia viva en el derecho de patentes”, en *Derecho Económico*, 1992, año III, N° 23, ps. 441-452.
- “Protección jurídica de la propiedad industrial en el sector agrícola”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-II, ps. 636-641.
 - “Protección jurídica de las creaciones fitogenéticas”, en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, 1994, N° 590, ps. 107-137.
 - *Protección jurídica de las innovaciones*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.
- ZUCCHERINO, Daniel R. y MITELMAN, Carlos O., *Marcas y patentes en el GATT - Régimen legal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- ZUCCHERINO, Daniel R., *El derecho de propiedad del inventor*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995.
- *Patentes de invención. Introducción al estudio de su régimen legal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

Legislación

- AUSTRALIA, Plant Breeder’s Rights Act 1994.
- CANADÁ, Plant Breeder’s Rights Act 1990.
- CANADÁ, Plant Breeders’ Rights Regulations.
- CONFEDERACIÓN HELVÉTICA, Legge federale sulla protezione delle novità vegetali del 20 marzo 1975.
- CONFEDERACIÓN HELVÉTICA, Ordinanza sulla protezione delle varietà dell’ 11 maggio 1977.

ESTADO DE ISRAEL, Plant Breeder's Rights Law 5733-93.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, Plant Variety Protection Act.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ley federal de variedades vegetales.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Reglamento de la ley federal de variedades vegetales.

HUNGRÍA, Law N° XXXIII/1995 on the protection of inventions by patents.

NUEVA ZELANDA, Plant Variety Rights Act 1987, Law number 5 of 1987.

REINO DE BÉLGICA, Law on the Protection of New Plant Varieties of May 20, 1975.

REINO DE DINAMARCA, Act on Plant Variety Protection, Order N° 51 of 5 February, 1996.

REINO DE ESPAÑA, Ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales.

REINO DE ESPAÑA, Ley 11/1986 de Patentes de invención y modelos de utilidad.

REINO DE LOS PAÍSES BAJOS, Act of October 6, 1966, Seeds and Planting Material Act.

REINO DE NORUEGA, Norway regulations concerning to Plant Breeder's Right.

REINO DE SUECIA, Act on the Protection of Plant Breeders' Rights, adopted on May 29, 1997.

REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE, Plant Varieties Act 1997.

REPÚBLICA ARGENTINA, Argentina, Ley N° 24.376 de aprobación del convenio UPOV 1978.

REPÚBLICA ARGENTINA, Decreto N° 2183/91.

REPÚBLICA ARGENTINA, Ley N° 20.247, Ley de semillas y creaciones fitogenéticas.

REPÚBLICA ARGENTINA, Resolución N° 52/2003 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos.

REPÚBLICA ARGENTINA, Resolución del INASE N° 35/96.

REPÚBLICA DE BIELORRUSIA, Plant Variety Patent Law, 1995.

REPÚBLICA DE BOLIVIA, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - R.M. 040 del 2/4/01.

REPÚBLICA DE COREA, Seed Industry Law, 1995.

REPÚBLICA DE ESLOVENIA, Law N° 86/98, Law on plant variety protection.

REPÚBLICA DE ESTONIA, Plant Variety Rights Act, 1998.

REPÚBLICA DE FINLANDIA, The Act on Plant Breeder's Right, N° 789/1992.

REPÚBLICA DE KENIA, The Seeds and Plant Varieties (Plant Breeder's Rights) Regulations, 1994, Official Kenya Gazette, 25 de noviembre de 1994.

REPÚBLICA DE KENIA, The Seeds and Plant Varieties Act, 1972, Official Kenya Gazette, 7 de junio de 2002.

REPÚBLICA DE KIRGUIZISTÁN, Law on the Legal Protection of Selection Achievements, adopted by the Legislative Assembly on May 26, 1998.

REPÚBLICA DE MOLDAVIA, Law on the protection of plant varieties N° 915/1996.

REPÚBLICA DE PANAMÁ, Decreto ejecutivo N° 13 de 19 de marzo de 1999.

REPÚBLICA DE PANAMÁ, Ley 23 de 15 de julio de 1997 (Título V).

REPÚBLICA DE SUDÁFRICA, Regulations relating to plant breeders' rights N° 1186, 12 september 1997.

REPÚBLICA DE TRINIDAD Y TOBAGO, The protection of new plant varieties regulations, 2000.

REPÚBLICA DE TRINIDAD Y TOBAGO, The protection of new plant varieties act, Act N° 7 of 1997.

REPÚBLICA DEL PARAGUAY, Decree N° 7797-00 of March 7, 2000, enacting Regulations under Law N° 385/94 "On Seeds and Protection of Plant Varieties".

REPÚBLICA ESLOVACA, Act N° 132/1989 dated 15 November 1989 on the Protection of Rights of New Varieties and Animal Breeds.

REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001).

REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL, Decreto 2366 de 1997.

REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL, Law N° 9456 of april 28, 1997.

REPÚBLICA ITALIANA, Decreto legislativo 3 noviembre 1998, n.455.

REPÚBLICA POPULAR CHINA, Implementing Rules for the Regulations of the Peoples Republic of China on the Protection of New Varieties of Plants (Agriculture Part).

REPÚBLICA POPULAR CHINA, Regulations of the People's Republic of China on the protection of new varieties of plants, 1999.

REPÚBLICA POPULAR CHINA, Rules for the Regulations of the Peoples Republic of China on Protection of New Varieties of Plants (Forestry Part).

REPÚBLICA PORTUGUESA, Decree-Law N° 213/90.

REPÚBLICA PORTUGUESA, Regulations on the Protection of New Plant Varieties, Ministerial Order N° 940/90.

RUMANIA, Implementing Regulations of the Law on the Protection of the New Plant Varieties N° 255-1998.

RUMANIA, Law on the Protection of the New Plant Varieties.

UNIÓN EUROPEA, Reglamento (CE) N° 1768 de 1995.

UNIÓN EUROPEA, Reglamento 2605 de 1998.

UNIÓN EUROPEA, Reglamento N° 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales.

UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991.

UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978.

UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972.

UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), Ley tipo sobre la protección de las obtenciones vegetales (Ginebra, 1980), Ginebra.

INDICE

Abreviaturas	13
Introducción	15

Primera Parte

El derecho de obtentor (nociones introductorias)

1. Nociones introductorias al derecho de obtentor.....	25
1.1. La actividad fitomejoradora.....	25
1.2. Derecho de obtentor: definición.....	29
1.3. Normativa aplicable.....	31
1.4. Historia.....	33
1.5. Caracteres.....	41
1.5.1. Caracteres del derecho de obtentor.....	42
1.5.1.1. Derecho intelectual.....	44
1.5.1.2. Derecho absoluto.....	45
1.5.1.3. Derecho mixto: patrimonial y extrapatrimonial.....	47
1.5.1.4. Su objeto es una variedad vegetal.....	51
1.5.2. Caracteres del derecho patrimonial del obtentor. 64	
1.5.2.1. Transmisible.....	64
1.5.2.2. Relativo.....	65
1.5.2.3. Temporal.....	66
1.5.2.4. Renunciable.....	68
1.5.2.5. Se adquiere con la registraci3n.....	72
1.6. Elementos del derecho de obtentor.....	73

Segunda Parte

Fundamentos del derecho de obtentor

Secci3n 1: An3lisis dogm3tico.....	77
------------------------------------	----

2. Teleología del régimen vigente.....	77
2.1. Introducción.....	77
2.2. Análisis	80
 Sección 2: Análisis crítico de la teleología del régimen.....	96
3. Fundamentos proporcionados por la analogía con las patentes.....	96
3.1. Argumentos favorables al reconocimiento del régimen de patentes.....	97
3.1.1. Remisión al fundamento del derecho de propiedad.	98
3.1.2. Derecho natural del inventor.....	112
3.1.3. Recompensa o remuneración del inventor.....	124
3.1.4. Teoría pactista.....	130
3.1.5. Fomento de la innovación tecnológica.....	133
3.1.5.1. Introducción.....	133
3.1.5.2. Mercados imperfectos.....	137
3.1.5.2.1. Bienes públicos.....	137
3.1.5.2.2. Externalidades.....	139
3.1.5.2.3. El derecho como promotor del desarrollo tecnológico.....	141
3.1.5.3. El principio de territorialidad: su influencia...158	
3.1.6. Incentivo para la divulgación de conocimientos tecnológicos.....	160
3.1.7. Incentivo para comercializar.....	166
3.1.8. Incentivo para “inventar alrededor”.....	168
3.1.9. Creación de un sistema de información sobre el estado de la técnica.....	168
3.1.10. Fomento de la circulación de tecnología.....	170
3.1.11. Protección de las pequeñas y medianas empresas	173
3.1.12. Protección del comercio internacional.....	175
3.1.13. Presión internacional.....	177
3.2. Argumentos contrarios al reconocimiento del régimen de patentes.....	180
3.2.1. Sobreinversión en investigación y desarrollo.....	180
3.2.2. Costo social del monopolio.....	183
3.2.3. Costos de administración del sistema.....	191
3.2.4. Desincentivo de la innovación.....	193
3.2.5. Implementación de prácticas anticompetitivas.....	194

3.2.6. La invención como parte del patrimonio común de la humanidad.....	196
4. Las patentes y los países en desarrollo.....	198
4.1. Argumentos favorables a su reconocimiento local.....	200
4.2. Argumentos contrarios a su reconocimiento local.....	201
4.2.1. Incremento en los costos de adquisición de tecnología...	201
4.2.2. Debilitamiento de la industria local.....	204
4.2.3. Crítica al efecto-incentivo de la inversión.....	210
4.2.4. Crítica al efecto-incentivo de la transferencia.....	211
4.2.5. Inequidad internacional.....	213
5. Propiedad intelectual sobre plantas.....	214
5.1. Argumentos favorables a su aplicación.....	215
5.1.1. Aplicación de la teoría de Locke.....	215
5.1.2. Producción de alimentos y cambio tecnológico.....	217
5.1.3. Fomento del acceso a variedades desarrolladas en el extranjero.....	231
5.2. Argumentos contrarios a su aplicación.....	232
5.2.1. Privatización ilegítima de bienes comunitarios....	232
5.2.2. Respeto de la diversidad cultural.....	235
5.2.3. Protección de los países proveedores de materia prima y de conocimientos tradicionales.....	237
5.2.4. Acentuación de tendencias oligopólicas.....	239
5.2.5. Erosión genética.....	242
6. Las patentes y el derecho de obtentor.....	243
6.1. Argumentos favorables al reconocimiento del derecho de obtentor.....	244
6.1.1. Adaptación específica a la protección de variedades	244
6.1.2. Potenciación del efecto-incentivo.....	247
6.1.3. Reducción de los costos del monopolio.....	248
6.1.4. Protección de los intereses de los agricultores.....	250
6.1.5. Libre disponibilidad del germoplasma.....	250
6.2. Argumentos favorables al patentamiento de plantas...	251

Tercera Parte:

Contenido del derecho de obtentor

Sección 1: Introducción.....	255
------------------------------	-----

7. Determinación del contenido: metodología y consideraciones generales.....	255
Introducción	255
7.2. Métodos legislativos de determinación del contenido.	257
7.3. Independencia de las facultades.....	264
7.4. Fragilidad de la protección jurídica.....	265
 Sección 2: Determinación positiva del contenido del derecho.	268
8. Las facultades patrimoniales del obtentor.....	268
8.1. Introducción.....	268
8.2. Normas delimitadoras del contenido y normas sancionatorias.....	269
8.3. Normas delimitadoras del contenido del derecho de obtentor.....	276
8.4. Los fundamentos del sistema y la interpretación teleológica.....	283
8.5. Análisis de las normas delimitadoras del contenido del derecho de obtentor.....	286
8.5.1. Artículo 17 de la Constitución Nacional.....	287
8.5.2. Artículo 5 del Convenio UPOV 1978.....	294
8.5.3. Artículo 27.3.b del TRIPS.....	294
8.5.4. Artículo 27 de la LSCF.....	296
8.5.5. Artículo 37 de la LSCF.....	296
8.5.6. Normas que reconocen excepciones al derecho de obtentor.....	302
8.5.6.1. La excepción del agricultor.....	303
8.5.6.2. La excepción del fitomejorador.....	304
8.5.7. Conclusión provisional.....	305
8.6. Facultades integrantes del contenido del derecho de obtentor.....	307
8.6.1. Multiplicación, producción y reproducción.....	307
8.6.1.1. Normas aplicables.....	307
8.6.1.2. Posibilidades de actuación que derivan de esta facultad.....	309
8.6.1.3. Relación con el principio de territorialidad.....	310
8.6.1.4. Relación con el agotamiento del derecho.....	311
8.6.1.5. Relación con las excepciones al derecho de obtentor.....	312

8.6.2. Comercialización.....	313
8.6.2.1. Normas aplicables.....	313
8.6.2.2. Posibilidades de actuación que derivan de esta facultad.....	315
8.6.2.3. Comercialización y puesta a disposición en el mercado.....	317
8.6.2.4. Relación con el agotamiento del derecho.....	319
8.6.2.5. Relación con la excepción del agricultor.....	319
8.6.3. Entrega.....	319
8.6.3.1. Normas aplicables.....	319
8.6.3.2. Posibilidades de actuación que derivan de esta facultad.....	320
8.6.3.3. La entrega a cualquier título y la comercialización.....	338
8.6.3.4. La entrega y el acto jurídico precedente.....	339
8.6.3.5. Relación con el agotamiento del derecho.....	340
Relación con la excepción del agricultor.....	340
8.7. Facultades enumeradas en el decreto 2183/91.....	340
8.7.1. Oferta	341
8.7.2. Importación.....	346
8.7.2.1. Referencia al principio de territorialidad.....	346
8.7.2.2. Posibilidades de actuación derivadas de esta facultad.....	349
8.7.2.3. Relación con el agotamiento del derecho.....	353
8.7.2.4. Importancia del reconocimiento de esta facultad....	353
8.7.3. Exportación.....	354
8.7.3.1. Referencia al principio de territorialidad.....	354
8.7.3.2. Posibilidades de actuación derivadas de esta facultad.....	354
8.7.3.3. Relación con el agotamiento del derecho.....	358
8.7.3.4. Relación con la excepción del agricultor.....	358
8.7.4. Almacenamiento.....	358
8.7.5. Canje	362
8.7.6. Transacción.....	363
8.7.7. Publicidad.....	364
8.7.8. Exhibición de muestras.....	366
8.7.9. Acondicionamiento.....	367
8.8. Referencia al Convenio UPOV 1978.....	369

11.5.3. Derivación esencial.....	595
11.5.3.1. Introducción.....	595
11.5.3.2. Definición de variedad esencialmente derivada.....	599
11.5.3.3. Régimen jurídico.....	601
11.5.3.4. Impacto.....	603
11.6. Referencia al Convenio UPOV 1978.....	607
Conclusión.....	609
Anexo.....	621
Bibliografía citada y consultada.....	627

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Duarte Quirós 511,
en el mes de diciembre de 2007