

# ELEMENTOS PARA LA PROTECCIÓN LEGAL DE LAS VARIEDADES VEGETALES DE LOS AGRICULTORES

---

---

CARLOS M. CORREA

## INTRODUCCIÓN

El Acuerdo sobre los Aspectos Relacionados con el Comercio de los Derechos de Propiedad Intelectual (en adelante, Acuerdo TRIPS) obliga en el artículo 27.3. b) a los países miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) a tutelar las “variedades” vegetales con derechos de propiedad intelectual.

El desarrollo de un régimen *sui generis* —una de las opciones que menciona dicho artículo— debe considerar tanto los rasgos distintivos de cada sistema legal nacional como los instrumentos internacionales relativos al acceso a los recursos genéticos vegetales y a su uso. Dentro de estos instrumentos internacionales no deben soslayarse, en particular, la Convención sobre Diversidad Biológica y el Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos de la FAO, actualmente en revisión.

Dentro del marco provisto por tales instrumentos y por el Acuerdo TRIPS, cada país puede establecer su legislación a fin de asegurar el logro de los propios objetivos nacionales. Es menester que se conciben los derechos de propiedad intelectual (DPI) —incluso los relativos a las variedades vegetales— como herramientas que la sociedad posee para la consecución de

ciertas metas. Ellos no constituyen un fin en sí mismos.

De allí que definir esos *objetivos* resulta un paso fundamental para instituir un régimen de protección legal y evaluar la repercusión que pueden tener las distintas opciones legislativas. Por ejemplo, se pueden definir los objetivos de un posible régimen en términos de:

- Mejoramiento de la capacidad de desarrollar y utilizar recursos genéticos en el marco de una agricultura sustentable;
- Seguridad alimentaria;
- Estímulo de la investigación local;
- Conservación y uso del conocimiento tradicional de los agricultores.

El posible efecto de un nuevo régimen debería ser evaluado en vista de los objetivos fijados y, en especial, ponderarse cómo puede afectar a los agricultores de los sectores formales e informales, a los consumidores, a los fitomejoradores de instituciones públicas y privadas, a las empresas semilleras y a los que llevan a cabo actividades de preservación, como las comunidades de agricultores.

Si bien el Acuerdo TRIPS plantea estándares mínimos para la protección de variedades vegetales, deja un amplio margen de maniobra a los países miembros

de la OMC para legislar en el área, en especial en lo que se refiere a:

- Modalidad de protección;
- Forma de adquisición de los derechos;
- Extensión y alcance de los derechos

a conceder.

Sin dejar de hacer uso del margen de maniobra concedido por el acuerdo, los países miembros deberán asegurar que exista coherencia entre sus respectivas legislaciones, y los principios y disposiciones de los DPI, así como con las normas relativas a la certificación de semillas, a la bioseguridad y a la legislación comercial, según corresponda.

Por último, se debería tener en cuenta que muchos países en desarrollo aún no han adoptado las disposiciones de los DPI sobre variedades vegetales. Dados los costos y la complejidad de poner en práctica un nuevo régimen legal y de monitorear su posible impacto sobre diversos aspectos del desarrollo agrícola, tales países pueden optar por un abordaje gradual. Por ejemplo, se podría llevar a cabo a través de un proceso que permita, paso tras paso, evaluar las consecuencias de cada cambio legal que se introduzca.

En aras de los principios de equidad y eficiencia se ha propuesto establecer distintos regímenes *sui generis* mediante las legislaciones nacionales<sup>1</sup>. El objetivo de este trabajo es analizar posibles elementos que resultan necesarios para instituir una tutela de las variedades vegetales, conforme al Acuerdo TRIPS, y presentar alternativas para que los países en desarrollo establezcan dicha protección. En especial, el trabajo se refiere a posibles enfoques

relativos a la protección de las variedades desarrolladas por agricultores y comunidades indígenas, que en la actualidad quedan fuera del alcance de los DPI.

## I. EXTENSIÓN DE LAS OBLIGACIONES BAJO EL ACUERDO TRIPS

El Acuerdo TRIPS obliga, como se ha dicho, a todos los países miembros de la OMC a proteger las variedades vegetales a través de patentes o por “un sistema eficaz *sui generis*”, o por una combinación de ambos.

Es de notar que el acuerdo no se refiere de manera específica al concepto de “derechos de obtentor”, como los emanados de la Convención que estableció la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV).

La referencia a un régimen *sui generis* puede interpretarse como una alusión a los derechos de “obtentor” según se desarrollaron en el marco de la UPOV y de las leyes de muchos países. Sin embargo, queda abierta la posibilidad de armonizar el sistema de patentes con el régimen de los derechos de obtentor<sup>2</sup>, o de desarrollar otras alternativas.

Aunque las patentes y los derechos de obtentor comparten algunas características, presentan importantes diferencias. Mientras que el régimen de los derechos de obtentor permite proteger una variedad vegetal según lo determina una combinación específica de genes, no permite la tutela de genes particulares, posibilidad

1. Véase, en especial, el estudio de Leskien y Flitner, 1997.

2. En la versión de 1978, la Convención de UPOV prohibía la “doble protección” de variedades vegetales a través de patentes y derechos de obtentor. La enmienda de 1991 eliminó esta prohibición.

que concede la ley de patentes. Además, el régimen de los derechos de obtentor autoriza el uso por terceros de una variedad protegida como fuente para el desarrollo de una nueva variedad distinguible de aquélla (“excepción del obtentor”), así como volver a utilizar las semillas obtenidas por el agricultor (excepción conocida como “privilegio del agricultor”)<sup>3</sup>.

Los países miembros de la OMC pueden instituir otras formas de protección *sui generis* que no correspondan exactamente al modelo del régimen de patentes o al de los derechos de obtentor, siempre que el nuevo régimen resulte “efectivo”. Esto brinda la oportunidad de desarrollar opciones legales que aseguren un equilibrio adecuado entre los intereses públicos y privados en juego y, en particular, de tratar de manera explícita las cuestiones referidas a la preservación y uso sustentable de la biodiversidad vegetal. De ese modo, es posible encarar la creación de derechos en áreas que hasta el momento se hallan excluidas de los regímenes de patentes y de otros semejantes al de la UPOV.

A pesar del espacio considerable que concede el Convenio TRIPS a la institución de un régimen de protección de variedades vegetales y a la fijación del alcance, nivel y forma de protección a otorgar, tal régimen debería contemplar varios estándares mínimos.

En primer lugar, el régimen debería reconocer los principios del trato nacional, sin bien puede conllevar limitaciones, como en el caso de otros DPI<sup>4</sup>.

En segundo lugar, se debería respetar el estándar de la nación más favorecida. Esto significa que cualquier ventaja acordada a los ciudadanos de un país miembro de la OMC debe extenderse en forma automática e incondicional a los de cualquier otro miembro.

En tercer lugar, el régimen debe otorgar una protección “eficaz”. Esta calificación es ambigua ya que el acuerdo no ofrece ningún criterio para juzgar dicha eficacia. Una interpretación razonable sería presumir que tal calificación no sólo se refiere al nivel de protección, sino a la posibilidad de contar con mecanismos legales para hacerla operativa.

En cuarto término, ante la ausencia de excepciones, se debería otorgar protección a las variedades de todos los géneros y especies. Esto contrasta con la solución ofrecida por la UPOV en 1978 y resulta aún más estricta que la revisión de la UPOV de 1991, que dispone períodos de transición para las partes contratantes que se rigen por actas previas y para los nuevos miembros (art. 3º).

Finalmente, merece tenerse en cuenta que el artículo 27.3.b) del acuerdo TRIPS es el único que quedó sujeto a una temprana revisión: cuatro años después de que se pusiera en vigencia el convenio que dio origen a la OMC (es decir, el 1º de enero de 1995). Todavía no se ha iniciado el proceso de revisión debido a las controversias que se han dado entre los países desarrollados y en vía de desarrollo sobre el significado del término “examen” en dicho artículo<sup>5</sup>.

3. La Directiva de la Unión Europea sobre Protección Legal de Invenciones Biotecnológicas (Nº 98/44/EC del 6 de julio de 1998) ha incluido una excepción a los derechos exclusivos del titular de las patentes similar al privilegio del agricultor bajo los derechos del obtentor. Tal excepción también se aplica en cuestiones relativas al ganado (arts. 10 y 11).

4. Ver artículo 3.1 del Convenio del TRIPS.

5. Los países desarrollados han sostenido que el “examen” debería limitarse a la imple-

## II. MARCO REGULATORIO PARA DISPOSICIONES NACIONALES

Según el Preámbulo del Acuerdo TRIPS, su objetivo primordial es “reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo”. Aunque se concede que los derechos de propiedad intelectual son “derechos privados”, se reconocen “los objetivos fundamentales de política general pública de los sistemas nacionales de protección de los derechos de propiedad intelectual, con inclusión de los objetivos en materia de desarrollo y tecnología”.

Más específicamente, los artículos 7º (“Objetivos”) y 8º (“Principios”) ofrecen un marco regulatorio para interpretar y poner en efecto los DPI. Conforme al artículo 7º, la protección de los DPI no solo está destinada a promover la “innovación tecnológica”, sino la “transferencia” y “difusión” de la tecnología, algo sumamente importante para los países en desarrollo. Además, los conceptos vertidos en el artículo 7º implican que el reconocimiento y la observancia de los DPI no son medios en sí mismos y que cada país debería definir –dentro de los límites estatuidos por el acuerdo– un régimen armónico de protección, en mutuo beneficio de productores y usuarios de conocimientos tecnológicos, que lleve al bienestar social y económico.

Por otro lado, el artículo 8.1 estipula que los “miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés

público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en este acuerdo”. Aunque deba aplicarse una “prueba de compatibilidad”, este principio enfatiza que no se puede impedir a ningún país miembro que considere su propio interés público al adoptar legislación referida a DPI.

## III. SISTEMAS NACIONALES DE SUMINISTRO DE SEMILLAS

Se estima<sup>6</sup> que las semillas vendidas comercialmente sólo representan 30% del valor del total utilizado mundialmente, mientras que el 35% representa semilla guardada por los propios agricultores y el 35% restante la producida por instituciones públicas. Estos porcentajes varían de manera significativa en los distintos países en el tiempo, y dependen de las características y de los sistemas nacionales de suministro de semillas y de su evolución (Louwaars y Marrewijk, 1996, p. 75).

La práctica de guardar semilla es muy común en los países en desarrollo. Para los cultivos auto-polinizados y para aquellos destinados básicamente a la subsistencia, la proporción de semilla reservada por el productor puede superar el 80%. Por ejemplo, en Etiopía representa el 95% de semilla consumida. También en los países desarrollados su volumen y valor resultan importantes. En el caso de Estados Unidos, aunque domina la semilla vendida privadamente, del 30 al 50% de semilla

mentación de la normativa. Los países en vía de desarrollo han argumentado, en cambio, a favor de la posible enmienda de dicho artículo. Ver Correa, 1999.

6. Esta sección se basa parcialmente en el estudio realizado por Srivastava y Jaffee, 1993.

para cultivos auto-polinizados—como trigo y soja— proviene de las existencias que guardan los agricultores (Srivastava y Jaffee, 1993, p. 8).

La necesidad de contar con DPI que tutelén variedades vegetales y el impacto que tales derechos tendrán dependerán de la naturaleza y características del sistema nacional de suministro de semillas de cada país en particular. Aún más, los arreglos referidos a dicho suministro dependerán de los cultivos específicos y pueden variar dentro de un país. De ahí que los DPI puedan tener un papel muy diferente según el cultivo que tutelén<sup>7</sup>.

Se pueden agrupar los sistemas de provisión de semillas en tres amplias categorías:

1. Sistema “informal”: en él el agricultor guarda semilla, hace trueque con los vecinos o productores de distintos lugares y compra semillas de acopiadores de granos regionales;

2. Sistema de “transición”: en este sistema los productores se especializan en la producción de semillas para el mercado local;

3. Sistema “comercial”: las compañías privadas y/o públicas, e instituciones semi-públicas, proveen la semilla.

El sistema “informal” se cimienta en el uso y mejora continua de las variedades del agricultor (“variedades campesinas”). Opera con base en la difusión de la mejor semilla con la que cuenta una comunidad y su desplazamiento, aún a grandes distancias, durante migraciones o después de desastres. “En estos sistemas se concede gran valor al material genético que, por

ejemplo, se da como regalo, aunque carece de un valor monetario (porque puede reproducirse). Resulta poco probable que se restrinja la difusión de las variedades por cuestiones relativas a la propiedad” (Louwaars, 1996, p. I-1).

El sistema “comercial” requiere que se ejerza un control estricto en los distintos ciclos de producción de los parámetros genéticos, fisiológicos, físicos y sanitarios. Se destina mucho tiempo y una inversión considerable en busca de variedades “uniformes” que normalmente requieren la siembra de algunas generaciones antes de ser descritas como homogéneas y reclamarlas como tales. Aunque el método de fitomejoramiento convencional constituye una tecnología muy accesible y comprobada, el monto de la inversión y de tiempo que se necesita para el lanzamiento de nuevas variedades genera barreras de entrada y fundamenta la demanda de la tutela legal mediante DPI, o de otros mecanismos que protejan y recompensen tales inversiones.

En general, la difusión de variedades comerciales atraviesa distintas etapas. Se inicia con la obtención de variedades originales o adaptadas mediante el mejoramiento vegetal, concentrándose en los cultivos más importantes y en las regiones más prósperas. En una segunda etapa, se desarrolla y comercializa una gama más amplia de variedades e híbridos. La semilla comercial reemplaza las variedades de los agricultores. Por último, la mayor parte de la semilla o toda ella se desarrolla y comercializa a través de proveedores especializados, la mayoría proveniente del sector privado.

7. La Convención de UPOV 1978 reconoció estas diferencias hasta la revisión de 1991. Bajo las disposiciones de 1978, se permite a los países miembros decidir qué cultivos serían regulados por los DPI. El artículo 4º obliga a proteger por lo menos 24 géneros o especies después de ocho años de vigencia de la Convención en un país miembro (art. 4.3).

Varias condiciones favorecen el desarrollo de un sector comercial de semillas: tales como la presencia de una infraestructura de investigación y sistemas de distribución adecuados. Los ingresos de los mejoradores comerciales se potencian cuando los productores no pueden guardar semilla ni reproducir una variedad debido a las características de las semillas (como en el caso de los híbridos), condiciones locales (por ejemplo, nivel de germinación bajo debido a malas condiciones de almacenamiento de semilla) que no permiten mantener niveles de calidad mínimos (Louwaars, 1996, p. I-1), o a la aplicación efectiva de DPI.

En algunos países desarrollados (por ejemplo en Estados Unidos), el suministro de semillas depende en gran parte del sector privado, a pesar de que existe una activa participación de las instituciones públicas en el desarrollo de variedades vegetales. En otros países (por ejemplo, en Argentina), las instituciones públicas juegan un papel protagónico en el mejoramiento de nuevas variedades, por lo menos en ciertos cultivos.

No obstante, en muchos países la producción y distribución de semillas comerciales a través del sistema formal sólo desempeña un papel secundario: el sistema informal es el dominante.

En las naciones en desarrollo, el sistema informal es el canal más importante de difusión de variedades mejoradas. Más del 80% de la siembra de los cultivos en tales países se realiza con semillas provenientes del sistema informal. Por ejemplo, en Etiopía sólo el 2% de la semilla que utiliza el agricultor es abastecido por la

industria semillera; en su conjunto, la semilla comercial representa el 5% del total de la semilla en uso. En los países en desarrollo no se espera que los sistemas comerciales recién establecidos provean más del 15% del total de la demanda de los cultivos (Srivastava y Jaffee, 1993, pp. 7 y 8).

#### IV. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN DIFERENTES SISTEMAS DE SUMINISTRO DE SEMILLA

El impacto de los DPI referidos a las variedades vegetales varía según las características del sistema nacional de provisión de semillas. También puede ser diferente dentro del mismo país, según los distintos cultivos de que se trate.

Como fue mencionado, el fundamento de una protección de los DPI radica en la necesidad de recompensar la inversión para alentar el desarrollo de variedades nuevas, distintas, estables y uniformes. Mediante esa protección se intenta estimular el fitomejoramiento comercial, el que hipotéticamente no se daría (al menos en la misma escala) en ausencia de derechos<sup>8</sup> que permitan controlar el uso comercial de la variedad. La protección de la propiedad intelectual es más importante en el caso de semillas de cultivos que se propagan vegetativamente y de plantas autógamas, ya que una vez que la variedad está disponible puede reproducirse sin la intervención del fitomejorador original.

La introducción de DPI para variedades vegetales apuntala el sistema

8. La aplicación de tecnologías que impidan la re-siembra de semilla, puede sustituir estos derechos, al menos en ciertos cultivos. Ver Jefferson *et al.*, 1999.

“comercial” de abastecimiento de semilla. Si esto constituye o no un objetivo deseable del país es una cuestión que deberá decidirse en el marco de las políticas agrarias nacionales. Por caso, si una nación aspira a pasar de un sistema predominantemente “informal” o “de transición” a uno de abastecimiento “comercial” la introducción de los DPI (bajo la forma de derechos de obtentor) puede ser un instrumento para promoverlo<sup>9</sup>. Si las políticas intentan conservar un sistema informal de abastecimiento de semillas, la introducción de un régimen de propiedad intelectual puede resultar, en contraste, neutra o disfuncional, ya que promueve que la agricultura tradicional se vuelva comercial.

Desde la perspectiva del desarrollo de un sistema de abastecimiento de semilla “comercial”, estos derechos pueden presentar ciertas ventajas, así como desventajas respecto de otros posibles mecanismos. Se han identificado las siguientes ventajas de los DPI sobre variedades vegetales (Wolson, 1997):

- Estimulan la inversión privada en mejoramiento vegetal;
- Permiten que los agricultores se beneficien al contar con un acceso más amplio a las nuevas variedades que se liberan internacionalmente;
- Generan fondos para instituciones de investigación pública;
- Le permiten a los agricultores y consumidores obtener ganancias a través de rendimientos más altos y mejores cosechas provenientes de las nuevas variedades<sup>10</sup>.

No se debe inferir de lo anterior, y de la clasificación de sistemas de abastecimiento de semillas, que los sistemas “informales” y “comerciales” se excluyan mutuamente. Aunque existen casos de absoluta predominancia de uno de ellos, sin embargo, en muchos países ambos coexisten con un peso relativo distinto.

La introducción de un instrumento que promueva el desarrollo de un sistema “comercial” no tendrá, por sí, impacto directo en el “informal”. Por ejemplo, un estudio realizado en los sistemas de semilla en Africa sub-sahariana, ha demostrado que “en realidad son muy raros los casos de variedades modernas obtenidas mediante la investigación formal realizada en centros de investigación que hayan pasado luego al sector informal para su ulterior multiplicación y venta” (Venkatesan, 1994, p. 2).

Sin embargo, los DPI pueden tener importantes efectos indirectos sobre los sistemas “informales”, en especial en la medida que las variedades homogéneas modernas reemplacen a las de los agricultores. Así como la adopción por parte de los agricultores de variedades “modernas” puede tener efectos positivos en sus ingresos, es posible que erosione la diversidad vegetal (Louwaars y Marrewijk, 1996, p. 99). Por su propia naturaleza, el mejoramiento vegetal comercial se concentra en un número limitado de variedades, principalmente en aquellas que prometen un importante retorno a la inversión. De todos modos, la contribución de las semillas producidas comer-

9. Sin duda, se debe considerar la aplicación de otros instrumentos que ya han sido utilizados en el pasado, como los sistemas de certificación, premios a las variedades valiosas, exenciones a las ventas de semilla, etc. (Louwaars, 1996, p. 3).

10. Ver, sin embargo, las conclusiones sobre el limitado impacto de los derechos de obtentor en el caso del trigo en Estados Unidos, en Alston y Venner, 1999.

cialmente variará según las condiciones agronómicas que existan para su utilización (Louwaars, 1996, pp. I-1, I-2).

En este contexto, la cuestión de cuándo y cómo introducir la protección de los DPI se vuelve un asunto propio de las políticas agrícolas. Si el desarrollo de un sistema “comercial” de semillas se considera un objetivo deseable, los efectos que tal desarrollo puede tener sobre el sistema “informal” deberían evaluarse con cuidado. Este último sistema también puede ser un canal de difusión de semillas comerciales, “ya que en la mayoría de los países la difusión informal de semillas de agricultor a agricultor es la fuente de obtención de semilla que más se utiliza. Es necesario entonces que los gobiernos reconozcan que el sector informal provee una fuente muy importante de semilla de calidad y de bajo costo, y que se la debería utilizar como vehículo para abastecer a los agricultores de escasos recursos con semillas mejoradas de variedades modernas a precios razonables” (Venkatesan, 1994, p. 2).

En síntesis, no es posible generalizar sobre el probable impacto que tendría la introducción de una protección de los DPI para semillas “comerciales” en los distintos sistemas de suministro de semillas. Sin embargo, resulta claro que los DPI responden a la lógica y a demandas del modo de suministro “formal” de semillas que hoy predomina en los países desarrollados, que todavía es de importancia menor (o inexistente) en muchos países en vía de desarrollo.

## V. DERECHOS DE OBTENTOR VS. RÉGIMEN DE PATENTES

La discusión previa se ha fundado en la posible protección de las variedades vegetales mediante un régimen de protección de los derechos de obtentor. Los beneficiarios principales de tal régimen serían los fitomejoradores comerciales que emplean técnicas de mejoramiento convencionales, y –posiblemente– los agricultores que desarrollan y venden sus propias variedades.

Sin embargo, si se reconocieran patentes para la protección de variedades u otras partes de la planta, los beneficiarios principales serían las compañías y otras instituciones que dominan las técnicas de la ingeniería genética y no los fitomejoradores convencionales<sup>11</sup>.

En la actualidad, la capacidad de desarrollar y comercializar variedades nuevas a partir de la ingeniería genética se concentra ante todo en un puñado de países y compañías (Pistorius y van Wijk, 1999, p. 118). A pesar de la promesa que la biotecnología implica para las empresas de los países en desarrollo, los logros reales de esos países en el ámbito de la biotecnología agrícola todavía resultan modestos<sup>12</sup>. No obstante, algunos de esos países (como Argentina) han desarrollado una buena capacidad de fitomejoramiento que les permite proveer variedades de buena adaptación y alta calidad en las que se insertan los genes de compañías extranjeras.

Como en el caso de los PBRS, se puede considerar a las patentes como instrumentos que promueven innovaciones en

11. En muchos casos, como resultado de las absorciones y fusiones de empresas, las mismas firmas llevan a cabo las actividades de mejoramiento y de aplicación de biotecnología.

12. Para el caso de América Latina, cfr. Correa *et al.*, 1996.

el campo de la biotecnología. A pesar de ello, resulta claro que esto se hará realidad sólo en aquellos países que cuentan con recursos necesarios para emprender investigaciones de base biotecnológica complejas y costosas.

Las patentes se podrían adaptar –parcialmente– para aplicarlas a variedades vegetales, incorporándoles algunas características de los PBRs (p. ej., el privilegio del agricultor). Sin embargo, para la gran mayoría de los países en desarrollo será lo más razonable acogerse, probablemente, al régimen del artículo 27.3.b) y excluir las variedades vegetales de la protección de las patentes.

## VI. ELEMENTOS DE UN RÉGIMEN “SUI GENERIS”

Si se pensara establecer un régimen *sui generis*, se deberían identificar claramente los objetivos a lograr. También sería importante elucidar los principios que fundamenten el régimen. Ello proporcionaría un marco para la interpretación y aplicación del régimen. Entre otros aspectos, tales principios deberían sustentar:

- Que la preservación, el desarrollo y el uso de las variedades vegetales son esenciales para el desarrollo del sector agrícola, el mejoramiento de las condiciones de vida y la seguridad alimentaria;
- Que los recursos genéticos vegetales se encuentran bajo la soberanía de los Estados;

- Que no se debe restringir el uso de los recursos genéticos para el desarrollo de nuevas variedades vegetales, incluso a partir de las variedades protegidas;
- El reconocimiento de los derechos, valores y culturas de las comunidades locales e indígenas.

Un régimen *sui generis* puede contribuir a que se hagan efectivos en parte los “derechos de los agricultores”. Este concepto –mencionado por primera vez en la Convención Internacional sobre Recursos Genéticos Vegetales de la FAO– apunta a compensar a los agricultores tradicionales por su contribución ancestral al desarrollo de nuevas variedades vegetales. El alcance de tales derechos está en discusión en el seno de la FAO, donde se los ha considerado compatibles con el sistema de la UPOV<sup>13</sup>. El “Grupo de Contacto” del Presidente de la Octava Sesión Ordinaria de la Comisión sobre Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura acordó, en abril de 1999, el texto para una cláusula referida a los “derechos de los agricultores”. Establece que es responsabilidad de los gobiernos nacionales hacer efectivos esos derechos y que su reconocimiento no limite “los derechos que tengan los agricultores a conservar, utilizar, intercambiar y vender material de siembra/propagación conservado en las fincas, con arreglo a la legislación nacional y según proceda”.

Un componente de los derechos de los agricultores bajo un régimen *sui generis* pueden ser normas para evitar la *apropiación indebida* de las variedades campesinas. Ello no implicaría instituir un

13. Ver Greengrass (1996).

derecho exclusivo u otra forma de monopolio que contradiga las prácticas y valores de los agricultores tradicionales, sino establecer la facultad legal de evitar la multiplicación y comercialización de materiales de propagación obtenidos indebidamente (por ejemplo, cuando se adquieran violando la legislación relativa al acceso a los recursos genéticos), o de requerir una remuneración de quien realice tales actos. En cualquier caso, el concepto de derechos del agricultor es más amplio, de naturaleza distinta a los DPI, y su aplicación plena exigiría contar con otros instrumentos a nivel nacional<sup>14</sup>.

Un régimen *sui generis* debería definir con precisión la materia bajo protección. Según se mencionó, el Acuerdo TRIPS demanda la protección de las “variedades vegetales”, pero no las define. De allí que las legislaciones nacionales cuenten con un amplio margen para definir qué es lo que se considera una “variedad” vegetal a los efectos del régimen legal.

Se han dado largas discusiones sobre el concepto de “variedad vegetal”, en particular en el marco de la UPOV. La noción científica no coincide necesariamente con el concepto legal. La ley puede exigir ciertas características a una variedad *protegida*, que pueden no ser esenciales para una definición científica.

Una alternativa consiste en distinguir entre las agrupaciones de vegetales sin depender por fuerza de los criterios de uniformidad y estabilidad. Este enfoque

permitiría proteger las variedades campesinas, las que, en general no permanecen uniformes en el tiempo, sino que se caracterizan esencialmente por su variabilidad. Precisamente esta variabilidad es la que confiere gran valor a las variedades campesinas como fuente de germoplasma de uso agronómico. Ello no impediría, por cierto, aplicar los requisitos de uniformidad y estabilidad en forma específica a ciertas categorías de variedades vegetales, para obtener un conjunto de derechos diferentes (y más estrictos).

De allí que un régimen *sui generis* pueda constituir un sistema de protección *dual*<sup>15</sup>, que incluya tanto variedades “modernas” (uniformes y estables) como también las de los agricultores. Bajo una legislación tipo UPOV<sup>16</sup> se deben incluir los requisitos de novedad, distinguibilidad, uniformidad y estabilidad. En los otros casos (“variedades campesinas”), los requisitos pueden ser menos estrictos y limitarse, por caso, a que haya una caracterización adecuada y distinguibilidad.

La inclusión de las variedades campesinas como materia susceptible de protección implicaría apartarse radicalmente de los regímenes de DPI existentes. Una de las dificultades más serias para proteger esas variedades, es su naturaleza esencialmente variable. La definición de la materia y, en consecuencia, la aplicación efectiva de los derechos se hace más difícil y compleja en este caso que cuando hay uniformidad y estabilidad.

14. Ver la Sección V del anteproyecto de la Legislación Modelo Africana para el Reconocimiento y Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas, de los Agricultores y Fitomejoradores, y para la Regulación del Acceso a los Recursos Biológicos (OAU, mayo de 1999).

15. Por ejemplo, en Suiza se ha instituido un registro para grupos de cereales que no cumplen con los requisitos comunes de homogeneidad.

16. UPOV 1978 le ofrece un modelo de legislación más flexible y adaptable a los países en desarrollo que los de la UPOV 1991.

De todos modos, no es necesario definir en todos los casos la materia de protección bajo la ley de los DPI. De allí que se pueda proteger información confidencial de tipo comercial o industrial sin tener que describirla ni registrarla. Dirimir si ha habido o no violación es una cuestión que debe someterse a prueba en cada caso individual.

Conviene aclarar que bajo el esquema sugerido se otorgaría la protección a una variedad que posea ciertas características; por consiguiente ella no se debería extender a rasgos ni a la información genética específicas, ni a los materiales cosechados a partir del uso de aquélla. En algunas jurisdicciones se aceptan patentes atendiendo a las características o con base en especificaciones funcionales (p. ej., plantas con alto contenido de x, o resistentes de y). Un régimen *sui generis* debería excluir tal posibilidad a efecto de no limitar el acceso al germoplasma como fuente de nuevos desarrollos varietales.

En el caso de las variedades campesinas, la creación de una variedad generalmente implica un esfuerzo colectivo. Por ello, se deberían otorgar derechos a los grupos/comunidades que hayan desarrollado y usado la variedad. Por supuesto, la naturaleza colectiva de tales derechos y la difusión de las variedades de los agricultores en las diversas regiones y comunidades pueden generar controversias sobre la titularidad de los respectivos derechos. No obstante, esta situación no difiere en esencia de los casos en que dos o más personas o firmas reclaman haber desarrollado una determinada tecnología o una información específica.

Un aspecto decisivo de un régimen *sui generis* relativo a las variedades vegetales sería el alcance de los derechos otorgados.

En la mayoría de los casos, los DPI confieren derechos *exclusivos*; por ejemplo, la facultad de evitar que terceros hagan uso de la materia protegida. Sin embargo, algunas modalidades de los DPI no conllevan exclusividad, sino que implican otros tipos de derechos. Incluso el Acuerdo TRIPS no exige otorgar derechos exclusivos en algunos casos, como en lo referente a la información no divulgada.

En el caso de las variedades de los agricultores, la legislación nacional podría reconocer un “derecho a remuneración”; es decir, gozar del derecho a recibir una compensación en todos los casos en que se use una variedad protegida para su reproducción comercial. En la práctica, esta cláusula llevaría a constituir un sistema abierto de concesión de licencias bajo el cual cualquier interesado podría utilizar la variedad protegida para su siembra o multiplicación, contra el pago de una regalía.

Por último, las leyes de patentes y de derechos de obtentor podrían obligar al solicitante a revelar la fuente utilizada en la creación de una nueva variedad, si corresponde, para comprobar que ha cumplido con los requisitos legales referidos al acceso y que compartirá con el titular el goce de dichos beneficios. Este tipo de requisito sería completamente compatible con los estándares del Acuerdo TRIPS.

## CONCLUSIONES

Instituir un régimen *sui generis* resulta una alternativa viable para proteger tanto las variedades comerciales como las de los agricultores, en el marco del artículo 27.3.b) del Acuerdo TRIPS.

Para desarrollar tal régimen, debería prestarse atención a las características del sistema existente de suministro de semillas a nivel nacional, y a los objetivos de las políticas en materia de producción y distribución de semillas. Una ley que proteja las variedades vegetales puede seguir algunos de los modelos de protección en vigencia en cuanto a las variedades comerciales, e introducir disposiciones específicas para las variedades de los agricultores.

Si se lo diseña en forma adecuada, un enfoque "dual" podría permitir cumplir con los requisitos exigidos por el Acuerdo TRIPS, a la vez que introduciría elementos de protección (no monopólica) para las variedades que se guardan y desarrollan en las explotaciones rurales. Sin duda, el ejercicio de esta opción exigirá mantener la flexibilidad de la que actualmente se goza conforme al artículo 27.3.b) del Acuerdo TRIPS para establecer regímenes *sui generis* en la legislación nacional.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Alston, Julian y Raymond Venner. *The Effects of the U.S. Plant Variety Protection Act on Wheat Genetic Improvement (Draft)*, 1999.
- Correa, Carlos. "Review of the TRIPS Agreement. Fostering the Transfer of Technology to Developing Countries", en *The Journal of World Intellectual Property*, Vol. 2, N° 6, November 1999.
- Correa, Carlos; A. Díaz, M. Burachik, C. Jeppesen, L. Gil, F. Moreno Posada, B. Sorj y J. Sutz. *Biotechnología: innovación y producción en América Latina*, Colección CEA-Uba, Buenos Aires, 1996.
- Greengrass, Barry. "UPOV and Farmers' Rights", en M. S. Swaminathan Research Foundation. *Agrobiodiversity and Farmers' Rights*, Madras, 1996.
- Jefferson, Richard; Don Byth, Carlos Correa, Gerardo Otero y Cal Qualset. *Genetic Use Restriction Technologies: Technical Assessment of the Set of New Technologies which Sterilize or Reduce the Agronomic Value of Second Generation Seed, as Exemplified by U.S. Patent 5,723,765, and WO 94/03619*, CBD Assessment of Genetic Use Restriction Technologies, Expert Paper, 1999.
- Leskien, Dan y Michael Flitner. "Intellectual Property Rights and Plant Genetic Resources: Options for a Sui Generis System", en *Issues in Genetic Resources*, N° 6, IPGRI, Roma, 1997.
- Louwaars, Niels P. *Expansion of Intellectual Property Rights Systems in Plants: Issues Related with Plant Genetic Resources*, CPRO-DLO, Wageningen, Holanda, 1996.
- Louwaars, N. P. y G. A. Marrewijk. *Seed Supply Systems in Developing Countries*, Technical Centre for Agricultural and Rural Cooperation, Wageningen Agricultural University, Holanda, 1996.
- Pistorius, Robin y Jeroen Van Wijk. *The Exploitation of Plant Genetic Information. Political Strategies in Crop Development*, Amsterdam, 1999.
- Srivasta, Jitendra y Steven Jaffee. "Best

Practices for Moving Seed Technology. New Approaches to Doing Business”, World Bank Technical Paper N° 213, Washington, D. C., 1993.

Venkatesan, V. “Seed Systems in Sub-Saharan Africa. Issues and Options”, en

*The World Bank Discussion Papers*, Africa Technical Department Series, N° 266, Washington, D. C., 1994.

Wolson, Rosemary. *Intellectual Property Rights in Agriculture*, mimeo, Cape Town, 1997.

