

Derechos de Propiedad Intelectual y Obtención de Nuevas Variedades Vegetales en El Salvador

Una Propuesta de Ley Consensuada



Anne Germain Lefèvre
Sergio Aguiñada

CRÉDITOS

Los contenidos y conceptos no representan la opinión de la institución citada

Editores:

Fundación Nacional para el Desarrollo, FUNDE

Primera Edición:

Diciembre 2006

Diseño y diagramación:

Impresos Múltiples

FUNDE

Apartado Postal 1774,
San Salvador, El Salvador

ISBN 99923-883-0-7

Copyright© 2006. Fundación para el Desarrollo (FUNDE), todos los derechos reservados.

Cita recomendada:

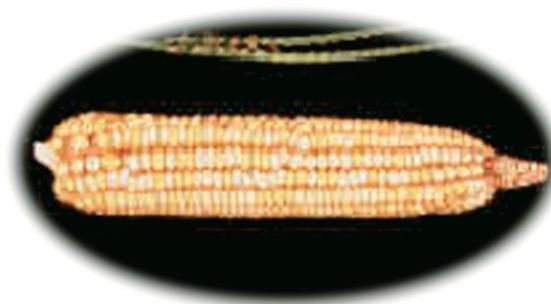
Germain Lefèvre A. y Aguiñada S. (2006)
Derechos de Propiedad Intelectual y Obtención de Nuevas Variedades
Vegetales en El Salvador. Una Propuesta de Ley Consensuada.
San Salvador, El Salvador: FUNDE.

Se autoriza la reproducción parcial de la publicación citando la fuente.
San Salvador, 2006

Fotos de portada y portadilla: Dr. Daniel Ramón, CSIC, Costa Rica, 2004.

Derechos de Propiedad Intelectual y la Obtención de Nuevas Variedades Vegetales en El Salvador.

Una Propuesta de Ley Consensuada.



Agradecemos a PNUD/Capacidad 2015 cuyo apoyo hizo posible esta publicación

San Salvador, diciembre 2006

Proyecto SLV 00038976

**"Participación e Incidencia
ciudadana en las Políticas públicas de
Comercio y Medio Ambiente"**

ÍNDICE

Siglas utilizadas	4
Presentación	5
Logros del proyecto y lecciones aprendidas.....	8
Anteproyecto de ley de fomento y protección a la obtención de nuevas variedades vegetales.....	19
Investigación: "Integrando el CAFTA con el desarrollo sostenible: posibilidades y opciones para establecer sinergias entre la UPOV y las obligaciones contenidas en tratados ambientales multilaterales." <i>Por Jorge Cabrera Medaglia</i>	52
1. Introducción	53
2. Descripción y análisis de los principales aspectos jurídicos del sistema de UPOV 1991 y de la aplicación del sistema de patentes a las plantas y variedades vegetales	54
3. Análisis de las disposiciones pertinentes del capítulo 15 (propiedad intelectual) del CAFTA y de las obligaciones dimanantes de la OMC.....	65
4. Análisis de algunos impactos identificados en la implementación de leyes de variedades vegetales.....	78
5. Ejemplos de sistemas "sui generis" de protección distintos a la UPOV	80
6. Experiencia en la implementación de legislación de DOV o en su discusión en algunos países de la región.....	84
7. Otros acuerdos internacionales ambientales aplicables para establecer un sistema de DOV	91
8. Conclusiones y recomendaciones	101
9. Bibliografía consultada	118
10. Anexos:	
Anexo 1: Posición de algunos países o bloques ante la solicitud de incorporar en el Acuerdo ADPIC la revelación del origen y la prueba del consentimiento informado previo, de la distribución de beneficios y de la legalidad del acceso.....	113
Anexo 2: Posición del Consejo de la UPOV sobre el acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios en materia de DOV (Adoptado por el Consejo de la UPOV en su sesión No 37 del 23 de octubre del 2003)	114
Anexo 3: Elementos básicos de una legislación en materia de obtenciones vegetales.....	115
Anexo 4: La protección de las obtenciones vegetales en el sistema de los Estados Unidos.	116

SIGLAS UTILIZADAS

ABS	Access to Genetic Resources and Benefit Sharing
ADPIC	Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio
ANAR	Asociación de Arroceros de Nicaragua
CDB	Convenio sobre la Diversidad Biológica
DHE (o DUS por sus siglas en inglés)	Distinción, homogeneidad y estabilidad
DOV	Derechos de obtención vegetal
DPI	Derechos de Propiedad Intelectual
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura
GAPMA	Grupo de Países Megadiversos Afines
GRULAC	Grupo Latinoamericano y del Caribe
IGC	Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (de la OMPI)
INTA	Instituto Nicaragüense de Tecnología Agropecuaria
OMC	Organización Mundial para el Comercio
OMPI	Organización Mundial para la Propiedad Industrial
PCT (por sus siglas en inglés)	Tratado de Cooperación de Patentes
RPI	Registro de la Propiedad Intelectual (Nicaragua)
TI-FAO	Tratado Internacional de la FAO sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura
UPOV	Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales
USPTO (por sus siglas en inglés)	Oficina Norteamericana de Patentes y Marcas

PRESENTACIÓN

Entre los desafíos que plantea la perspectiva de una expansión comercial por medio de los tratados de libre comercio, está el de lograr minimizar las amenazas y potenciar las oportunidades que pueden surgir de estos tratados en los ámbitos del comercio y medio ambiente. En lo particular, los países centroamericanos que han ratificado el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos (CAFTA-DR, por sus siglas en inglés), deben asegurar que las obligaciones impuestas por este tratado en el campo de la propiedad intelectual no frustren sus intentos legítimos de adaptar su legislación en esta materia a sus condiciones de desarrollo; y tampoco sus esfuerzos para proteger el medio ambiente (biodiversidad) a través del diseño y aplicación de normativas ambientales.

En este contexto surgió el proyecto "**Participación e Incidencia ciudadana en las Políticas públicas de Comercio y Medio Ambiente**", ejecutado por la Fundación Nacional para el Desarrollo (FUNDE) con el auspicio del PNUD/Capacidad 2015 en el periodo 2004-2006. El proyecto se ha concentrado en el tema de **los derechos de propiedad intelectual (DPI) vinculados a la obtención de nuevas variedades de plantas y procedimientos que son producto del trabajo de fitomejoramiento, en el marco del CAFTA**. Los DPI relacionados con las nuevas variedades vegetales (NVV) son las patentes y derechos (o certificados) del obtentor.

Este tema es de mucha importancia para El Salvador, dada su estrecha relación con el desarrollo de la agricultura, la seguridad alimentaria y la diversidad biológica. Por un lado, si bien la protección a las nuevas obtenciones de plantas busca salvaguardar los intereses de los obtentores, también constituye un incentivo para el desarrollo de actividades importantes como la agricultura, horticultura y silvicultura. Las NVV permiten a estos sectores realizar progresos en el comportamiento en términos de rendimiento, calidad, adaptación a suelos y clima, así como resistencia a plagas y enfermedades. Por lo tanto, las NVV permiten reducir costos y facilitan la producción de alimentos y materias primas útiles para diversos tipos de industrias como la agroalimentaria, la farmacéutica, la textil, entre otras. Por otro lado, el desarrollo de NVV implica a menudo utilizar germoplasma (recursos fitogenéticos) de una variedad silvestre o nativa, lo que implica que el acceso al germoplasma es básico en el proceso de mejoramiento de vegetales.

En materia de propiedad intelectual vinculada a las nuevas variedades vegetales, el CAFTA-DR motiva a las partes que ya disponen de una protección efectiva a las plantas mediante patentes (entre ellas, El Salvador), a realizar todos los esfuerzos razonables para adoptar la normativa internacional promovida por la Unión para la Protección de las Nuevas Variedades de Plantas (UPOV, acta 1991). La UPOV proporciona **un marco general** para la protección de nuevas variedades vegetales, dando la oportunidad a los Estados Miembros de **adecuar su legislación** interna en la materia a sus circunstancias nacionales; y ello, con el fin de beneficiar el desarrollo agrícola y la seguridad alimentaria tomando en cuenta el papel de la agricultura en la generación de divisas, exportaciones y empleo.

Ahora bien, existe una importante relación temática o puntos de encuentros entre la normativa internacional UPOV y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) con los temas de la conservación y acceso a recursos genéticos, el conocimiento asociado y la repartición de los beneficios derivados del uso de dichos recursos; también existe una relación entre la normativa UPOV y el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos de la FAO (TI-FAO) en lo relacionado a los derechos del agricultor y, en particular, con el derecho a guardar, utilizar, intercambiar y vender material de siembra o propagación conservado en fincas. El Salvador ha ratificado estos dos convenios internacionales.

El proyecto apuntó a que El Salvador aprovechara la oportunidad que da el CAFTA, para desarrollar una normativa especial sobre DPI vinculados a la obtención de NVV, que:

- ✓ sea adecuada a su realidad y intereses nacionales;
- ✓ sea coherente con las exigencias de la UPOV (Acta 1991), el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos de la FAO (en lo relacionado a acceso a recursos genéticos, distribución de beneficios y derechos del agricultor); y
- ✓ que contribuya a fomentar el fitomejoramiento nacional, desde una perspectiva de desarrollo y con la mirada puesta a futuro sobre las posibilidades de auto-explotación de sus propios recursos biológicos.

El proyecto ha desarrollado un conjunto de acciones básicas articuladas a dos procesos o estrategias: el **proceso de investigación** culminó con el análisis de la información relacionada con el tema de los DPI vinculados a la obtención de NVV y la identificación de contenidos para una normativa especial en la materia. **El proceso de formación-incidencia** apuntó, por un lado, a fortalecer las capacidades informativas de los actores vinculados al tema (funcionarios de entidades públicas, representantes de la empresa privada, organizaciones de la sociedad civil, fundaciones y universidades); y, por otro lado, a buscar y generar consensos entre estos actores acerca de los contenidos de la normativa.

Este libro presenta la experiencia y los principales logros del proyecto -entre los cuales se destaca el **Anteproyecto de Ley de Fomento y Protección a la obtención de Nuevas Variedades Vegetales**- así como las lecciones aprendidas del mismo. También, incluye una investigación que examina las posibilidades y opciones para establecer sinergias entre la UPOV (Acta 1991) y las obligaciones contenidas en el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos de la FAO.

El proyecto "**Participación e Incidencia ciudadana en las Políticas públicas de Comercio y Medio Ambiente**" es un ejemplo de una colaboración exitosa entre la Fundación Nacional para el Desarrollo, el PNUD/El Salvador, las instancias gubernamentales, las universidades, la empresa privada y organizaciones de la sociedad civil. Esperamos que la experiencia presentada en este

documento sirva como ejemplo y guía para el desarrollo de nuevos proyectos orientados a mejorar el marco normativo en el ámbito del que se trate, desde una perspectiva de desarrollo sostenible e interés público, y sobre la base del más amplio consenso posible.

Finalmente, queremos expresar nuestro agradecimiento a Jorge Cabrera Medaglia y Rafael Vega López por su apoyo en las labores de investigación, y a Carolina Dreikorn del PNUD/EL Salvador por sus orientaciones oportunas. También agradecemos al PNUD/Capacidad 2015 por darnos la posibilidad de llevar a cabo este proyecto.

Anne Germain Lefèvre
Coordinadora del Proyecto
Fundación Nacional para el Desarrollo (FUNDE)

LOGROS DEL PROYECTO Y LECCIONES APRENDIDAS

Contar con un *Anteproyecto de Ley de Fomento y Protección a la Obtención de Nuevas Variedades Vegetales* no ha sido una tarea sencilla. Es el resultado de un proceso de más de 2 años, iniciando en agosto del 2004 y terminando en noviembre del 2006. En el proceso han participado activamente la Fundación Nacional para el Desarrollo (FUNDE), siendo ésta la ejecutora del proyecto; el PNUD/El Salvador (a través del Programa Medio Ambiente y Desarrollo) que ha proporcionado el asesoramiento y apoyo logístico necesarios para el buen desarrollo del proceso; y un conjunto de instancias públicas relacionadas con el tema de los derechos de propiedad intelectual vinculados a la obtención de nuevas variedades vegetales (DPI-NVV). Estas instancias han desempeñado un papel protagónico en la consecución del anteproyecto de ley.

El proceso inició con la elaboración de dos investigaciones. La primera, realizada por el consultor costarricense Jorge A. Cabrera Medaglia, proporciona un análisis del contexto jurídico institucional (nacional e internacional) relacionado con el tema de los DPI-NVV; y una propuesta preliminar de contenidos para una normativa en la materia, que sea adecuada a la realidad de El Salvador y que, a la vez, le permita cumplir con los compromisos adquiridos con la ratificación del Convenio sobre Diversidad Biológica y el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO (en adelante CDB y TI-FAO, respectivamente). La segunda investigación a cargo del salvadoreño José Rafael Vega López culminó con un diagnóstico de las capacidades de fitomejoramiento existentes en El Salvador².

Lecciones aprendidas

La investigación logró determinar que una legislación especial sobre PI para la obtención de nuevas obtenciones vegetales -capaz de integrar las obligaciones derivadas del Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante Acuerdo sobre los ADPIC), CAFTA-DR, CDB y TI-FAO, y (en adelante UPOV91)- era la mejor opción para El Salvador.

La investigación permitió incorporar en una legislación de propiedad intelectual, figuras complementarias a un sistema de acceso a recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado, la distribución equitativa de beneficios derivados del uso de los recursos genéticos y los derechos del agricultor.

También, la investigación ha permitido generar la información necesaria para desarrollar las actividades de formación y de incidencia en las mejores condiciones posibles.

¹ Jorge A. Cabrera Medaglia es abogado del Instituto Nacional de Biodiversidad (INBIO) y profesor de derecho ambiental de la Universidad de Costa Rica.

² José Rafael Vega López es biólogo, con una especialización en biotecnología vegetal. Documento de trabajo: "Capacidades de fitomejoramiento y de otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre nuevas variedades vegetales en El Salvador" (no publicado), noviembre 2006, FUNDE.

La complejidad y el carácter multidisciplinar de la temática, así como la necesidad de construir una agenda común acerca de los temas a incluir en la normativa, han sido factores determinantes en la decisión de:

a) realizar una serie de talleres de formación dirigidos a representantes de instituciones (públicas y privadas) relacionados con el tema.

b) constituir un comité asesor del proyecto integrado por representantes de las instancias públicas con poder de decisión en la materia.

Durante los meses de abril y mayo del 2005, se realizaron 4 talleres sobre el tema de los DPI-NVV. En estos talleres participaron representantes de los diversos sectores vinculados con el tema: autoridades relacionadas con la propiedad intelectual, agricultura, medio ambiente, ciencia y tecnología, investigación y negociación de tratados comerciales; también se hicieron presentes los sectores empresariales y académicos relacionados con el comercio de plantas y semillas y el fitomejoramiento.

En el cuadro presentado a continuación, se detallan los temas abordados en cada taller con sus respectivos ponentes:

FECHA	TEMA	EXPOSICIÓN
29 de abril 05	Marco jurídico nacional e internacional existente sobre DPI vinculados a la obtención de nuevas variedades vegetales	Sergio Aguiñada (abogado y investigador de FUNDE)
	Estado del fitomejoramiento en El Salvador	Rafael Vega (biólogo con especialidad en biotecnología vegetal)
06 de mayo 05	Convenio sobre la Diversidad Biológica y su relación con el tema de los DPI vinculados a la obtención de nuevas variedades vegetales	Jorge Quezada (gerente de recursos biológicos, dirección general de Patrimonio Natural; Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales)
	El Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos de la FAO y su relación con el tema de los DPI vinculados a la obtención de nuevas variedades vegetales	Rafael Vega
13 de mayo 05	Propuesta de contenidos de normativa sobre DPI vinculados a la obtención de nuevas variedades vegetales	Sergio Aguiñada
18 de mayo 05	Discusión y retroalimentación de los contenidos de la propuesta de normativa sobre DPI vinculados a la obtención de nuevas variedades vegetales	Sergio Aguiñada

Con la realización de dichos talleres se pretendía que los participantes:

1. Se apropiasen de los conocimientos necesarios en el tema DPI-NVV y su relación temática con el CDB y el TI-FAO.
2. Conjuntamente determinaran los principales contenidos de una legislación especial armonizada con el Convenio UPOV 91 y que, a su vez, permita cumplir con los objetivos y obligaciones asumidos por la suscripción del Acuerdo sobre los ADPIC, el CAFTA-DR, así como el CDB y TI-FAO.

La metodología diseñada para el ciclo de talleres se preparó considerando los objetivos de formación/sensibilización sobre el tema de los DPI-NVV, así como el de construir un consenso alrededor de los principales temas relacionados con una normativa específica que regule dicha actividad. Con este fin, los primeros 2 talleres se enfocaron a brindar el panorama normativo, tanto nacional como internacional, alrededor de los derechos de propiedad intelectual vinculados a la obtención de nuevas variedades vegetales, especialmente lo relativo a:

- a. El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC).
- b. Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA-DR).
- c. Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB).
- d. Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la (TI-FAO).
- f. Convenio de la Unión Internacional para la Protección de Obtenciones de Nuevas Variedades Vegetales (Convenio UPOV 91).
- g. Legislación nacional: Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Intelectual, Ley de Medio Ambiente, Ley de Semillas, Ley de Vida Silvestre.

Asimismo, se explicitaron los puntos de encuentro entre los tratados anteriormente listados, los cuales se constituyen en eje central de la propuesta de normativa específica sobre DPI relacionados con la obtención de Nuevas Variedades Vegetales, así como de las normas conexas.

Puntos de encuentro entre el ADPIC, CDB, TI-FAO y UPOV

1. Protección del resultado del fitomejoramiento (productos y procesos/procedimientos)
2. Implementación de sistemas de Patentes, UPOV, Sui Generis o combinación efectiva
3. Protección de la diversidad biológica y uso sostenible de recursos genéticos
4. Transferencia de tecnología
5. Derechos de agricultor
6. Conocimiento tradicional asociado
7. Distribución de beneficios

En el tercer taller se presentaron los contenidos de una propuesta de normativa que permitiera integrar las diversas obligaciones contenidas en los tratados internacionales vinculados al tema (se optó por la variante de una norma cercana a UPOV), dentro de las diversas opciones que tiene El Salvador como resultado del proceso de negociación del CAFTA.

Opciones para regular la propiedad intelectual respecto de la obtención de nuevas variedades vegetales.

1.- Ley Modelo UPOV + Reglamentación de Patentes	2.- No Ley Modelo UPOV + Reglamentación de Patentes	3.- Patentes + biodiversidad y derechos del agricultor + fitomejoramiento local (no violar los principios de CAFTA: no discriminación, trato nacional, etc.)	4.- No hacer nada = Patentes sin reglamentación ni otro tipo de normas
	A) Cercano a UPOV (India, Tailandia, África, etc.)	B) No cercano UPOV (propuesta Costa Rica=Marca u otro distinto)	

Elementos básicos de una legislación en materia de DPI vinculados a nuevas obtenciones vegetales.

1. Propósito y objetivos de la legislación	2. Definiciones
3. Ámbito de aplicación.	4. Exclusiones del ámbito (si procede)
5. Enajenación del derecho/características del derecho/naturaleza del derecho del obtentor.	6. Titular del derecho/creación en contratos laborales o comerciales.
7. Condiciones para otorgar la protección	8. Novedad-período de gracia
9. Distinción	10. Uniformidad
11. Estabilidad/identificación (si procede)	12. Requisito de distribución de beneficios (si procede)
13. Certificado/revelación del origen (si procede)	14. Consentimiento informado previo (si procede).
15. Derechos conferidos/alcance de los derechos/variedades esencialmente derivadas.	16. Actos que requieren la autorización del titular
17. Excepciones a los derechos conferidos (actos para fines privados, investigación y derecho del agricultor al reuso.	18. Duración de los derechos.
19. Agotamiento de los derechos	20. Licencias obligatorias
21. Prácticas anticompetitivas	22. Otras restricciones (incluye nulidad de cláusulas en contratos de compra de semillas).
23. Procedimientos de registro/inscripción constitutiva del derecho (puede variar sustancialmente la forma como se regula y los detalles).	24. Solicitudes: forma y contenido. Requisitos. Oposiciones.
25. Fecha de presentación y prioridades	26. Publicaciones
27. Examen de las aplicaciones (técnicos y de forma)	28. Tasas
29. Apelaciones y recursos.	30. Denominación de la variedad, requisitos, consecuencias, rechazos, registros, oposiciones
31. Registro de variedades	32. Nulidad/caducidad/cancelación del derecho
33. Autoridad competente/Comité Calificador de Variedades.	34. Interfase con el sistema de certificación de semillas y otras medidas relacionadas con la comercialización
35. Medidas de observancia, incluyendo medidas civiles, administrativas, y eventualmente penales. Medidas	36. Disposiciones transitorias (incluye protección a materia que no resulta nueva).

Finalmente, durante el cuarto taller, los participantes discutieron y retroalimentaron los cinco contenidos más relevantes de la propuesta de normativa, procurando la integración de las diversas obligaciones y guardando una armonía con lo establecido por UPOV 91.

Contenidos relevantes de la propuesta de normativa sobre DPI vinculados a la obtención de NVV

1. Ámbito de protección y excepciones
2. Condiciones de protección y otros requisitos
3. Derechos del agricultor
4. Autoridad competente
5. Fondo ambiental

Se tuvo una participación promedio de 22 personas por taller, lo que significa un 62% con relación al número de invitados, habiendo asistido cada uno de los participantes aproximadamente a 3 talleres. En el caso de algunas instituciones, éstas convocaron a más de un representante, usualmente dos, garantizando así su presencia en todos los talleres.

Estuvieron presentes los representantes de las siguientes instituciones:

GOBIERNO	UNIVERSIDADES	SOCIEDAD CIVIL	EMPRESA PRIVADA
Ministerio de Economía MINEC	Universidad de El Salvador UES	Fundación Ecológica de El Salvador SALVANATURA	Asociación de Proveedores Agrícolas APA
Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales MARN	Universidad Centroamericana José Simeón Canas UCA	Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social FUSADES	Genética Salvadoreña, S.A. de C.V. GENSA
Ministerio de Agricultura y Ganadería MAG	Universidad Católica de Occidente UNICO	Fundación Salvadoreña para la Investigación del Café PROCAFE	Semillas Cristiani Burkard, S.A. de C.V.
Centro Nacional de Registros CNR	Universidad Dr. José Matías Delgado UJMD	Colegio AMILAT	
Comisión Nacional de Ciencia y Tecnología CONACYT			
Fiscalía General de la República FGR			
Policía Nacional Civil PNC			
Ministerio de Relaciones Exteriores MRREE			
Asamblea Legislativa			

Lecciones aprendidas

Para gran parte de los asistentes, el tema de los DPI vinculados a la obtención de nuevas variedades vegetales resultó novedoso y complejo por su naturaleza jurídica y la gama de temas involucrados: desde patentes, pasando por recursos genéticos, biodiversidad, alimentación, agricultura, ciencia, tecnología, fitomejoramiento, hasta biología, comercio y desarrollo sostenible. Por lo tanto, si hubo una buena asistencia, la participación activa estuvo bastante limitada, circunscribiéndose a pocas personas.

Los talleres resultaron ser un instrumento muy valioso; permitieron recoger los diferentes intereses y posiciones respecto de una normativa especializada, legitimando con ello el contenido esencial de la propuesta presentada y abonando el camino para la formulación futura de dicha normativa. En este sentido, se logró cumplir uno de los principales objetivos del proyecto, el de lograr un primer consenso acerca de los principales contenidos de una normativa en la materia.

Adicionalmente, los talleres generaron una serie de aportes muy interesantes en cuanto a las condiciones de entorno en que se inscribiría la normativa, destacando los vacíos y/o debilidades de dichas condiciones (por ejemplo las débiles capacidades científicas y técnicas en el campo del fitomejoramiento), lo que dificultaría una implementación adecuada de la normativa.

Finalmente, los talleres permitieron tener un contacto directo con los diversos sectores relacionados con el tema, creando una relación de confianza y credibilidad.

Gracias a la capacidad de convocatoria del PNUD/El Salvador, se logró constituir progresivamente un comité asesor del proyecto integrado por:

- a) técnicos de las principales instancias públicas relacionadas con el tema: **CNR** (Dirección de Propiedad Intelectual), **MAG** (Unidad de Política Comercial, Oficina de Certificación de Semillas, Unidad Ambiental y CENTA), **MINEC** (Dirección de Política Comercial), MARN (Gerencia de Recursos Biológicos) y de la Representación de la FAO en El Salvador;
- b) la responsable del Programa Medio Ambiente y desarrollo del PNUD/El Salvador; y
- c) el equipo de la Fundación Nacional para el Desarrollo responsable del proyecto.

Este comité se ha convertido en un espacio de discusión y construcción colectiva en búsqueda de consenso; ha permitido despejar dudas y preocupaciones sobre el tema y sus componentes, así como aclarar conceptos, posiciones y el contenido de algunas cláusulas del CAFTA relacionadas con el tema.

Para el caso, el representante del Centro de Registro Nacional (CNR) hizo hincapié en que El Salvador no se encuentra obligado a suscribir y ratificar el Convenio de la UPOV y que la expresión contenida en el literal b, del numeral 5, del artículo 15.1 del CAFTA en cuanto a realizar “...**todos los esfuerzos razonables para ratificar o acceder al Convenio UPOV 91**” se entiende solo como una muestra de buenas intenciones y que podría consistir en la realización de talleres o conferencias para divulgar el mencionado convenio o la presentación de un anteproyecto de ley estilo UPOV. Durante el proceso de negociación, El Salvador logró desvincularse de la obligación de ratificar el Convenio de la UPOV (Acta 1991). Cabe recordarse que desde la adopción de la Ley de Fomento y Promoción de la Propiedad Intelectual en 1995, las nuevas variedades vegetales son susceptibles de ser protegidas por patentes siempre cuando cumplan con los requisitos exigidos por una patente. Otra aclaración importante del CNR fue que el sistema de patentes no es la forma de protección intelectual más adecuada, dada sus limitaciones respecto de las variedades vegetales y que, por esta razón, sería mejor trabajar una legislación especial sobre la materia.

El comité asesor hizo una revisión minuciosa de la propuesta de contenidos para una legislación especial sobre DPI vinculados a la obtención de NVV que surgió de los talleres de formación. Esta revisión se realizó durante los meses de junio y julio del 2005.

Lecciones aprendidas

El consenso alcanzado alrededor de una propuesta de contenidos de una normativa especial sobre DPI vinculados a la obtención de NVV es el resultado de una combinación de diversas variables como las siguientes:

- ✓ **la integración multidisciplinar y funcionamiento del equipo de trabajo**, el cual en su conjunto ha sido capaz de brindar los insumos necesarios para una propuesta de contenidos de una normativa especial en la materia. Destaca en este punto la relación de trabajo sostenida con los consultores contratados, marcada por la orientación y el intercambio constantes.
- ✓ **la visión estratégica** durante la ejecución del proyecto, que ha permitido orientar los diversos esfuerzos investigativos, de incidencia y formación hacia los objetivos propuestos.
- ✓ **la apertura y creatividad** en cuanto a los mecanismos desarrollados para el cumplimiento de las metas, con relación a los objetivos propuestos.
- ✓ el carácter de **facilitadores** ejercido por el equipo de trabajo, lo que ha permitido contar con un impulso permanente al proceso de construcción colectiva, creando espacios de trabajo basados en la credibilidad, profesionalismo y confianza.

³ Durante el proceso de negociación, El Salvador logró desvincularse de la obligación de ratificar el Convenio de la UPOV (Acta 1991). Cabe recordarse que desde la adopción de la Ley de Fomento y Promoción de la Propiedad Intelectual en 1995, las nuevas variedades vegetales son susceptibles de ser protegidas por patentes siempre cuando cumplan con los requisitos exigidos por una patente.

⁴ Esta revisión se realizó durante los meses de junio y julio del 2005.

El documento plasmando los contenidos de una normativa consensuados en el marco de los talleres y comité asesor fue luego utilizado como insumo principal para la elaboración de un **anteproyecto de ley en la materia**.⁵ El momento era oportuno para desarrollar este esfuerzo adicional. Era importante no perder la experiencia acumulada: el Comité asesor se había reunido con regularidad hasta entonces y sus integrantes habían desarrollado un especial interés y una buena relación de trabajo, basada en la confianza y credibilidad respecto de las capacidades de cada uno. Es más, predominaba una buena disposición para seguir adelante con el proceso.

A partir del mencionado documento, se elaboró un texto preliminar de anteproyecto de ley sobre derechos de obtentor⁶ que fue sometido a la revisión de dos consultores con los cuales se había trabajado previamente: Jorge Cabrera Medaglia y Rafael Vega, quienes aportaron sus conocimientos técnicos en el área jurídica y biotecnológica, respectivamente.

Para la elaboración de la propuesta de anteproyecto, se hizo un ejercicio de derecho comparado a partir de una base de 30 leyes de distintos países del mundo, destacando las de India, Corea, España México, Nicaragua y Costa Rica. Asimismo, se hizo un ejercicio de adecuación interna a la legislación vigente.

Una vez terminado, el texto preliminar de anteproyecto de ley fue revisado y retroalimentado por el comité asesor del proyecto. Esto resultó ser el espacio clave para la construcción consensuada del anteproyecto, aprovechando la capacidad técnica de los miembros del comité, así como su representación política, deriva de su asignación institucional directa.

Finalmente, de este largo proceso de revisión resultó el **Anteproyecto de Ley de Fomento y Protección a la obtención de Nuevas Variedades Vegetales**. Se trata de un instrumento técnicamente fundamentado pues sus contenidos legales y técnicos han sido amplia y detalladamente examinados por los consultores y técnicos del comité asesor; también es un documento consensuado y equilibrado que refleja las posiciones, intereses o exigencias de las diferentes instancias que han participado en su elaboración.

⁵ En julio del 2005, se gestionó una fase de continuidad del proyecto con el PNUD/Capacidad 2015, con el fin de llevar a cabo una serie de actividades complementarias orientadas a la construcción del anteproyecto de ley.

⁶ El borrador de anteproyecto de ley para el fomento y protección de la obtención de nuevas variedades vegetales fue elaborado por Sergio Aguiñada, abogado e investigador, miembro del equipo de FUNDE.

⁷ El comité asesor se reunió con el equipo de funde varias veces entre febrero y agosto del 2006 para fines de revisión del texto preliminar del anteproyecto de ley.

El 29 de septiembre 2006, el texto del anteproyecto de ley fue presentado a los representantes de los diversos sectores relacionados con el tema, en un taller organizado en las oficinas del PNUD-EI Salvador.

Lecciones aprendidas

El Anteproyecto de ley es el resultado de un proceso de construcción colectiva, en el cual el comité asesor, con sus aportes decisivos al mismo, ha jugado un papel crucial. El proceso ha sido facilitado por el equipo de trabajo de FUNDE y ha beneficiado de la orientación acertada de la representante del Programa de Medio Ambiente y Desarrollo del PNUD/EI Salvador.

Las condiciones eran favorables para dar un paso más adelante... hacia la construcción de un anteproyecto de ley. Este último constituía una excelente oportunidad para seguir beneficiando del apoyo del comité asesor y, más aun, reforzar su apropiación de la propuesta y compromiso con la misma.

⁸ En este evento, se hicieron presentes varias instancias que no habían participado en los talleres de formación anteriores, tales como el Consejo Nacional de Desarrollo Sostenible (CNDS), Visión Mundial, Fe y Trabajo, Caritas, Inservida y COSDESAM.

GRAFICO 1

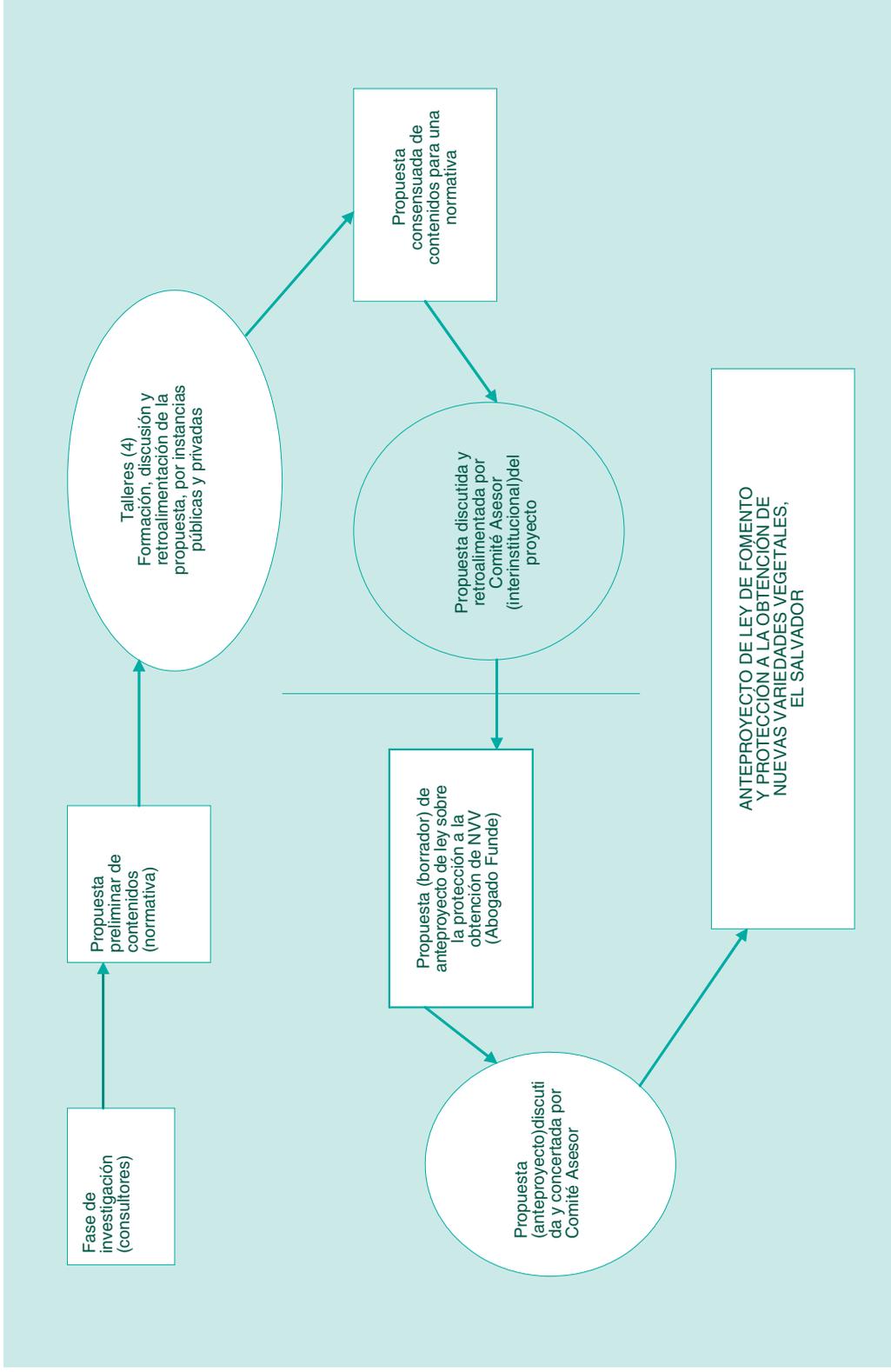
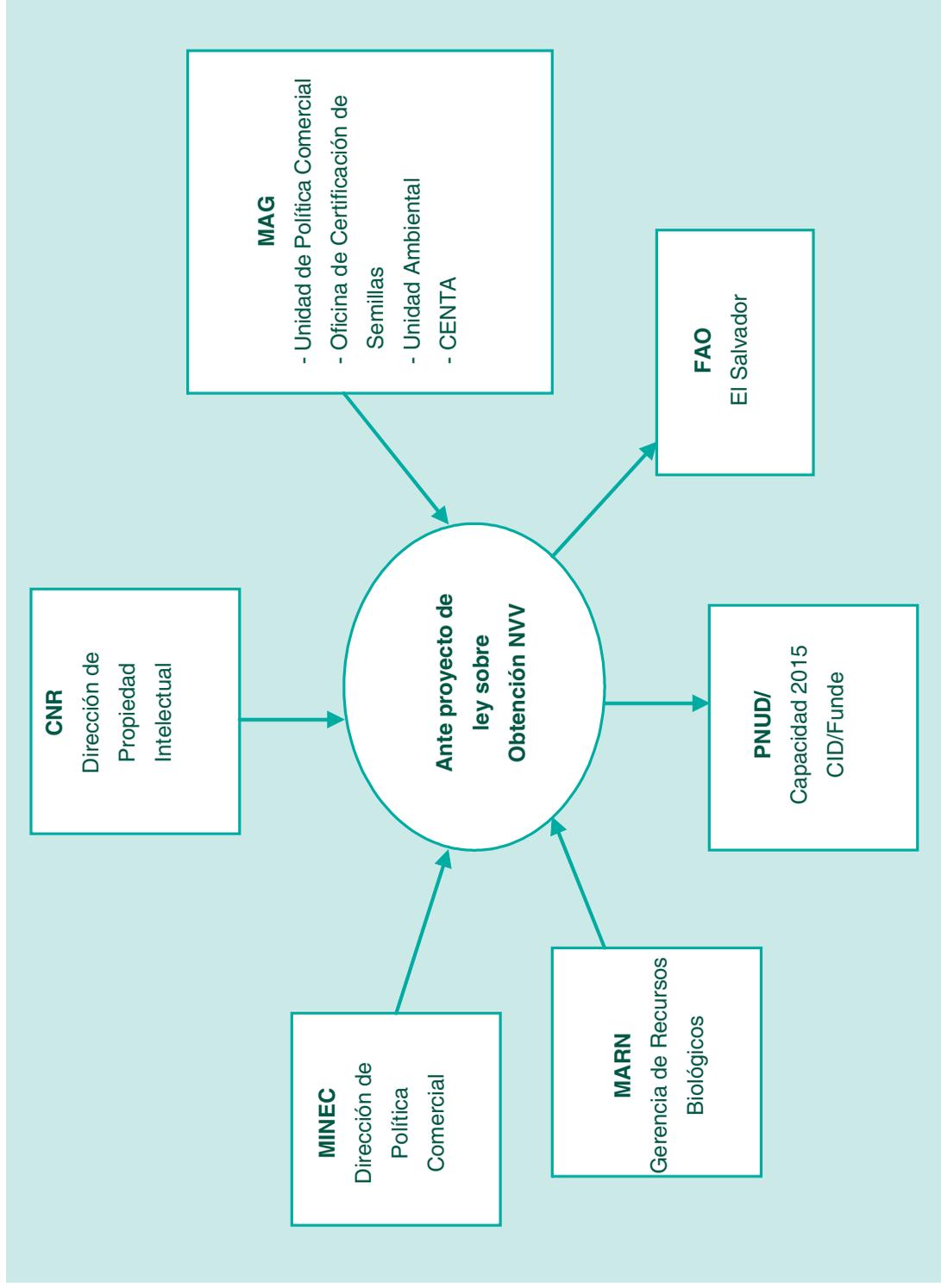


GRAFICO 2 COMITÉ ASESOR DEL PROYECTO



**ANTEPROYECTO
LEY DE FOMENTO Y PROTECCION
A LA OBTENCIÓN DE NUEVAS
VARIETADES VEGETALES**

DECRETO No.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR,

CONSIDERANDO:

- I. Que los artículos 2, 103 inciso segundo y 110 inciso tercero de la Constitución de la República, establecen el derecho a la propiedad privada así como a su protección y conservación, reconocen la propiedad intelectual por el tiempo y la forma determinados por la ley, y establecen que se podría otorgar privilegios por tiempo limitado a los descubridores e inventores y perfeccionadores de los procesos productivos, respectivamente;
- II. Que la obtención de nuevas variedades vegetales es por una parte una actividad en creciente auge vinculada al desarrollo científico y tecnológico así como a la creación de nuevas actividades productivas en El Salvador;
- III. Que, por otra parte, la obtención de nuevas variedades vegetales constituye una actividad estrechamente vinculada a los recursos genéticos y la agricultura, por lo que se hace necesario contar con una legislación que brinde seguridad jurídica a los obtentores de variedades vegetales, pero que simultáneamente garantice el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el marco del Convenio de Diversidad Biológica, el Tratado sobre Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y la Alimentación y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del citado Convenio;
- IV. Que el Tratado de Libre Comercio entre Centro América, Estados Unidos y República Dominicana establece la obligación de brindar protección a la obtención de nuevas variedades vegetales, ya sea mediante derecho de obtentor o patente;

POR TANTO

En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa de...

DECRETA la siguiente:

LEY DE FOMENTO Y PROTECCION A LA OBTENCIÓN DE NUEVAS VARIEDADES VEGETALES

TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES OBJETO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES

Capítulo I Objeto y ámbito de aplicación

Objeto

Art. 1.- La presente ley tiene por objeto fomentar el desarrollo del fitomejoramiento a nivel nacional y la inversión internacional relacionada con el mismo, así como garantizar la conservación y uso sostenible de la biodiversidad, la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos y procurar la seguridad alimentaria, a través del establecimiento de un régimen jurídico para la protección de la obtención de nuevas variedades vegetales.

Para el reconocimiento y protección del derecho de obtentor respecto de una variedad vegetal nueva se concederá un título de obtentor vegetal.

Ámbito de aplicación

Art. 2.- La presente ley se aplica a todos los géneros y especies vegetales, incluyendo los híbridos de géneros o de especies desarrollados a partir de la actividad de fitomejoramiento y respecto de las cuales no se hubiese otorgado previamente una patente de invención o un título de obtentor vegetal, o consista en una variedad actualmente existente o en una variedad propia del agricultor.

Las variedades excluidas del ámbito de aplicación de la presente ley, estarán sujetas a un régimen especial para su protección y conservación, en lo que sea pertinente y aplicable conforme al ordenamiento jurídico vigente.

Un obtentor vegetal no podrá gozar conjuntamente de un título de obtentor vegetal y de una patente de invención otorgada de conformidad a la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual y su reglamentación, pudiendo por tanto acogerse únicamente a uno de dichos sistemas para la protección de la variedad desarrollada por él.

Capítulo II Definiciones

Definiciones

Art. 3.- Para los efectos de la presente ley y su reglamentación se entenderá por:

1º) **Variedad Vegetal:** un conjunto de plantas de un solo taxón botánico del rango más bajo conocido que, con independencia de si responde o no plenamente a las condiciones para la concesión de un derecho de obtentor, pueda:

- a) Definirse por la expresión de los caracteres resultantes de un cierto genotipo o de una cierta combinación de genotipos;
- b) Distinguirse de cualquier otro conjunto de plantas por la expresión de uno de dichos caracteres por lo menos; y
- c) Considerarse como una unidad, habida cuenta de su aptitud a propagarse sin alteración.

2º) **Material de Propagación:** cualquier material de reproducción vegetal, ya sea por la vía de reproducción sexual o asexual, que pueda ser utilizado para la producción o multiplicación de una variedad vegetal, incluyendo semillas para siembra y cualquier planta entera o parte de ella, de las cuales sean posibles obtener la reproducción de plantas enteras o semillas.

3º) **Fitomejoramiento:** Conjunto de procedimientos biotecnológicos, ya sea clásicos o modernos, realizados con el fin de producir una variedad vegetal con especiales características y desempeño. Para efectos de la presente ley se entenderá por biotecnología moderna lo dispuesto en literal i) del artículo 3 del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

4º) **Descubrimiento de una Variedad Vegetal:** Identificación de mutaciones o individuos variantes naturales en una población de plantas cultivadas.

5º) **Desarrollo de una Variedad Vegetal:** Actividad de selección dentro de la variedad natural o creación de una fuente de variabilidad.

6º) **Puesta a punto de una Variedad Vegetal:** Proceso de reproducción o multiplicación y evaluación de la variedad seleccionada.

7º) **Obtentor Vegetal:** persona o grupo de personas que haya descubierto o desarrollado y puesto a punto una variedad vegetal a través de fitomejoramiento, sus derechohabientes o causahabientes.

8º) **Título de Obtentor Vegetal:** documento expedido por la Dirección de Propiedad Intelectual del Centro Nacional de Registro del Ministerio de Economía, que identifica como obtentor vegetal a una persona o grupo de personas respecto de una variedad vegetal, por haber cumplido con los requisitos y procedimientos establecidos en la presente ley y su reglamentación para esos fines. El título de obtentor vegetal otorga a favor de la persona o grupo de personas a nombre de quienes se expide, el conjunto de derechos derivados de su calidad de obtentor de acuerdo a lo establecido en la presente ley.

9º) **Derecho de Obtentor:** conjunto de facultades conferidas a una persona o grupo de personas respecto de una variedad vegetal a través de la emisión a su nombre de un título de obtentor vegetal, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.

10º) **Características Esenciales:** toda cualidad distintiva hereditaria de una variedad que está determinada por la expresión de uno o más genes de otros determinantes hereditarios que contribuyen fundamentalmente respecto de la apariencia, desempeño o valor de una variedad.

11º) **Variedad Esencialmente Derivada:** se entenderá que una variedad es esencialmente derivada de otra variedad ("la variedad inicial") cuando:

- a) 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;
- b) se distingue claramente de la variedad inicial, y
- c) 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.

12º) **Variedad Actualmente Existente:** se entenderá que una variedad existe actualmente cuando:

- a) haya sido comercializada en el territorio de la República como mínimo un año antes de la entrada en vigencia de la presente ley;
- b) haya sido vendida o entregada a

terceros de otra manera en el territorio de otro país como mínimo cuatro años antes de la entrada en vigencia de la presente ley o seis años para el caso de árboles y vides;

c) cuando se encuentre en el dominio público.

13º) **Variedad Propia del Agricultor:** toda variedad que:

- a) haya sido tradicionalmente desarrollada por los agricultores en sus cultivos; o
- b) consista en una variedad silvestre o miembro doméstico de determinada especie (landrace) desarrollado localmente por un agricultor o un conjunto de ellos a través de prácticas tradicionales de mejoramiento.

14º) **Agricultor:** toda persona natural o jurídica, ya sea que se trate de cooperativas, sociedades mercantiles o cualquier otra legalmente reconocida que:

- a) figure como titular de una explotación, por administrarla bajo su responsabilidad y por cuenta propia; o
- b) conserva y preserva conjunta o separadamente con otra persona cualquier especie silvestre, variedad tradicional o agrega valor a tales variedades por medio de selección e identificación de sus propiedades.

15º) **Explotación Propia:** toda área o porción de tierra de la que el agricultor haga uso mediante el cultivo de 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 o comodatos.

16º) **Pequeño Agricultor:** Para los efectos de la presente ley, se entenderá por pequeño agricultor toda persona que explote un área máxima de siete mil metros cuadrados destinados para el cultivo de una de las especies excluidas según lo dispuesto en el artículo 11 de la presente ley.

17º) **Certificado de Legal Procedencia:** constancia otorgada por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales dando fe del legal acceso y uso de especies silvestres nativas del país para la actividad de fitomejoramiento de la que resulta la variedad y respecto de la cual se pretende el título de obtención.

18º) **Certificado de Origen:** constancia de legal acceso y uso de especies domesticadas u originarias de otros países para la actividad de fitomejoramiento de la que resulta la variedad y respecto de la cual se pretende el título de obtención. Constancia otorgada por las autoridades competentes del país de origen.

19º) **Certificado de Fuente:** constancia otorgada por el Ministerio de Agricultura y Ganadería dando fe del legal acceso y uso del material genético de los cultivos contenidos en el Anexo 1 del Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura para la actividad de fitomejoramiento de la que resulta la variedad y respecto de la cual se pretende el título de obtención; como de cualquier otra especie domesticada que esté bajo la competencia del Ministerio de Agricultura y Ganadería.

20º) **Variedad Protegida:** una variedad que sea objeto de un título de obtentor vegetal según lo establecido en la presente ley.

21º) **Autoridad:** se entenderá por autoridad, la Dirección de Propiedad Intelectual del Centro Nacional de Registro del Ministerio de Economía, la cual se constituye en la entidad responsable del otorgamiento, mantenimiento o cancelación del título de obtentor vegetal, de conformidad a los requisitos y procedimientos establecidos en la presente ley y su reglamentación posterior.

22º) **Registro:** se entenderá por Registro, el Registro de Obtentores Vegetales creado por esta ley y adscrito a la Dirección de Propiedad Intelectual del Centro Nacional de Registro del Ministerio de Economía.

TÍTULO II

DERECHO DE OBTENTOR, ALCANCE Y DURACIÓN, EXCEPCIONES, LIMITACIONES, LICENCIAS, TITULARIDAD, NULIDAD, CANCELACIÓN, CADUCIDAD Y EXPIRACIÓN

Capítulo I

Alcance y duración

Alcance del derecho de obtentor

Art. 4.- La expedición de un título de obtentor vegetal identifica como obtentor y otorga el derecho a favor de quien se expide de realizar de forma exclusiva, sin perjuicio de las limitaciones y excepciones establecidas en la presente ley, las actividades que se listan a continuación respecto del material de propagación o multiplicación de la variedad protegida:

- a) La producción;
- b) La reproducción o multiplicación;
- c) Crear las condiciones necesarias para los fines de reproducción o multiplicación;
- d) La oferta en venta;
- e) La venta o cualquier otra forma de comercialización;
- f) La exportación;
- g) La importación; o
- h) La posesión para cualquiera de los fines mencionados en los apartados a) a f).

Cualquier persona que realice o pretenda realizar alguna de las actividades listadas anteriormente respecto de una variedad protegida, deberá solicitar autorización del obtentor, quien podrá someterla a condiciones y limitaciones en el marco del derecho que le es concedido y lo dispuesto por el derecho común.

Otros casos que requieren la autorización del obtentor

Art. 5.- Sin perjuicio de las excepciones y limitaciones establecidas en la presente ley, se requerirá la autorización del obtentor para los actos mencionados en el inciso segundo del artículo anterior, realizados respecto del producto de la cosecha, incluidas plantas enteras y partes de plantas, obtenido por utilización no autorizada de material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida, a menos que el obtentor haya podido ejercer razonablemente su derecho en relación con dicho material de reproducción o de multiplicación.

Lo dispuesto en el artículo 4 y en el inciso primero del presente artículo, también se aplicará respecto de:

- a) Las variedades derivadas esencialmente de la variedad protegida, cuando ésta no sea a su vez una variedad esencialmente derivada;
- b) Las variedades que no se distingan claramente de la variedad protegida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la presente ley; y
- c) Las variedades cuya producción necesite el empleo repetido de la variedad

protegida.

Duración de la protección

Art. 6.- El derecho exclusivo del obtentor establecido en los artículos precedentes, tendrá una duración máxima de 25 años para el caso de variedades de vid y de especies arbóreas, y de 20 años para el resto de variedades. Dicho plazos se contarán a partir de la fecha de concesión del título de obtentor vegetal.

Durante el período comprendido entre la presentación de la solicitud y la concesión del título de obtentor vegetal, el solicitante de dicho título tendrá derecho a percibir una compensación económica de quien durante el mencionado período, haya realizado alguno de los actos que requieran la autorización del obtentor, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 4 y 5, siempre y cuando le sea concedido el título de obtentor vegetal.

Autorización para el ejercicio de la producción, comercialización e importación

Art. 7.- El otorgamiento de un título de obtentor vegetal y los derechos que el mismo concede, son independientes de las medidas adoptadas por el Estado para reglamentar la producción y comercialización del material de las variedades, incluyendo la importación o exportación de éste, por lo que el otorgamiento de un título de obtentor vegetal no implica la autorización para su producción, comercialización o importación.

Enajenación del derecho de obtentor

Art. 8.- Los derechos derivados del otorgamiento de un título de obtentor vegetal son transmisibles por cualquiera de los medios admitidos en derecho, sin perjuicio de las limitaciones establecidas en la presente ley.

Los actos por los que se transmitan o modifiquen los derechos derivados del otorgamiento de un título de obtentor vegetal no afectarán los derechos adquiridos por terceros antes de la fecha de dichos actos.

Todos los actos a que se refieren los apartados anteriores deberán constar por escrito y ser inscritos en el Registro para que tengan validez.

Vulneración de los derechos del obtentor

Art. 9.- El titular de un título de obtentor vegetal, podrá ejercer ante los órganos de la

jurisdicción ordinaria, las acciones que correspondan, cualquiera que sea su clase y naturaleza, contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su protección.

En particular el titular podrá exigir:

- a) El cese de los actos que violen su derecho;
- b) La indemnización por los daños y perjuicios sufridos;
- c) El decomiso de todo el material vegetal obtenido que se encuentre en poder de cualquiera de los responsables y su destrucción cuando ello fuera indispensable;
- d) La atribución en propiedad del material vegetal al que hace referencia el párrafo anterior, en cuyo caso su valor será imputado a la indemnización de daños y perjuicios. Si el valor de los citados productos excediera de la indemnización concedida, el titular del derecho deberá compensar a la parte condenada por el exceso;
- e) Las costas procesales por cuenta de la parte condenada;
- f) La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación de su derecho.

Indemnización por daños y perjuicios

Art. 10. - Estarán obligados a responder por los daños y perjuicios causados quienes infrinjan el derecho de obtentor por:

- a) Llevar a cabo alguna de las actividades citadas en los artículos 4 y 5 de la presente ley sin poseer la debida autorización del obtentor;
- b) Utilizar, hasta el punto de crear riesgo de confusión, una designación idéntica o parecida a la denominación de una variedad protegida, si dicha designación se aplica a otra variedad de la misma especie o de una especie botánicamente cercana; u
- c) Omitir el uso de la denominación para una determinada variedad protegida o cambiar la citada denominación.

Todos aquéllos que vulneren los derechos del obtentor, de cualquier otra forma diferente a las indicadas anteriormente, estarán obligados a indemnizar por daños y perjuicios únicamente cuando en su actuación hubiere mediado dolo o negligencia, presumiéndose la existencia de dolo a partir del momento en que el infractor haya sido advertido por escrito por el titular del título de obtentor vegetal y requerido para que cese en la violación del derecho del obtentor.

La indemnización de daños y perjuicios a favor del titular del título de obtentor vegetal comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido y el de la ganancia que haya dejado de obtener, sino también el perjuicio que suponga el desprestigio de la variedad objeto del título de obtentor vegetal causado por el infractor mediante una utilización inadecuada. La indemnización en ningún caso podrá ser inferior al beneficio obtenido por la persona que cometió la infracción.

Capítulo II **Excepciones y exclusiones**

Excepciones por derechos del agricultor

Art. 11.- Los pequeños agricultores podrán utilizar con fines de propagación o multiplicación en sus propias explotaciones, el producto de la cosecha obtenido de la siembra en ellas de material de propagación o multiplicación de una variedad protegida que haya sido adquirida lícitamente.

La excepción a que se refiere este artículo se aplicará únicamente a las siguientes especies vegetales y las variedades derivadas de las mismas:

- a) *Zea mays* L.
- b) *Sorghum bicolor* L.
- c) *Phaseolus vulgaris* L.
- d) *Oryza sativa* L.

Asimismo, podrán intercambiar sin fines lucro y destinar para autoconsumo, el producto de la cosecha obtenido de la siembra en ellas de material de propagación o multiplicación de una variedad protegida que haya sido adquirida lícitamente.

Exclusiones generales

Art. 12.- El derecho de obtentor no se extenderá a:

- a) Los actos realizados en un marco privado con fines no comerciales.
- b) Los actos realizados a título experimental.

- c) Los actos realizados a los fines de la creación de nuevas variedades, así como a los actos mencionados en los artículos 4 y 5 realizados con tales variedades, a menos que las nuevas variedades sean variedades esencialmente derivadas de la variedad protegida, o que no se distinguen claramente de la variedad protegida, o que sean variedades cuya producción necesite el empleo repetido de la variedad protegida.

Exclusión respecto del material de una variedad

Art. 13.- El derecho de obtentor no se extenderá a los actos relativos al material de su variedad o de una variedad prevista por el inciso segundo del artículo 5 que haya sido vendido o comercializado en el país por el obtentor o con su consentimiento, o al material derivado de dicho material, a menos que estos actos:

- a) Impliquen una nueva reproducción o multiplicación de la variedad en cuestión.
- b) Impliquen una exportación de material de la variedad, que permita reproducirla, a un país que no proteja las variedades del género de la especie vegetal a que pertenezca la variedad, salvo si el material exportado está destinado al consumo.

A los fines de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá por material, en relación con una variedad:

- a) El material de reproducción o de multiplicación vegetativa, en cualquier forma.
- b) El producto de la cosecha, incluidas las plantas enteras y las partes de plantas.

Exclusión por interés público

Art. 14.- No se autorizará el ejercicio del derecho de obtentor cuando:

- a) la explotación comercial de la variedad protegida o la mejora de las condiciones en que tal explotación se realiza, puedan:
 1. atentar contra el orden y moral públicas;
 2. afectar la vida o la salud humana, animal y vegetal; o
 3. para evitar serios daños al medio ambiente, específicamente en cuanto a la diversidad

biológica y la conservación y preservación de variedades silvestres o de miembros domésticos de determinada especie (landrace) desarrollado localmente;

- b) la tecnología empleada para el desarrollo o puesta a punto de una variedad resulte peligrosa para la vida y salud humana, animales o plantas;

Capítulo III Licencias

Licencias contractuales

Art. 15.- El titular de un título de obtentor vegetal podrá conceder licencias de explotación de la variedad objeto del mismo, las cuales podrán o no ser exclusivas.

Los contratos de licencia se realizarán por escrito y no surtirán efectos frente a terceros mientras no estén debidamente inscritos en el libro registro de licencias. Toda modificación a los términos de los contratos de licencia, igualmente deberán ser inscritos en el Registro.

La persona a favor de la cual se otorga la licencia, podrá ejercer su derecho en el marco de las condiciones acordadas con el titular y de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley y sus disposiciones complementarias.

Licencias obligatorias

Art. 16.- Mediante presentación de una solicitud ante la Autoridad, toda persona podrá solicitar la concesión de una licencia obligatoria correspondiente al derecho de obtentor. La Autoridad sólo concederá la licencia obligatoria cuando:

- a) la falta de explotación o la insuficiencia en calidad o en cantidad de la explotación realizada, implique graves perjuicios para el desarrollo económico o tecnológico del país;
- b) las necesidades de abastecimiento nacional así lo exijan.

Sólo se concederá la licencia obligatoria si el solicitante cumple las siguientes condiciones:

- a) Que tiene capacidad técnica, administrativa y financiera suficiente para realizar la explotación;
- b) Que ha intentado obtener la autorización del titular de los derechos en términos y condiciones comerciales razonables y esos intentos no han surtido efectos en un plazo prudencial; y

c) Que haya abonado la tasa prevista para la concesión de dicha licencia obligatoria.

La licencia obligatoria confiere a su beneficiario el derecho no exclusivo de realizar todos, o algunos, de los actos cubiertos por los artículos 4 y 5 por razones de interés público.

Al conceder una licencia obligatoria, la Autoridad fijará las condiciones bajo las cuales la otorga, limitadas al alcance y duración a los fines autorizados y deberá establecer una remuneración equitativa que el beneficiario de la licencia obligatoria habrá de abonar al titular.

La Autoridad podrá exigir al titular que ponga a disposición del beneficiario de la licencia obligatoria la cantidad de material de reproducción o de multiplicación que sea necesaria para una utilización razonable de la licencia obligatoria, siempre y cuando se realice el pago de una remuneración adecuada.

La Autoridad fijará la duración de la licencia obligatoria. La licencia obligatoria no tendrá, salvo en circunstancias extraordinarias, una duración inferior a dos años.

La licencia podrá prorrogarse si la Autoridad considera, sobre la base de un nuevo examen, que persisten las condiciones requeridas para la concesión de la licencia, pasada la primera fecha de expiración.

La Autoridad revocará la licencia obligatoria si su beneficiario viola las condiciones en las que fue concedida.

Capítulo IV Titularidad

Principios

Art. 17.- Tendrá derecho a solicitar un título de obtentor vegetal, el obtentor o su derechohabiente o causahabiente.

En el caso de que varias personas hayan creado o descubierto y puesto a punto en común una variedad, el derecho a la protección les corresponderá en común, salvo estipulación en contrario entre los co-obtentores, quienes gozaran del derecho en proindivisión.

Cuando el obtentor sea un empleado, el derecho a solicitar un título de obtentor vegetal se regirá por los términos pactados en el contrato de trabajo en cuyo marco se haya desarrollado y puesto a punto la variedad vegetal.

Presunción de Titularidad

Art. 18.- Salvo prueba en contrario, el solicitante de un título de obtentor vegetal será considerado como titular del derecho a la protección.

No obstante lo anterior, cuando la solicitud sea presentada por un derechohabiente o causahabiente, la misma deberá ir acompañada por una prueba suficiente de la titularidad.

Cesión judicial de la solicitud u otorgamiento del título de obtentor vegetal

Art. 19.- Cuando una persona que no tenga derecho a la protección haya presentado una solicitud de título de obtentor vegetal, el obtentor, el derechohabiente o causahabiente podrá entablar una acción para la cesión de la solicitud o, de haberse concedido ya, del título otorgado.

La acción de cesión prescribirá a los diez años, contados a partir de la fecha de publicación de la concesión del título de obtentor vegetal.

De concederse la cesión, no caducarán los derechos concedidos a terceros de buena fe respecto de una variedad y sobre la base de la solicitud o, en su caso, del goce efectivo derecho de obtentor por la emisión del título de obtentor vegetal correspondiente.

No obstante, el titular de un título de obtentor vegetal adquirido de buena fe que haya tomado medidas efectivas para disfrutar del derecho de obtentor antes de la fecha de notificación de la demanda o, en su defecto, de la decisión definitiva, podrá realizar o seguir realizando los actos de explotación resultantes de las medidas que haya tomado a reserva de pagar una remuneración justa al derechohabiente.

En caso de haber mediado mala fe el solicitante o titular de mala fe, deberá indemnizar al legítimo solicitante o titular, por los daños y perjuicios causados, así como devolver las ganancias percibidas por la explotación de la solicitud o el título de obtentor vegetal correspondiente.

Capítulo V

Nulidad, cancelación, caducidad y expiración

Nulidad

Art. 20.- La Autoridad declarará nulo el título de obtentor vegetal si se comprueba:

- a) Que la variedad no era nueva o distinta en la fecha de presentación de la solicitud;
- b) Que cuando la concesión del derecho de obtentor se base esencialmente en las informaciones

y documentos proporcionados por el solicitante, la variedad no era homogénea o estable en la fecha de presentación de la solicitud;

- c) si se comprueba que ya no se cumplen efectivamente las condiciones de homogeneidad y estabilidad; o
- d) Que el título fue concedido a una persona que no tenía derecho al mismo y que el obtentor, el derechohabiente o causahabiente no ejerció o renunció a ejercer la acción de cesión de conformidad con el artículo 19 de la presente ley.

Toda persona que justifique un interés podrá presentar a la Autoridad una solicitud de declaración de nulidad.

El título de obtentor vegetal declarado nulo se considerará como no concedido.

Cancelación

Art. 21.- Asimismo, la Autoridad podrá cancelar el título de obtentor vegetal otorgado, si se comprueba que el titular no ha cumplido su obligación de mantenimiento de la variedad de acuerdo a lo establecido en el artículo 47 de la presente ley.

La Autoridad cancelará el título si:

- a) El titular no presenta cuando así le es requerido por la Autoridad, la información, los documentos o el material que se consideren necesarios para el control del mantenimiento de la variedad; o
- b) La Autoridad prevé cancelar la denominación de la variedad y el titular no propone en el plazo concedido otra denominación idónea y conveniente.

Sólo podrá declararse la cancelación tras el requerimiento hecho al titular de cumplir la obligación que se le impone en un plazo razonable previamente notificado.

Expiración y renuncia

Art. 22.- El título de obtentor vegetal expirará, según sea el caso, una vez transcurridos los plazos establecidos en el inciso primero del artículo 6 de la presente ley.

El título expirará antes del plazo previsto cuando el titular renuncie al mismo mediante una declaración por escrito dirigida a la Autoridad.

Publicación y entrada en vigencia

Art. 23.- La nulidad y la cancelación del título de obtentor vegetal en el sentido de los artículos 20 y 21 tendrán vigencia desde la fecha en que las resoluciones correspondientes sean emitidas por la Autoridad. Dichas resoluciones deberán ser inscritas en el Registro y publicadas en el Diario Oficial.

Asimismo, para el caso del inciso final del artículo 22 la renuncia surtirá efecto desde la fecha de presentación a la Autoridad, debiendo ser inscrita y publicada en los términos del inciso anterior.

TÍTULO III REQUISITOS DE LA VARIEDAD VEGETAL

Capítulo I Requisitos sustantivos de la variedad vegetal

Condiciones de la variedad

Art. 24.- Se concederá el título de obtentor vegetal respecto de una variedad vegetal cuando ésta sea:

- a) Nueva;
- b) Distinta;
- c) Homogénea;
- d) Estable; y
- e) Haya recibido una denominación establecida de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44, 45 y 46 de la presente ley.

La concesión del título de obtentor vegetal dependerá del efectivo cumplimiento de las condiciones antes mencionadas, así como de las formalidades previstas por la presente Ley u otras disposiciones legales complementarias, y del pago de las tasas derivadas de la solicitud y la titularidad del título de obtentor vegetal.

Novedad

Art. 25.- La variedad será considerada nueva si, en la fecha de presentación de la solicitud del título de obtentor vegetal, el material de reproducción o de multiplicación vegetativa de la variedad no ha sido vendido o entregado en otra forma a terceros por el obtentor o su derechohabiente o causahabiente, o con el consentimiento del obtentor o su derechohabiente o causahabiente, para

la explotación de la variedad o, habiéndolo sido, no hayan transcurrido los siguientes plazos:

- a) Un año antes de la fecha de presentación, si la venta o entrega se realizó en El Salvador;
- b) Cuatro años antes de la fecha de presentación, si la venta o entrega se realizó fuera de El Salvador y su objeto no fueron árboles o vides; o
- c) Seis años antes de la fecha de presentación, si la venta o entrega se realizó fuera de El Salvador y su objeto fueron árboles o vides.

No se considerará perdida la condición de novedad por una venta o entrega a terceros en los siguientes casos:

- a) Si es consecuencia de actos comerciales desleales cometidos en perjuicio del obtentor;
- b) Si es resultado de la transferencia de los derechos sobre la variedad;
- c) Si, a través de una tercera persona y por cuenta del obtentor, se ha producido material de reproducción o multiplicación de la variedad, siempre y cuando dicho material pase a estar bajo el control del obtentor; o
- d) Si ha sido utilizada por una tercera persona para llevar a cabo ensayos de campo o laboratorio o incluso ensayos de transformación a pequeña escala para hacer evaluaciones sobre la misma.

La producción de una variedad que requiera el empleo repetido de otra u otras variedades distintas, la venta o la entrega a terceros de material de reproducción o de multiplicación de la primera variedad mencionada, en las condiciones establecidas en el inciso primero del presente artículo, determinan la pérdida de la condición de novedad de la variedad o variedades empleadas en dicha producción.

Distinción

Art. 26.- Una variedad será considerada distinta si es posible diferenciarla claramente por la expresión de las características resultantes de un genotipo o fenotipo en particular o de una combinación de genotipos o fenotipos, de cualquier otra variedad cuya existencia, a la fecha de presentación de la solicitud, sea notoriamente conocida, entre otros.

Se considerará que una variedad es notoriamente conocida, a partir de la fecha en que se haya presentado en cualquier país una solicitud:

- a) Bien de concesión de un derecho de obtentor, siempre que conduzca a la consecución

de la protección solicitada; o

- b) Bien de inscripción de la variedad en un registro público, siempre que resulte finalmente inscrita.

La notoriedad de la existencia de otra variedad podrá desprenderse también de la explotación de la variedad ya en curso, presencia de la misma en una colección de referencia o de cualquier otro medio de prueba.

Homogeneidad

Art. 27.- Se considerará homogénea la variedad si es suficientemente uniforme en sus caracteres específicos, a reserva de la variación previsible habida cuenta de las particularidades de su reproducción sexuada o de su multiplicación vegetativa.

Estabilidad

Art. 28.- Se considerará estable la variedad si sus caracteres específicos se mantienen inalterados después de reproducciones o multiplicaciones sucesivas o, en caso de un ciclo particular de reproducciones o de multiplicaciones, al final de cada ciclo.

Capítulo II

Requisitos adjetivos de la variedad vegetal Certificado de Origen, de Legal Procedencia y de Fuente

Art. 29.- La solicitud de un título de obtentor vegetal deberá ir acompañada de un certificado de legal acceso y uso del material genético utilizado para el desarrollo y puesta a punto de la variedad respecto de la cual se pretende la protección, según el material de que se trate:

- a) Para el caso de las especies silvestres nativas de la República se requerirá la presentación del Certificado de Legal Procedencia emitido por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales.
- b) Para el caso de las especies domesticadas u originarias de otros países se requerirá la presentación del Certificado de Origen emitida por la autoridad competente del país del que se origina el material genético.
- c) Para el caso del material genético de los cultivos contenidos en el Anexo 1 del Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, se

requerirá la presentación del Certificado de Fuente emitido por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, así como de cualquier otra especie domesticada competencia del mencionado Ministerio.

El otorgamiento del título de obtentor vegetal está sujeto al cumplimiento de las formalidades antes dichas. Ahora bien, para el caso del inciso b del presente artículo, de no existir autoridad competente en otros países, el solicitante deberá indicar dicha situación mediante una declaración jurada la cual presentará en detrimento del Certificado de Origen, la cual se entenderá suficiente para los efectos correspondientes.

TÍTULO IV

DEL REGISTRO DEL TÍTULO DE OBTENTOR VEGETAL, DE LA DENOMINACIÓN DE LA VARIEDAD Y DEL MANTENIMIENTO DEL DERECHO

Capítulo I

De la entidad competente, el registro, el acceso a la información, las publicaciones y los recursos

Entidad competente

Art. 30.- Corresponde al Centro Nacional de Registro, a través de la Dirección de Propiedad Intelectual, la tramitación y resolución de los procedimientos de concesión del título de obtentor vegetal, así como el mantenimiento o cancelación del mismo, de conformidad a los requisitos y procedimientos establecidos en la presente ley y su reglamentación.

Asimismo, le corresponde el ejercicio de la potestad sancionadora y toda otra atribución relacionada y establecida por la presente ley.

Registro de Obtentores Vegetales

Art. 31.- Se crea el Registro de Obtentores Vegetales adscrito a la Dirección de Propiedad Intelectual del Centro Nacional de Registro. En dicho registro se inscribirán todos los actos establecidos por la presente ley y de la forma prescrita en su reglamento correspondiente.

Acceso a la información

Art. 32.- El Registro es público por lo que la Autoridad garantizará el acceso a todos los documentos que constituyen el expediente objeto del procedimiento de concesión de un título de obtentor

vegetal, incluidos los resultados del examen técnico y la descripción de la variedad.

Tendrá acceso a los expedientes contenidos en el Registro en los términos antes señalados, toda persona que goce de un interés legítimo respecto del procedimiento de concesión de un título de obtentor vegetal. Dichas personas tendrán derecho a consultar los documentos relativos a la solicitud y resolución de concesión de un título de obtentor vegetal, así como visitar los ensayos correspondientes al examen técnico de la variedad, y aquellos propios para el control de su mantenimiento.

En los casos de variedades en las que para la producción de material se requiera el empleo repetido del material de otras variedades o de líneas parentales, el solicitante del título de obtentor vegetal correspondiente, podrá pedir, al presentar la solicitud, que no se permita el acceso a los documentos y los ensayos relativos a éstas. En tales casos, esa parte de información o ensayos no se podrá ni consultar ni visitar, respectivamente.

La Autoridad tendrá la obligación de conservar la documentación contenida en los expedientes durante cinco años contados a partir de la extinción del título de obtentor vegetal o de la retirada o denegación de la solicitud de protección.

Capítulo II Procedimiento

Sección Primera Requisitos y precedencia

Requisitos de la Solicitud

Art. 33.- Cualquier persona interesada en la concesión de un título de obtentor vegetal respecto de una variedad deberá presentar una solicitud dirigida a la Autoridad, la cual deberá contener, como mínimo, lo siguiente:

- a) Nombre y domicilio del solicitante o de su representante legal;
- b) Nombre y domicilio del obtentor o de su representante legal, en caso de no coincidir con el solicitante;
- c) Género y especie a la cual pertenece la variedad y nombre común;
- d) Denominación propuesta para la variedad;

- e) Nacionalidad del solicitante y, en su caso, del obtentor, de no coincidir éste con aquel;
- f) Descripción técnica de la variedad que contenga las características morfológicas, fisiológicas, fisicoquímicas y cualidades industriales o tecnológicas que permitan su identificación. Para el caso, la solicitud se acompañará de dibujos, fotografías, marcadores moleculares o cualquier otra técnica necesaria para ilustrar la descripción. Asimismo se ha de describir el procedimiento de acuerdo con el cual la variedad ha sido obtenida, desarrollada o puesta a punto, y la especificación de la genealogía y origen de la variedad;
- g) La fundamentación de distinguibilidad, señalando las razones por las cuales considera que la variedad reviste el carácter de distinguible respecto de las ya existentes, las notoriamente conocidas, propias del agricultor o las que a su juicio son más parecidas;
- h) Los mecanismos de reproducción o propagación y descripción del método que utiliza el obtentor para el mantenimiento de la variedad;
- i) El certificado de legal acceso y uso del material genético utilizado para el desarrollo y puesta a punto de la variedad respecto de la cual se pretende la protección, según el material de que se trate y con base en lo dispuesto en el artículo 29 de la presente ley.
- j) La fecha de presentación efectuada anteriormente en otro país, la denominación bajo la cual la variedad ha sido registrada y el país en el cual fue solicitado el derecho de obtentor;
- k) Lugar para recibir notificaciones; y
- l) El comprobante de pago de la tasa correspondiente a la solicitud de título de obtentor vegetal.

Cuando lo considere oportuno, la Autoridad podrá requerir del solicitante pruebas de campo y/o ensayos de laboratorio para la verificación de las características atribuidas a la nueva variedad.

Adicionalmente deberá cumplirse con todo otro requisito y/o brindar toda información técnica adicional necesaria, establecido por el Reglamento o directrices emitidas por la Autoridad.

Precedencia de una solicitud

Art. 34.- La precedencia de una solicitud se determinará con base en la fecha de recepción de la misma. Cuando se trate de solicitudes con la misma fecha, la precedencia se determinará conforme al orden en que hayan sido recibidas, si es posible establecerlo. Si no fuera posible, no habrá precedencia entre dichas solicitudes.

Sección Segunda

Presentación y examen de la solicitud de otorgamiento de un título de obtentor vegetal

Examen de la solicitud

Art. 35.- La Autoridad comprobará en un plazo máximo de diez días y con base en la información suministrada por el solicitante y contenida en la solicitud, que:

- a) La variedad es nueva en los términos establecidos en el artículo 25 de la presente ley;
- b) El solicitante se encuentra suficientemente legitimado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la presente ley; y
- c) La solicitud cumple con las condiciones establecidas y se acompañan de la documentación requerida en el artículo 33 de la presente ley;

La Autoridad examinará la documentación adjunta a la solicitud para comprobar si la variedad puede ser objeto de protección. Si el examen revela que la concesión del título de obtentor vegetal no es legalmente posible, la solicitud será rechazada.

De incumplirse alguno de los requisitos mínimos establecidos por la presente ley para la solicitud de un título de obtentor vegetal en los términos de los artículos 17, 25 ó 33, se requerirá al solicitante subsane o adjunte la documentación requerida para cada caso en un plazo máximo de diez días, contados a partir de la notificación de la resolución correspondiente.

De no subsanarse o entregarse la documentación requerida en el plazo establecido, se tendrá por desistida la solicitud, previa resolución dictada a tal efecto por la Autoridad.

Admisibilidad de la solicitud

Art. 36.- De cumplir la solicitud con los requisitos establecidos en el artículo 33 de la presente ley, y no habiendo observaciones o habiéndolas las mismas se hubiesen subsanado en el plazo establecido, la Autoridad dará por admitida la solicitud, debiendo mandarla a publicar y continuar el procedimiento.

Publicación de la solicitud

Art. 37.- La resolución de admisión de la solicitud de un título de obtentor vegetal será publicada en la forma y plazos establecidos en la presente ley, a cargo del solicitante.

Examen técnico de la variedad vegetal

Art. 38. - Una vez realizado el examen de la solicitud a que se refiere el artículo 33 de la presente ley, la variedad vegetal objeto de la solicitud y respecto de la cual se pretende la protección mediante el otorgamiento de un título de obtentor vegetal, será sometida a un examen técnico cuya finalidad será:

- a) Comprobar que la variedad pertenece al taxón botánico descrito;
- b) Determinar que es distinta, homogénea y estable de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 26, 27 y 28, respectivamente, y
- c) Establecer una descripción definitiva de la variedad.

La Autoridad establecerá conjuntamente con el Centro Nacional de Tecnología Agropecuaria del Ministerio de Agricultura y Ganadería, para cada especie o grupo de especies, las normas precisas para la realización del examen técnico entre las que, al menos, se detallará:

- a) El material vegetal que el obtentor debe entregar para poder realizar las observaciones pertinentes;
- b) Las características en cuanto a la calidad del mencionado material;
- c) Las fechas y lugares donde debe ser depositado el mismo; y
- d) La duración de los exámenes que al menos será de dos años o ciclos de producción, salvo que circunstancias especiales aconsejen lo contrario así como otros detalles sobre la realización de los mismos.

El examen técnico será realizado por el Centro Nacional de Tecnología Agropecuaria y Forestal, en adelante el Centro.

En aquellos casos en que el examen técnico no pueda ser realizado por el Centro, éste podrá utilizar los exámenes técnicos realizados en otro centro especializado, ya sea de la República o de otro país, siempre y cuando técnicamente sea posible y guarde las debidas garantías.

En el caso que se trate de una variedad que contenga trazas de ADN recombinante o constituya en sí mismo un organismo genéticamente modificado, el examen técnico deberá seguir los procedimientos y hacer uso de las técnicas establecidas por las autoridades correspondientes para prevenir daños potenciales a la salud humana, agropecuaria y al medio ambiente.

Sección Tercera

De la oposición a la concesión de un título de obtentor vegetal

Legitimación y alcance

Art. 39.- Cualquier persona podrá oponerse a la concesión de un título de obtentor vegetal mediante la presentación de un escrito dirigido la Autoridad, durante los 60 días posteriores a la publicación de la resolución de admisión de la solicitud correspondiente.

Únicamente podrán plantearse oposiciones basadas en alguno de los siguientes motivos:

- a) El incumplimiento de las condiciones establecidas en los artículos 17, 25, 26, 27 o 28 de la presente Ley;
- b) El incumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 29 y 33 de la presente Ley, o
- c) La infracción de las normas sobre denominaciones varietales establecidas en los artículos 44, 45 y 46 de la presente ley o en su reglamento respectivo.

Quienes manifiesten su oposición serán considerados como interesados para efectos de la tramitación de los procedimientos correspondientes.

Procedimiento de oposición

Art. 40.- Las oposiciones serán comunicadas al solicitante, quien dispondrá de un plazo de sesenta días para hacer alegaciones sobre las mismas y precisar si tiene intención de mantener su solicitud, modificarla o retirarla.

Las oposiciones presentadas serán examinadas y resueltas, con base en la información presentada por ambas partes, en un plazo máximo de treinta días, posteriores al cumplimiento del plazo otorgado en el inciso primero del presente artículo.

La Autoridad, con objeto de resolver las oposiciones presentadas, podrá requerir a las personas que incoaron la oposición la aportación de información y documentación adicional, así como del material vegetal necesario para proceder a su examen técnico.

La resolución del procedimiento constará en la resolución final del procedimiento de concesión del título de obtentor vegetal correspondiente.

Sección Cuarta

Resolución del procedimiento de otorgamiento de un título de obtentor vegetal

Resolución

Art. 41.- La Autoridad concederá el título de obtentor vegetal solicitado cuando, como resultado de los exámenes de la solicitud y técnico de la variedad, se compruebe que la misma cumple con las condiciones previstas en el artículo 24 de la presente Ley.

La protección otorgada por el título de obtentor vegetal producirá efectos con carácter retroactivo desde el momento de presentación de la solicitud.

El goce de los derechos derivados de la titularidad se hará efectivo hasta que se produzca el pago de la tasa correspondiente al mantenimiento de la variedad.

La concesión del título de obtentor vegetal deberá ser inscrita en el Registro.

Plazo para el otorgamiento de la resolución

Art. 42.- Una vez terminado el examen de la solicitud y técnico de la variedad, la Autoridad tendrá un plazo máximo de quince días para emitir la resolución de concesión o rechazo del título de obtentor vegetal.

Transcurrido el plazo establecido en el inciso anterior sin que la Autoridad haya dictado resolución expresa, se tendrá por desestimada la solicitud del título de obtentor vegetal.

Caducidad del procedimiento

Artículo 43.- El procedimiento para el otorgamiento de un título de obtentor vegetal es a instancia de parte.

Transcurridos noventa días a partir de la última notificación, sin que el interesado realice alguna actividad necesaria para procurar la tramitación del procedimiento, se declarará la caducidad del mismo y se archivará.

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no se declarará la caducidad del procedimiento cuando el solicitante justifique debidamente ante la Autoridad que su inactividad fue consecuencia de un caso fortuito o de la concurrencia de causas de fuerza mayor u otras circunstancias excepcionales.

Capítulo III Denominación de la Variedad

Requisitos de las denominaciones

Art. 44.- La variedad será designada por una sola denominación, que permita identificarla sin riesgo de confusión con otra y destinada a ser su designación genérica.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 45 de la presente ley, ningún derecho relativo a la designación registrada como la denominación de la variedad podrá obstaculizar la libre utilización de la denominación en relación con la variedad, incluso después de la expiración del derecho de obtentor.

La denominación no podrá componerse únicamente de cifras, ni deberá inducir a error o prestarse a confusión sobre las características, el valor o la identidad de la variedad o sobre la identidad del obtentor.

Sólo se admitirá como denominación de una variedad una composición de letras y números, cuando la misma vaya a ser utilizada exclusivamente para la producción de material de propagación de otras variedades, o sea una práctica establecida para designar variedades.

Registro de la denominación

Art. 45.- La denominación de la variedad será propuesta por el solicitante a la Autoridad. La denominación de la variedad se registrará al mismo tiempo que se otorgue el título de obtentor vegetal.

Si se comprueba que la denominación no responde a lo establecido en el artículo 44 de la presente ley, se denegará el registro y se exigirá que el obtentor proponga otra denominación en los plazos que reglamentariamente se señalen. Los derechos adquiridos con anterioridad por terceros no serán afectados.

Si, en virtud de un derecho anterior, la utilización de la denominación de una variedad está prohibida a una persona que está obligada a utilizarla, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 46, la Autoridad exigirá que el obtentor proponga otra denominación para la variedad.

En particular el solicitante no puede proponer como denominación de una variedad, una designación que ya se beneficie de un derecho de marca referente a productos idénticos o similares, en el territorio de la República o en países con los que se hayan establecido convenios sobre protección de obtenciones vegetales, o una denominación que pueda crear confusión con dichas marcas.

El solicitante deberá presentar junto con la solicitud del título de otorgamiento del título de obtentor vegetal, un informe expedido por la Autoridad en el que consten las posibles identidades y parecidos con marcas ya registradas o en trámite de registro que hayan sido descubiertas, con expresión de los productos amparados por ellas, previo pago de la tasa correspondiente.

Utilización de la denominación

Art. 46.- Una variedad no podrá denominarse de modo diferente al utilizado en el primer país donde haya sido registrada, a menos que por la Autoridad, se compruebe que la denominación es inadecuada en el territorio de la República, en cuyo caso, se exigirá que el obtentor proponga otra denominación.

Quien en el territorio de la República proceda a la puesta en venta o comercialice material de reproducción o de multiplicación vegetativa de una variedad protegida, estará obligado a utilizar la denominación de esa variedad, incluso después de la expiración del derecho de obtentor relativo a esa variedad, a condición de que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 45 de la presente ley, no se opongan derechos anteriores a esa utilización.

Cuando una variedad se ofrezca en venta o se comercialice, estará permitido asociar una marca de fábrica o de comercio, un nombre comercial o una indicación similar, a la denominación de la variedad registrada. Si tal indicación se asociase de esta forma, la denominación deberá ser, no obstante, fácilmente reconocible.

Capítulo IV **Mantenimiento del derecho de obtentor**

Mantenimiento de la variedad

Art. 47.- El titular del título de obtención vegetal relativo a una variedad será responsable del mantenimiento de la misma o, cuando proceda, de sus componentes hereditarios, mientras permanezca vigente la protección.

Para ello deberá realizar cada cinco años contados a partir de la fecha de otorgamiento del título de obtentor vegetal, un nuevo examen técnico y presentar sus resultados a la Autoridad.

La Autoridad podrá requerir al titular de un título de obtentor vegetal en cualquier otro momento, para que presente la información, documentos o material que se consideren necesarios para el control del mantenimiento de la variedad, así como para la renovación de las muestras oficiales en el caso que las hubiese y que componen la colección de referencia.

Verificación de la variedad

Art. 48.- El Centro comprobará si las variedades objeto del título de obtentor vegetal permanecen inalterables mediante el estudio de la información descrita en el inciso segundo de artículo 47 de la presente ley, debiendo rendir un informe a la Autoridad para los efectos pertinentes.

Cuando existan indicios de que la variedad no está siendo mantenida adecuadamente por el titular del título de obtentor vegetal, la Autoridad ordenará un control del mantenimiento de la variedad estableciendo las modalidades del mismo mediante ensayos de campo u otros ensayos en los que el material suministrado por el titular será comparado con la descripción o la muestra oficial de la variedad.

Cuando de dicho control se desprenda que el titular no ha mantenido las condiciones de la variedad se le advertirá de ello.

En aquellos casos en que se compruebe que la variedad no es homogénea o estable, la Autoridad procederá a la cancelación del título de obtentor otorgado de acuerdo al artículo 21 de la presente ley.

TÍTULO V DE LAS TASAS

Fundamento de las tasas

Art. 49.- Los actos administrativos de la Autoridad necesarios para la aplicación de esta ley, dan lugar a la percepción de diferentes tasas para cubrir los gastos que se generen en la prestación de los servicios que la misma brinda.

Art. 50.- Para los efectos de la presente ley se entenderá por salario mínimo mensual vigente, el salario mínimo fijado según los procedimientos legales establecidos en el ordenamiento jurídico y correspondiente al sector de industria, vigente al momento de prestarse el servicio correspondiente.

Tasas

Art. 51.- Por la prestación de los servicios que se listan a continuación se percibirán las tasas siguientes:

- a) Por la tramitación de solicitud del título de obtentor vegetal que incluye el servicio por la concesión del mismo se percibirá una tasa de 0.75 del salario mínimo mensual vigente.

- b) Por la realización de examen técnico de la variedad se percibirá una tasa equivalente a tres veces el salario mínimo mensual vigente por cada período vegetativo.
- c) Cuando se trate de una variedad híbrida de cualquier especie y sea necesario efectuar el estudio de los componentes genealógicos, el valor de la tasa mencionada en el literal anterior aumentará al doble.
- d) Por el mantenimiento de los derechos de obtentor se percibirá una tasa anual de 0.50 del salario mínimo mensual vigente, por cada uno de los años comprendidos dentro del plazo de vigencia de dichos derechos.
- e) Por la restitución del título de obtentor vegetal se percibirá una tasa de 0.30 del salario mínimo mensual vigente.
- f) Por el cambio de denominación de la variedad, transferencia de propiedad y licencias de explotación se percibirá una tasa de 0.30 del salario mínimo mensual vigente.
- g) Por las licencias contractuales se percibirá una tasa equivalente a tres veces el salario mínimo mensual vigente.
- h) Por las licencias obligatorias se percibirá una tasa equivalente a dos veces el salario mínimo mensual vigente.
- i) Por la tramitación de la oposición a una solicitud de título de obtentor vegetal se percibirá una tasa de 0.75 del salario mínimo mensual vigente.
- j) Por la publicación en el Diario Oficial se percibirá la tasa que establezca la Imprenta Nacional.
- k) Por el informe expedido por la Autoridad en el que consten las posibles identidades y parecidos con marcas ya registradas o en trámite de registro que hayan sido descubiertas, con expresión de los productos amparados por ellas, se percibirá la tasa establecida por el registro correspondiente.

Quedarán obligados al pago de estas tasas, las personas naturales o jurídicas, que soliciten y reciban de la Autoridad cualquiera de los servicios listados anteriormente.

Gestión y recaudación

Art. 52.- Los servicios y actividades constitutivos del hecho imponible de las tasas previstas en el artículo 51 de la presente ley, no se prestarán o realizarán hasta tanto no se haya efectuado el pago correspondiente.

Los servicios y actividades constitutivos del hecho imponible de las tasas previstas en el artículo 51 de la presente ley, aun cuando hubieran sido prestados, no serán eficaces hasta tanto no se haya efectuado el pago en la cuantía que fuera exigida.

TÍTULO VI DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES

Infracciones administrativas

Art. 53.- Las infracciones administrativas se clasifican en leves, graves y muy graves.

Serán infracciones muy graves:

- a) La transferencia de material vegetal protegido por un título de obtentor vegetal que no se corresponda con las características que figuran en su descripción definitiva.
- b) Los incumplimientos de las condiciones incluidas en la licencia de explotación de una variedad protegida que afecten a las cualidades intrínsecas del material o a las circunstancias que motivaron la concesión del título de obtentor vegetal.
- c) La aportación de datos falsos que puedan ser relevantes para el goce de un título de obtentor vegetal.

Serán infracciones graves:

- a) La no presentación o el intento de ocultar información relevante para el goce de un título de obtentor vegetal.
- b) Las actuaciones dirigidas a dificultar el control de las actividades reguladas en esta ley y la observancia de las reglas que para su desarrollo y fiscalización se establecen en la misma.
- c) La negativa o resistencia a suministrar datos o a facilitar la información requerida por la Autoridad en orden al cumplimiento de las funciones de información, tramitación, inspección y ejecución de las materias a que se refiere la presente ley.
- d) La ocultación de información por las entidades autorizadas para el acondicionamiento de grano de siembra, en relación con lo establecido en el artículo 11 de la presente ley.
- e) El incumplimiento de la obligación de utilizar la denominación asignada a la variedad

contemplada en el inciso tercero del artículo 46 de la presente ley.

Serán consideradas como infracciones leves cualquiera de las actuaciones tipificadas en el inciso segundo y en el inciso tercero del presente artículo, cuando no concurra dolo sino simple negligencia.

Sanciones

Art. 54.- Según su clase, las infracciones serán sancionadas según se establece a continuación:

- a) Las infracciones calificadas como muy graves se sancionarán con multas comprendidas entre 16 y 20 veces el salario mínimo mensual vigente.
- b) Las infracciones calificadas como graves serán sancionadas con multas comprendidas entre 6 y 15 veces el salario mínimo mensual vigente.
- c) Las infracciones calificadas como leves serán sancionadas con multas comprendidas entre 2 y 5 veces el salario mínimo mensual vigente.

Además de las multas señaladas en el presente artículo, se ordenará el decomiso del material vegetal, en los supuestos previstos en las letras a) y b) del inciso segundo del artículo 53 de la presente ley.

Cuantía de las sanciones

Art. 55.- La determinación de la cuantía de las multas se hará atendiendo en cada caso a la existencia de intencionalidad o reiteración, a la naturaleza de los perjuicios causados y a la reincidencia en la comisión de infracciones.

TÍTULO VI DISPOSICIONES FINALES

Art. 56.- Respecto de los recursos que pueden ser interpuestos frente a las resoluciones de la Autoridad, así como lo relativo a las publicaciones, notificaciones, computo de plazos y otras materias relacionadas con la operativización de la presente ley, se atenderá a lo dispuesto en la Ley de Procedimientos Uniformes para la Presentación, Trámite y Registro o Depósito de Instrumentos en los Registros de la Propiedad Raíz en Hipotecas, Social de Inmuebles, de Comercio y de Propiedad Intelectual o al derecho común, en lo que sea procedente.

Art. 57.- El presente Decreto entrará en vigencia noventa días después de su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN EL SALÓN AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador a ---- días del mes de --- de dos mil seis.

**INTEGRANDO EL CAFTA CON EL
DESARROLLO SOSTENIBLE:**

**POSIBILIDADES Y OPCIONES PARA
ESTABLECER SINERGIAS ENTRE LA UPOV
Y LAS OBLIGACIONES CONTENIDAS EN LOS
TRATADOS AMBIENTALES
MULTILATERALES.**

Jorge Cabrera Medaglia

INTRODUCCIÓN

El tema de los derechos de propiedad intelectual (DPI) se ha encontrado inmerso en intensos debates y polémicas respecto a la conveniencia y la oportunidad de vincular esta temática con los Tratados de Comercio, como componente imprescindible en las agendas y mesas de negociación comerciales. En diferentes foros nacionales e internacionales, se están discutiendo las transformaciones legales e institucionales provenientes de los acuerdos a ser concretados, y los efectos que tendrán en tópicos tan relevantes como la competitividad de las naciones, el desarrollo industrial, la salud pública, la educación, la seguridad alimentaria y más recientemente el medio ambiente.

Con relación a este último aspecto, y debido al surgimiento de un marco legal internacional contemplado en las disposiciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y Tratado Internacional de la FAO sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (FAO-TI), se ha insistido en la existencia de un conflicto entre ciertas tendencias orientadas al fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual y los objetivos de conservar, utilizar sosteniblemente la biodiversidad y distribuir equitativamente los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos. En este sentido, si bien consideramos que la implementación práctica de ciertas formas de propiedad intelectual puede tener consigo efectos negativos, el presente trabajo parte de la premisa de que existe un margen de maniobra adecuado para establecer sinergias apropiadas entre las obligaciones comerciales en materia de DPI y aquellas contenidas en los tratados ambientales citados.

El debate en torno al tema de la propiedad intelectual ha sido profuso y parte de consideraciones mucho más amplias relativas al papel de estos derechos en la difusión de las innovaciones y el conocimiento, como agentes importantes para el desarrollo de los países. En gran medida las discusiones giran en torno a las consecuencias que el fortalecimiento de los DPI puede tener sobre las posibilidades de desarrollarse mediante el uso de tecnología, el acceso a instrumentos básicos para la educación (bases de datos, software, entre otros) y para la salud (v.g. medicamentos) y sus impactos en la biodiversidad. No es de extrañar que a la vinculación del tema con las agendas de comercio (en forma reciente) y de desarrollo (desde mediados de los 60) se le agregue ahora un nuevo elemento de importancia: el ambiental.

La mayoría de los autores y organizaciones que se refieren al tópico (en el marco de las disposiciones existentes en el ADPIC y en concreto lo dispuesto en el artículo 27.3.b), consideran especialmente los efectos que los derechos de propiedad intelectual vinculados a las formas de vida, tendrían sobre la biodiversidad y las comunidades indígenas y campesinas. Los argumentos cubren un amplio espectro, desde el fomento a la biopiratería sobre los recursos y conocimientos tradicionales,

hasta la imposibilidad de los campesinos para guardar e intercambiar semillas de variedades protegidas por estos derechos, pasando por las implicaciones y consecuencias de los organismos genéticamente modificados. En definitiva, la relación entre propiedad intelectual, recursos genéticos, distribución de beneficios y conocimiento tradicional resulta compleja (Downes, 1999).

I. DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES ASPECTOS JURÍDICOS DEL SISTEMA DE UPOV 1991 Y DE LA APLICACIÓN DEL SISTEMA DE PATENTES A LAS PLANTAS Y VARIEDADES VEGETALES.¹²

1. CONCEPTOS BÁSICOS SOBRE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DPI¹³

Este trabajo se refiere únicamente a los mecanismos de patentes y derechos de obtención vegetal y no a otros mecanismos que pueden ser utilizados, como por ejemplo los secretos comerciales, fundamentalmente para la protección de las líneas parentales de híbridos.

En esta sección se explica brevemente el funcionamiento de los sistemas de protección de los DPI relevantes para el estudio: el sistema de patentes y el de derechos de obtención vegetal.

1.1 El sistema de patentes

Para obtener una patente de invención se deben cumplir con una serie de requisitos:

Novedad: Se exige que la invención no se encuentre en el “estado de la técnica,” el cual comprende todo lo que haya sido divulgado o hecho accesible al público en cualquier lugar del mundo y por cualquier medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente. También es usual considerar dentro del “estado de la técnica” el contenido de la solicitud de patente en un registro de propiedad intelectual o industrial o la publicación de la solicitud. En algunas legislaciones, por ejemplo la estadounidense, se prevén periodos de gracia en las cuales la divulgación o publicación del invento no destruyen la novedad de la patente.

Nivel inventivo: Se considera que una invención tiene nivel inventivo, si para una persona capacitada en la técnica correspondiente la invención no resulta obvia, ni se habría derivado de manera evidente del estado de la técnica pertinente.

⁹ Algunos aspectos de la introducción han sido tomados de Cabrera y Sánchez, 2003.

¹⁰ Por ejemplo, el Consejo del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Comité de Comercio y Medio Ambiente de dicha Organización, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Organización Mundial para la Propiedad Industrial (OMPI), entre otros.

¹¹ Con respecto a las implicaciones de los derechos de propiedad intelectual sobre el desarrollo en general y en los casos de la biodiversidad y la seguridad alimentaria, se recomienda ver el trabajo de ICTSD-UNCTAD, Intellectual Property Rights: implications for development. Policy Discussion Paper, Geneva, 2003; y el Reporte de la Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual, "Integrating intellectual property rights and development policy", Londres, Septiembre 2002, disponible en www.iprcommission.org. Ambos documentos proveen un detallado y objetivo análisis de las implicaciones de ciertas tendencias en materia de propiedad intelectual sobre el desarrollo, incluyendo: agricultura y recursos genéticos, conocimiento tradicional, acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios.

¹² Sobre la situación en América Latina, véase Astudillo, Salazar y Cabrera (2002); sobre el uso de patentes, derechos de obtención y otros en materia agrícola, se recomienda a Bernard Le Buanec, Protection of Plant Related Innovations: evolution and current discussions y Jean Donnenuwirth e al., Intellectual Property Rights, Patents, Plant Variety and Contract Protection, en IP Strategy Today, Biodevelopments, No 9, 2004.

¹³ Este trabajo se refiere únicamente a los mecanismos de patentes y derechos de obtención vegetal y no a otros mecanismos que pueden ser utilizados, como por ejemplo los secretos comerciales, fundamentalmente para la protección de las líneas parentales de híbridos.

Ello implica que en muchos casos, el simple cruce de plantas y el resultado obtenido, no tendrán el suficiente nivel inventivo para otorgarles una patente de invención (Astudillo y Alarcón, 1997). Diferente es el caso de un organismo resultante de modificaciones mediante técnicas de ingeniería genética (ADN recombinante, etc.), las cuales si pueden ser patentables. A pesar de ello, en la práctica de los Estados Unidos se han otorgado patentes a plantas modificadas por medios convencionales. Igualmente las Oficinas de Patentes han permitido el patentamiento de plantas, semillas, métodos de mejoramiento, híbridos, líneas híbridas, etc. Estas interpretaciones han considerado que las invenciones relacionadas con la materia viva (plantas en este caso) son susceptibles de protección al cumplir con el requisito de nivel inventivo. Ello ha abierto la puerta para el otorgamiento de estos títulos de protección de manera sumamente amplia a innovaciones relacionadas con la materia viva, aún las creadas mediante mejoramiento genético convencional.

Aplicación industrial: Una invención se considerará que posee aplicación industrial cuando su objeto pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria o actividad productiva. El término "industrial" se entiende en sentido amplio, comprendiendo la artesanía, la agricultura, ganadería, pesca, servicios, etc. Como un invento se conceptúa como la solución técnica de un problema específico; meras elucubraciones sin aplicación práctica se encuentran fuera del derecho de patentes.

Asimismo, el sistema de patentes exige que el solicitante describa y haga públicos- en algunas legislaciones de la mejor manera posible-, todos los detalles de su invención de forma suficientemente clara y completa para que una persona capacitada en la técnica pueda reproducirla y ejecutarla, sin requerir una nueva actividad inventiva (enablement). De esta manera, el inventor pone a disposición del público toda la información sobre su invento, la cual vendrá a ser parte del bagaje de la tecnología. En ocasiones si la complejidad de la invención lo determina (cual es el caso de la mayoría de aquellas relativas a la materia viva), puede sustituirse o complementarse la descripción con el depósito, por ejemplo, del microorganismo o la planta.

Tampoco es posible proteger inventos contrarios al orden público, la moral y las buenas costumbres.

La patente puede conferirse a un producto, a un proceso (un método de fabricación, etc.), a un producto obtenido directamente de la utilización de un proceso, o a un nuevo uso de un producto existente. La patente conferida otorga derechos exclusivos para:

- a. Cuando se trate de un producto, impedir que terceros sin el consentimiento del titular, realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación para esos fines, del producto objeto de la patente.
- b. Cuando se trate de un procedimiento, impedir que terceros, sin el consentimiento del titular, realicen el acto de utilización del procedimiento y los actos de uso, oferta para la venta, importación para esos fines, del producto obtenido directamente por el procedimiento.

Generalmente, las leyes de patentes establecen excepciones a los derechos del titular relativas a los actos de investigación y enseñanza. Además en ocasiones se encuentra estipulado el llamado "uso inocente."¹⁴

¹⁴ Se trata de aquellos actos realizados de buena fe antes de la solicitud u otorgamiento de la patente, que hacen uso del procedimiento o del producto o tenía planes serios de hacerlo.

El alcance de los derechos queda determinado por las reivindicaciones, es decir las solicitudes concretas de protección que realice el inventor.

En materia agrícola son de interés los siguientes tipos de patentes:

- a. **Patente sobre genes y plantas conteniendo esos genes.** Ésta constituye una de las más importantes formas de protección sobre los genes y las plantas transformadas que contengan el mismo. A manera de ilustración, las reivindicaciones de este tipo de patentes se ejercen sobre: "una proteína purificada o aislada; la secuencia de ácido nucleico aislada o purificada que codifica la proteína; plásmidos y vectores de transformación conteniendo la secuencia genética; plantas o semillas de tales plantas transformadas con tales vectores y conteniendo la secuencia genética y la progenie o semillas de tales plantas." (Barton, 1998). En estos casos, bastante frecuentes en la nueva biotecnología agrícola, se protege el uso del gen por un tercero, incluyendo su utilización e inserción en otras variedades vegetales. Sin embargo, estas patentes no son permitidas en todos los países y aún en aquellos que las otorgan, existen importantes discusiones sobre lo obvio de la invención y sobre la característica de descubrimiento más que de invento de tales secuencias y proteínas.
- b. **Patentes de procesos básicos e invenciones.** Se trata de patentes de suma importancia desde el punto de vista del control del mercado, sobre todo las relacionadas con el uso de ingeniería genética y otras técnicas similares para crear plantas transgénicas. Precisamente por las amplias reivindicaciones de estas patentes, han traído consigo litigios y es difícil determinar hasta donde puede emplearse una patente de proceso sin infringir otras similares (Barton, 1997 y 1998). Algunos ejemplos de reivindicaciones de estas patentes son los métodos para la introducción de sustancias en células vivas y tejidos, así como los métodos para regular la expresión de genes en plantas (Barton, 1998).
- c. **Patentes sobre variedades terminadas.** En los Estados Unidos es posible obtener patentes para una variedad específica identificada por la descripción o el depósito, siendo los estándares para otorgar estas patentes relativamente bajos (Barton, 1998). Por ejemplo, se han otorgado patentes a variedades de maíz y de soya. Posiblemente otros países no acepten este tipo de patentes sobre variedades producidas por métodos convencionales, considerando que no poseen nivel inventivo.

En términos de la protección otorgada por patentes debe tenerse presente que El Salvador ha decidido proceder con la misma.

1.2 El sistema de los derechos de obtención vegetal (DOV)¹⁵

En la década de los 50, en Europa se comenzó a discutir sobre la necesidad de otorgar algún tipo de protección a las plantas. Inicialmente no existía consenso sobre cuál sería el sistema de protección. Se perfilaban como posibilidades tanto la modalidad de patentes o bien la creación

¹⁵ Véase igualmente Sain, Cabrera y Quemé, 1999. La descripción que sigue se basa en los contenidos del Acta de 1991, excepto que se indique lo contrario.

de un nueva modalidad "sui generis."

Precisamente, las dificultades de tutelar estas nuevas variedades mediante las patentes de invención incitaron a países como los Estados Unidos y varias naciones europeas a emitir leyes especiales destinadas a brindar a los fitomejoradores determinados derechos.¹⁶ Las iniciativas nacionales en estos países llevaron a la negociación y aprobación del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) en 1961. Firmado en París, este Convenio entró en vigor el año 1968 y fue revisado posteriormente en 1972, 1978 y 1991. Actualmente sólo es posible acceder al Acta de 1991.¹⁷

De esta forma, la protección de las plantas (variedades vegetales) se ha efectuado por medio de un sistema alternativo, diferente al de las patentes de invención. En términos generales, aunque este esquema pretende igualmente conferir un derecho de exclusión a terceros de una serie de actos, los principios básicos que rigen el mismo son distintos.

De acuerdo con la UPOV, la nueva variedad vegetal que se pretende proteger debe cumplir con 4 requisitos o condiciones fundamentales (artículos 5 a 9):

- a. Debe ser **distinta** o claramente distinguible de cualquier otra variedad, cuya existencia sea notoriamente conocida al momento de solicitar la protección. En particular, el depósito en cualquier país de una solicitud de derecho de obtentor para otra variedad o la inscripción en un registro de variedades oficiales reputará a dicha variedad notoriamente conocida (art. 7).
- b. Suficientemente **homogénea**, teniendo en cuenta las particularidades que presenta su reproducción sexual o su multiplicación vegetativa. Se considerará homogénea a la variedad si es suficientemente uniforme en sus caracteres pertinentes, a reserva de su variación previsible habida cuenta de las particularidades de su reproducción sexuada o vegetativa (art 8).
- c. **Estable** en sus caracteres esenciales de forma que pueda permanecer fiel a su tipo después de reproducciones o multiplicaciones sucesivas. Se considerará estable si sus caracteres pertinentes permanecen inalterados después de reproducciones o multiplicaciones sucesivas o en caso de un ciclo particular de reproducciones, al final de cada ciclo (art. 9).
- d. **Nueva** en el sentido de que no haya sido comercializada o entregada a terceros el material de reproducción o multiplicación o un producto de la cosecha de la variedad, con fines de explotación de la misma, con el consentimiento del obtentor, sus derechohabientes y causahabientes en el país en el cual se solicita protección durante un determinado plazo (un año), antes de la fecha de solicitud; o en un país diferente en un plazo de cuatro años y un plazo de seis años si se trata de árboles o vides (art. 6). Como se observa en el caso de las variedades vegetales se adopta un concepto de novedad comercial (la entrega del

¹⁶ Por ejemplo, el Convenio Europeo de Patentes excluye en el artículo 53 expresamente la patentabilidad de las variedades vegetales y las razas de animales. No obstante, la Oficina Europea de Patentes ha interpretado esta norma restrictivamente en el sentido de permitir patentes para plantas o animales que no constituyan una variedad, en los términos del Convenio de UPOV. Con ello, en el caso europeo al igual que en los Estados Unidos, es perfectamente posible patentar plantas, sus partes, secuencias genéticas, células, proteínas, etc., siempre y cuando se cumplan los requisitos básicos de la patentabilidad.

¹⁷ Ver el sitio de la UPOV para obtener información sobre los países miembros de las diferentes Actas y otros datos de interés sobre el funcionamiento de la misma. www.upov.int

material o producto de la cosecha para fines de explotación).

- e. Igualmente debe poseer una **denominación** (art. 20). Ésta constituye el nombre que identificará a la nueva variedad y por la cual dicha variedad será conocida por los potenciales compradores, como por ejemplo, la variedad Caturra, etc.

El procedimiento de inscripción es usualmente más sencillo que el de las patentes y se debe realizar un examen sobre la variedad materializada; en algunos países resulta suficiente la confrontación de los datos suministrados por el solicitante con los existentes para verificar el cumplimiento de los requisitos por parte de la variedad.¹⁸

En términos generales, se requiere la **autorización del titular del derecho**, sujeta normalmente a condiciones como el pago de regalías, para los siguientes actos realizados respecto al material de reproducción o propagación (art. 14):

- a. La producción o reproducción (multiplicación);
- b. La preparación con fines de reproducción o multiplicación;
- c. La oferta en venta;
- d. La venta o cualquier forma de comercialización;
- e. La exportación;
- f. La importación;
- g. La posesión para cualquiera de los fines anteriormente indicados.

Esta autorización se aplica igualmente a variedades esencialmente derivadas de la variedad protegida cuando ésta no sea a su vez una variedad esencialmente derivada; a variedades que no distinguen claramente de la variedad protegida y a variedades cuya producción necesite del empleo repetido de la variedad protegida.

Igualmente se requerirá la autorización del obtentor para los actos realizados respecto del producto de la cosecha, incluidas las plantas enteras y partes de plantas, obtenido por una utilización no autorizada de material de reproducción o multiplicación de la variedad protegida, a menos que el obtentor haya podido ejercer razonablemente su derecho en relación con dicho material.

De manera opcional, se prevé igualmente que cada Parte pueda requerir la autorización del titular para los actos realizados respecto de productos fabricados directamente a partir de un producto de cosecha de la variedad protegida, por utilización no autorizada de dicho producto de la cosecha, a menos que el obtentor haya podido ejercer razonablemente su derecho en relación con dicho producto de la cosecha. Los países pueden requerir la autorización del titular para actos distintos

¹⁸La prueba para determinar el cumplimiento de los requisitos por parte de la variedad sobre la cual se solicita protección se conoce como DUS por sus siglas en inglés o DHE (distinción, homogeneidad y estabilidad) en español. La UPOV ha elaborado diversos documentos que brindan orientación y directrices para el examen del DHE. Incluso existe un Comité Técnico y Grupos de Trabajo en la materia.

a los antes indicados.

Una variedad se considerará esencialmente **derivada** si (artículo 14):

- a. se deriva principalmente de la variedad inicial o de una variedad que a su vez se deriva de la variedad inicial, conservando al mismo tiempo las expresiones de sus caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial y se distingue claramente de la variedad inicial;
- b. se distingue claramente de la variedad inicial;
- c. salvo por lo que respecta a las diferencias resultantes de la derivación, es conforme a la variedad inicial en la expresión de sus caracteres esenciales.

Las variedades esencialmente derivadas podrán obtenerse por ejemplo, por la selección de un mutante natural o inducido, o de un variante somaclonal, selección de un individuo variante entre las plantas de la variedad inicial, retrocruzamiento o transformaciones por ingeniería genética.

La protección actual se extiende a todos los géneros botánicos (art. 3). A la fecha de quedar obligado por las disposiciones del Convenio, se deben proteger al menos 15 géneros o especies vegetales y a más tardar 10 años después todas las especies o géneros vegetales.

Se establece el trato nacional para las personas físicas o jurídicas residentes en los Estados Miembros asegurándose que se les conceda el mismo trato otorgado a los nacionales y la existencia de un derecho de prioridad de 12 meses (arts. 4 y 11).

Se establece el agotamiento del derecho del obtentor respecto a los actos relativos al material de la variedad protegida que haya sido vendido o comercializado de otra manera por el titular o con su consentimiento, salvo que impliquen una nueva reproducción o multiplicación de la variedad o que implique la exportación del material a un país que no la proteja (excepto para su consumo final, de conformidad con el artículo 16).

También, la tutela por este mecanismo es menor en tanto no concede protección a los procesos ni a las partes de las variedades. Sólidos argumentos se han esgrimido para justificar el otorgamiento de una tutela distinta a los mejoradores de plantas que parta de consideraciones propias de la forma en como éstos obtienen su invención y de la necesidad de garantizar el adecuado desarrollo de los regímenes de investigación y explotación agrícola y de las prácticas de intercambio de semillas entre los agricultores.

Adicionalmente, la UPOV contiene algunas reglas de importancia en lo referente a su forma de funcionamiento, contenidas en el artículo 15 (excepciones al derecho del obtentor). Según la UPOV, el uso de una variedad vegetal para crear nuevas variedades y la explotación comercial de éstas permanece libre (excepción del mejorador, salvo que la nueva variedad sea una variedad esencialmente derivada). También se permite a los agricultores el uso de sus propias semillas de variedades protegidas para la siembra de la siguiente cosecha en su propio campo (privilegio del agricultor). Se excluyen asimismo los actos realizados en un marco privado con fines no

comerciales y los actos realizados a título experimental. Los derechos del obtentor no se hacen extensivos a los productos obtenidos con las semillas protegidas, los cuales pertenecen al agricultor. El artículo 17 (limitación al ejercicio del obtentor) establece que, salvo disposición expresa del Convenio, ninguna Parte podrá limitar el libre ejercicio de un derecho de obtentor, excepto por razones de interés público. Tal limitación deberá acompañarse de una remuneración equitativa. Esta norma usualmente se traduce en el establecimiento de sistemas de licencias obligatorias.

El Convenio UPOV en su versión o Acta de 1978 ha sido modificado, a raíz de las manifestaciones de descontento por lo que algunos países consideraban una protección demasiado débil. Actualmente, el único Convenio que está abierto a la adhesión de los países es la versión o Acta de 1991.¹⁹ Las modificaciones de UPOV 1991 con relación al Acta de 1978 pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- a. La excepción del mejorador se ha restringido al introducirse el concepto de "variedad esencialmente derivada." De esta forma, la comercialización de una variedad creada a partir de una variedad protegida si ésta es esencialmente derivada de la primera, en los términos en que la Convención lo define ya no es libre. La investigación y el uso no comercial de la variedad, sí permanecen irrestrictos. Con ello se ha querido descartar mejoramientos cosméticos y a la vez recoger el sistema de dependencia de patentes que existe en numerosas legislaciones. Al mismo tiempo, se pretende proteger los derechos del obtentor así como los del ingeniero genético. Se ha afirmado que "La introducción de genes de interés en variedades vegetales está convirtiéndose en una práctica generalizada. La extensión de la protección a las variedades esencialmente derivadas restablece el equilibrio entre la protección por la patente y la protección por un título de obtención vegetal, pues si el obtentor no puede utilizar libremente un gen de resistencia para introducirlo en su variedad sin tener que pagar derechos de patente, el ingeniero genético podría, sin protección a las variedades esencialmente derivadas, por ejemplo, introducir un gen de resistencia en una variedad protegida y comercializarla sin autorización del obtentor" (Oficina de la UPOV sin fecha).
- b. El privilegio de los agricultores no se concede automáticamente, sino que resulta de una cláusula facultativa. Es decir, no se estipula como una excepción a los derechos del titular, aunque se dispone que las Partes podrán restringir los derechos del obtentor, lo que supone la potestad de estipular la procedencia de este privilegio. Se califica tal facultad indicando que debe realizarse dentro de límites razonables y a reserva de la salvaguarda de los intereses legítimos del obtentor. Esta cláusula ha dado pie en la Unión Europea, al establecimiento de un régimen común de obtenciones vegetales, en el cual no se confiere el derecho del agricultor. Por el contrario, con la salvedad de ciertos agricultores pequeños, se debe pagar royalties sobre la reutilización de las semillas provenientes de variedades protegidas. El royalty por pagar, no obstante, es uno menor.
- c. De conformidad con el sistema de la UPOV 1978, no se permite que se concedan dos

¹⁹Nuevas regulaciones y jurisprudencia de la Unión Europea y los Estados Unidos, con excepciones y diferencias en su aplicación, han limitado el derecho del agricultor a reutilizar las semillas sin pagar una suma de dinero al titular de los derechos. Véase un resumen de las disposiciones existentes en diferentes sistemas jurídicos que restringen el derecho del agricultor a la resiembra en GRAIN, Farmers privilege under attack, 2003.

tipos de protección a las obtenciones vegetales, a saber derechos de obtención vegetal y patentes. En el Acta de 1991 se modificó esa regla en el sentido de permitir la coexistencia de los dos regímenes a quienes al momento de adherirse, manifestaran la posibilidad de conceder ambos títulos de conformidad con la legislación del país en cuestión, cláusula que sólo Estados Unidos ha reclamado. Las modificaciones de 1991 permiten la coexistencia en cualquier caso de los dos tipos de tutela jurídica.

- d. En algunos casos, cuando el titular del derecho de obtención no haya podido ejercer sus derechos sobre el material de multiplicación o de reproducción, los derechos se extienden sobre el material de la cosecha e incluso sobre los productos. Con ello se pretende evitar que se realice una multiplicación no autorizada en un país que no proteja los derechos y la exportación del producto final a uno que si los proteja.
- e. En términos generales, se han extendido el alcance de los derechos del obtentor, las especies por proteger (todas) y término de protección (20 y 25 años).

Cabe señalar que las leyes nacionales de países no miembros de UPOV pueden establecer variaciones a las características antes dichas. En tanto el sistema creado se considere efectivo (artículo 27 del ADPIC), será completamente compatible con el ADPIC.

El Acta de la UPOV de 1991 contiene las siguientes disposiciones de interés:

- a. Requiere a los Estados proteger al menos 15 especies de plantas al acceder a UPOV y proteger todas las variedades en el período de 10 años (artículo 3).
- b. Contiene una definición de Variedad que no existía en el Convenio de 1978 (artículo 1).
- c. Se permite la doble protección por la vía de las patentes y derechos de obtención a las mismas variedades (artículo 35).
- d. El Acta de 1991 formula de manera explícita el requerimiento -implícito- del Acta de 1978, permitiendo la protección de las variedades descubiertas. De esta manera, el artículo 1 define al mejorador como la persona que mejora o descubre y desarrolla una variedad.
- e. Los cuatro requisitos para la protección de la variedad se mantienen con ligeras variantes. Por tal razón, el Acta de 1991 ha recibido las mismas críticas en el sentido de permitir la homogeneización genética y su falta de habilidad para proteger variedades de plantas más diversas, variedades tradicionales y landraces (artículos 5 a 9).
- f. Se realizaron adiciones a los derechos exclusivos que poseen los mejoradores sobre el material protegido de las variedades de plantas; por ejemplo, se extienden los derechos al material cosechado y productos -bajo ciertas condiciones y supuestos-, en el último

caso (productos) de forma opcional para los Estados (artículo 14).

- g. Trato Nacional. Cualquier derecho que una Parte otorgue en su legislación nacional debe ser inmediatamente concedido a los nacionales de otros Estados miembros del Acta 1991. La reciprocidad no es permitida, como ocurría con el Acta de 1978 que autorizaba la reciprocidad en el supuesto del otorgamiento de mayores derechos que los establecidos en la propia Acta (artículo 4).
- h. El término de protección se extiende a 20 años y 25 en el caso de árboles y vides (artículo 19).
- i. Excepciones y limitaciones. El Acta de 1991 formula de manera explícita que los actos privados sin propósitos comerciales están exentos de los derechos exclusivos atribuidos al titular de la variedad. Esta excepción igualmente puede autorizar a los agricultores el uso de material protegido en sus propios campos. También, se reconoce la excepción de investigación en los casos de actos realizados para propósitos experimentales (artículo 15).
- j. Se introduce el concepto de Variedad Esencialmente Derivada (artículo 14).
- k. Privilegio del agricultor. El Acta de la UPOV 1991 reconoce de manera explícita el privilegio del agricultor, aunque de forma más limitada que su predecesor. Por ejemplo, cada Parte puede establecer en sus leyes nacionales que los agricultores pueden utilizar sus semillas en sus propios campos. No obstante, este privilegio debe ser ejercitado dentro de los límites razonables y sujeto a la salvaguarda de los legítimos intereses del mejorador (artículo 15). El Acta no autoriza a los agricultores a vender o intercambiar semillas con otros agricultores. En este orden de ideas de conformidad con la industria semillera (ASSINSEL), el término "límites razonables" debe entenderse en el contexto de restringir la cantidad de semillas, hectáreas o especies que gozarán del privilegio del agricultor, mientras que la frase "salvaguardar los intereses del mejorador" requiere de una adecuada compensación. Por ejemplo, la Regulación de la Unión Europea sobre DOV (No 2100/94 del 27 de julio del 2004) exige una remuneración reducida (royalties), excepto en el caso de pequeños agricultores, mientras que la Legislación estadounidense (Plant Variety Protection Act, 1994) no requiere dicho pago.
- l. Licencias obligatorias. El artículo 17 del Acta de 1991 permite a los miembros restringir los derechos del fitomejorador por razones de interés público y requiere el pago de una remuneración adecuada para el mismo.
- m. El otorgamiento de la protección no puede estar sujeto a otras condiciones, siempre que la variedad posea una denominación, cumpla con las formalidades previstas en la legislación nacional y pague las tasas respectivas (artículo 5).
- n. La nulidad del derecho del obtentor sólo procede en los casos en que las condiciones establecidas para otorgar protección (distinción y novedad) no existan o si el solicitante no era el obtentor. Asimismo, la cancelación del derecho de obtentor se permite sólo si

no se cumple con las condiciones de estabilidad y uniformidad; sí, después de ser requerido, el obtentor no presenta documentación o materiales para verificar el mantenimiento de la variedad; no paga los derechos o tasas estipuladas; o no provee una nueva denominación luego de serle cancelada la primera. No es posible anular o cancelar el derecho por razones diferentes a las establecidas anteriormente (artículos 21 y 22).

- o. Cada Parte debe adoptar las medidas necesarias para la implementación de la Convención, incluyendo: establecer medidas adecuadas para la observancia de los derechos; designar una autoridad competente para otorgarlos; asegurarse que el público es informado sobre las solicitudes y otorgamiento de derechos de obtentor y de las denominaciones de las variedades. Al momento de acceder a la Convención, cada parte deberá estar en posición de cumplir con las disposiciones de UPOV, de conformidad con sus leyes (artículo 30).
- p. Finalmente, para acceder a UPOV (por ejemplo en el caso salvadoreño), el país necesita enviar su legislación al Consejo de ésta. El Consejo debe verificar y analizar si cumple con lo dispuesto en la UPOV o requiere modificaciones (artículo 34.3). De conformidad con este artículo, si la respuesta del Consejo es positiva el país podrá depositar el instrumento de adhesión.

Cuadro 1
Diferencias y similitudes entre las Patentes y los DOV (Acta 1978 y 1991).

Requisitos y condiciones	UPOV 78	UPOV 91	Patentes
Cobertura	<p>Varietades de plantas de especies nacionalmente definidas.</p> <p>Implicítamente, quien desarrolla una nueva variedad vegetal puede solicitar su protección.</p> <p>No se protegen procedimientos</p>	<p>Varietades de plantas de todas las especies y géneros</p> <p>Explícitamente, quien desarrolla una nueva variedad vegetal puede solicitar su protección.</p> <p>No se protegen procedimientos</p>	<p>Inventiones. Puede tratarse de materia viva como las plantas.</p> <p>En principio los descubrimientos no son patentables.</p> <p>Se puede proteger el procedimiento para la obtención de un producto, genes, partes de plantas, etc.</p>
Requisitos o condiciones de Protección	<p>Distinguibilidad</p> <p>Novedad</p> <p>Estabilidad</p> <p>Homogeneidad</p> <p>La variedad debe poseer una denominación</p>	<p>Distinguibilidad</p> <p>Novedad</p> <p>Estabilidad</p> <p>Homogeneidad</p> <p>La variedad debe poseer una denominación</p>	<p>Las condiciones de patentabilidad son: novedad absoluta, aplicación industrial y altura inventiva.</p>
Plazo de protección	Mínimo de 15 años, 18 para vides y árboles	Mínimo de 20 años, 25 para vides y árboles	20 años
Agotamiento del derecho	El derecho se agota en principio con el primer acto de comercio. Se prevén excepciones cuando los actos de terceros impliquen la reproducción o multiplicación de la variedad	El derecho se agota en principio con el primer acto de comercio. Se prevén excepciones cuando los actos de terceros impliquen la reproducción o multiplicación de la variedad o la exportación de la misma a un país que no la proteja	El derecho se agota con el inicio de la comercialización del producto patentable (primera venta), sin excepciones.
Excepción del fitomejorador	Se prevé	Se prevé, pero se excluye para variedades esencialmente derivadas.	No se prevé.
Derecho del agricultor.	Si. Permite el reuso de semillas de forma implícita.	Si. Se permite pero es facultativo para cada País y debe considerar el interés del fitomejorador.	No se contempla.
Doble protección.	No se permite la doble protección (patentes y	Se permite	Se permite.

II. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES PERTINENTES DEL CAPÍTULO 15 (PROPIEDAD INTELECTUAL) DEL CAFTA Y DE LAS OBLIGACIONES DIMANANTES DE LA OMC.

1. LAS NORMAS RELEVANTES DEL ADPIC Y LAS DISCUSIONES DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Negociado durante la Ronda Uruguay del entonces GATT, el ADPIC establece en su artículo 27 la obligación de todos los Estados Miembros de conferir protección por medio de patentes en todos los campos de la tecnología, sin discriminación alguna.²⁰

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 fabricados en el país.

Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación.

Esta disposición de naturaleza genérica, sin contar con un conjunto apropiado de excepciones y limitaciones, conllevaría por ejemplo la necesidad de los países miembros de otorgar protección por medio del sistema de patentes a las invenciones relacionadas con la biotecnología moderna.²¹

No obstante, debido a la discrepancia en cuanto al alcance de la protección de las invenciones relacionadas con plantas y animales (fundamentalmente los productos y procesos que involucran actividades de índole biotecnológica), el Acuerdo dispone en su artículo 27.3.b), que **los Miembros podrán excluir de la patentabilidad, las plantas y los animales excepto los microorganismos y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección mediante patentes a todas las obtenciones vegetales, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de ambos. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de un examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.**

²⁰El Foro para tratar los temas relacionados con la propiedad intelectual había sido tradicionalmente la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). No obstante, debido a la ausencia de mecanismos eficaces de solución de controversias ante los casos de incumplimientos de la legislación, se consideró las negociaciones del GATT como foro más viable para establecer estándares mínimos y mecanismos de observancia de los derechos conferidos (cfr. Reichman, 1998). Sin embargo, se busca nuevamente otorgar a la OMPI un rol como regulador principal de los temas de propiedad intelectual, especialmente si consideramos la propuesta de negociar un Tratado Sustantivo en Materia de Patentes conocido por sus siglas en inglés como el SPLT (cfr. Correa y Musungu, 2002).

²¹Usualmente se considera biotecnología moderna a las técnicas de ADN recombinante, las cuales permiten transferir el ADN de, por ejemplo, bacterias a plantas con el fin de otorgar a éstas una característica deseada. Así se han creado plantas genéticamente modificadas a las cuales se les ha alterado su genoma mediante la introducción de genes de la bacteria *Bacillus Turingensis* (o BT) que permite que las plantas produzcan sustancias que resultan tóxicas para cierta clase de insectos, limitando el uso de químicos de síntesis externos.

Si bien es cierto, dicha disposición debió haber sido revisada en 1999 en seno del Consejo del ADPIC; los Miembros se limitaron a recopilar información sobre el estado de cumplimiento de los países con el mandato contenido en dicho artículo.²² Cabe indicar que los países en desarrollo contaban hasta el 1 de enero del 2000 para promulgar la legislación que protegiera las variedades de plantas, excepto que la alternativa escogida fuera la patentabilidad de las variedades vegetales en cuyo caso, al tratarse de materia no sujeta previamente a patentes en el país de que se tratare, podía gozar de un plazo mayor hasta el 2005.

La Declaración Ministerial de Doha²³ que lanza la actual Ronda de Negociaciones Comerciales (párrafo 19) de la OMC, específicamente encomienda al Consejo del ADPIC que al llevar adelante su programa de trabajo, incluso en el marco del examen previsto en el párrafo 3 b) del artículo 27, del examen de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC previsto en el párrafo 1 del artículo 71 y de la labor prevista en cumplimiento del párrafo 12 de la Declaración, examine entre otras cosas:

- a. la relación entre el Acuerdo de los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica;
- b. la protección de los conocimientos tradicionales y el folklore; y
- c. otros nuevos acontecimientos pertinentes señalados por los Miembros de conformidad con el párrafo 1 del artículo 71.

Al realizar dicha labor, el Consejo de los ADPIC se regirá por los objetivos y principios enunciados en los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y tendrá plenamente en cuenta la dimensión del desarrollo.²⁴

A la fecha, en el Consejo del ADPIC y a la luz del Mandado de Doha, una discusión profunda del contenido del artículo 27, 3 (b) se ha venido realizando, para lo cual diversas propuestas han sido presentadas especialmente a partir de la reunión del Consejo de junio del 2003.²⁵ El Anexo 1 presenta una descripción de las posiciones y discusiones existentes en esta materia de interés para la consultoría.

En general, de conformidad con el ADPIC existen tres posibilidades para proteger las variedades vegetales: mediante el sistema de patentes, por medio de un sistema sui generis o mediante una combinación de ambos. Probablemente esta última opción se redactó considerando la existencia de la legislación de Patentes de Plantas de 1930 de los Estados Unidos. El sistema sui generis

²² Debe destacarse que en dicho momento existían importantes divergencias respecto al alcance de la revisión. Para algunos, especialmente países desarrollados, la misma debía centrarse en aspectos de implementación. Por su parte, mayoritariamente los países en desarrollo abogaban por una revisión sustantiva, que incluso pudiera concluir con una modificación del texto. Véase los documentos y resúmenes presentados por los países y elaborados por el Consejo del ADPIC en www.wto.org y en el sitio del Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sostenible www.ictsd.org

²³ Declaración Ministerial de Doha, 14 de noviembre del 2001, documento de la OMC WT/MIN(01)/DEC/W/1 disponible en www.wto.org

²⁴ En el párrafo 32.2 relativo al tema de comercio y ambiente, se instruye al Consejo a continuar su agenda de trabajo con particular énfasis en las disposiciones del ADPIC. Igualmente, en el párrafo 31.1 se contemplan negociaciones sobre la relación entre la OMC y los Acuerdos Ambientales Multilaterales.

²⁵ Una descripción completa de las diferentes propuestas y posiciones de los países con relación a este punto puede verse en la página web de la Organización No Gubernamental GRAIN, www.grain.org. Son especialmente relevantes las posiciones del Grupo Africano, India (a nombre de un conjunto de países en desarrollo incluido Brasil), Suiza, la Unión Europea y los Estados Unidos (cfr. TRIPS, Biodiversity and Traditional Knowledge in Bridges, June 2003).

más conocido consiste en UPOV. No obstante, el ADPIC no menciona a la Convención de la UPOV ni requiere que los países miembros promulguen legislación basada en los principios que ésta posee. Lo anterior es particularmente relevante en la medida que el artículo 27.3.b) fue negociado con entero conocimiento de la existencia del sistema sui generis de la UPOV. Consecuentemente, tampoco se menciona el sistema UPOV en la lista de tratados internacionales contemplados en el texto del ADPIC.²⁶

Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, resulta claro que los países pueden establecer sus propios sistemas sui generis a condición de que éstos sean "efectivos." Pero ¿cuales son las implicaciones, requisitos y condiciones que deben tener los mismos para ser conformes con las reglas del sistema multilateral de la OMC? Esta interrogante no posee una respuesta unívoca dados los pocos estudios realizados hasta la fecha para responder a la misma. En definitiva, además del reconocimiento de que un sistema sui generis implica un instrumento legal de su "propia naturaleza," no existen mayores lineamientos respecto a cuál es exactamente su contenido.

El Acuerdo ADPIC regula con detalle aspectos referidos a la Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, lo cual incluye normas sobre procedimientos y recursos civiles y administrativos ante la infracción de los derechos, pruebas, mandamientos judiciales, daños y perjuicios, decomisos, medidas provisionales, medidas en frontera, sanciones penales, etc.

Dada la dimensión de algunos de los cambios, los países gozan de plazos transitorios para la aplicación de lo dispuesto en el Acuerdo, a saber:

- a. Países desarrollados: un año a partir de la vigencia del Acuerdo de la OMC, es decir enero de 1996;
- b. Países en desarrollo: 5 años a partir de la fecha antes dicha.
- c. Países menos adelantados: 11 años para modificar su legislación, los cuales eventualmente pueden ser prorrogados.

Si se trata de ampliar la protección mediante patentes a sectores de la tecnología que antes no gozaban de tal protección, se establece un período de 10 años.

1.1 El concepto de sistema sui generis

Como indicamos anteriormente, el artículo 27.3.b) del ADPIC menciona la opción de proteger las variedades vegetales por medio de un sistema sui generis efectivo. Las únicas clarificaciones para tal esquema lo constituyen precisamente la referencia a la característica de especial o particular

²⁶No obstante, se considera que la UPOV no es necesaria ni suficiente para cumplir con tal disposición por las razones siguientes: 1. No es necesaria pues no es requerida por el artículo 27.3.b); 2. No es suficiente pues el mandato del ADPIC requiere un sistema que debe diferir del de UPOV 91. Por ejemplo, el otorgamiento del Trato Nacional sólo a los miembros de UPOV (con base en el principio de reciprocidad) sería violatorio del ADPIC. Asimismo, la UPOV permite la protección inicial de una cantidad reducida de variedades, mientras que el artículo 27.3.b) se refiere a todas las variedades vegetales.

del sistema y por otra parte la necesidad de que el mismo sea efectivo. Pocos análisis se han realizado sobre los requisitos de este mecanismo sui generis a la luz del acuerdo ADPIC. Por ejemplo, Leskien y Flitner (1997) establecen como cuatro condiciones del mismo:

- a. debe proteger todas las variedades vegetales;
- b. tratarse de una forma de propiedad intelectual, es decir debe ser tal que permita excluir a terceros del uso del material protegido o al menos conceda una remuneración por ciertos usos del mismo;
- c. el respeto a los principios de Trato Nacional y de Nación Más Favorecida;
- d. la existencia de procedimientos de observancia de los derechos.

Tal sistema sui generis puede apartarse de los requerimientos de la UPOV en cualquiera de sus Actas de 1978 o 1991 e incluir disposiciones adicionales sobre:

- a. protección de los derechos del agricultor, es decir, sobre las variedades tradicionales (landraces), para lo cual los requisitos exigidos deben variarse (Barton y otros 1999);
- b. establecer mecanismos de distribución de beneficios por el uso del material genético, por ejemplo a través de fondos u otros esquemas;
- c. contemplar instrumentos como el certificado de origen;
- d. modificar los requisitos y derechos otorgados a los titulares de las variedades y por ende las acciones que requieran de su autorización.

Incluso Leskien y Flitner proponen un esquema sui generis que se separa de los requerimientos de UPOV, pero que contiene definiciones precisas sobre la materia protegible, los requisitos para la protección, la inclusión de nuevos elementos como el certificado de origen y el valor de cultivo y uso, el ámbito de la protección (los actos que requieren autorización o remuneración al titular), la duración de los derechos, el "interface" con otros derechos de propiedad intelectual y por último consideraciones sobre registros, fondos y mecanismos de distribución de beneficios.

En términos generales, se han propuesto diferentes construcciones de derechos sui generis con las más variadas denominaciones, con el fin de proteger los derechos de los agricultores y los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades locales y los pueblos indígenas.

En el caso de los países miembros del ADPIC y de UPOV 1991, situación en la cual podría encontrarse El Salvador de acceder a dicha Acta, los siguientes dos cuadros muestran cuales serían las obligaciones contraídas para dar protección a las variedades vegetales.

Cuadro 2
Obligaciones requeridas en el caso de obtenciones
vegetales para países que sean a la vez
miembros del ADPIC y UPOV 91.

Obligaciones	Ámbito de aplicación
Materia protegida	Todas las variedades de plantas
Criterios de protección	Novedad, distinción, uniformidad y estabilidad.
Material protegido	Material vegetativo y reproductivo, material cosechado bajo ciertas condiciones.
Trato Nacional y Nación Más Favorecida	Aplicable a todos los miembros del ADPIC
Derechos exclusivos	Los derechos exclusivos listados en el artículo 14 del Acta de UPOV 1991.
Medidas de observancia	Requeridas
Derecho de remuneración equitativa	No se permite; el sistema es de derechos exclusivos, excepto en el caso de licencias obligatorias, artículo 17 del Acta de 1991.
Término de protección	20 o 25 años.
Excepciones y limitaciones	Se requieren las establecidas en el artículo 15 de UPOV como obligatorias y se permiten aquellas mencionadas en dicho numeral como facultativas (derecho del agricultor).
Otros requisitos	Aquellos impuestos por UPOV.

Cuadro 3

Discrecionalidad en la adopción de decisiones previstas por el Acuerdo ADPIC y la UPOV Acta de 1991²⁸

Países miembros de UPOV y ADPIC. Requisitos obligatorios: deben extender protección a todas las variedades de plantas; cumplir con los principios de Trato Nacional y Nación Más Favorecida y adoptar medidas efectivas de observancia. Deben otorgar los derechos contenidos en el artículo 14 de UPOV. Igualmente deben cumplir con los términos de protección, el privilegio del agricultor y la excepción del fitomejorador. Si el Estado es parte de la UPOV, para cumplir con el ADPIC únicamente requeriría extender la protección a todas las variedades; otorgar el Trato Nacional y la Nación Más Favorecida a todos los miembros del ADPIC y poseer mecanismos de observancia que pueden ser los mismos adoptados para otras categorías de DPI.

En el caso de países sólo miembros de ADPIC: ²⁹ únicamente deben de seguir los siguientes lineamientos: protección de todas las variedades; no existen requisitos de protección específicos pero se deben de adoptar algunos estándares de protección para identificar las variedades; se debe otorgar suficiente protección para dar a los mejoradores un DPI, debe ser aplicable a todos los miembros del ADPIC; no se requiere conferir derechos exclusivos si se otorga un derecho de remuneración; no se establece un término particular de protección; se requieren mecanismos efectivos de protección; no se requieren excepciones pero se pueden establecer si son consistentes con el art. 27.3.b); no hay otros requisitos.

Estos países, siendo sólo miembros del ADPIC, pueden al establecer su sistema sui generis de conformidad con el artículo 27.3.b):

- Revisar los requisitos de elegibilidad y proteger material que resulta más heterogéneo, pero a la vez suficientemente distinto para permitir su identificación. De esta forma se permitiría la protección de variedades tradicionales, realizando al mismo tiempo el derecho del agricultor y la protección del conocimiento tradicional. Pueden estipular estándares de distinción e identificación únicamente. Podrían utilizarse los estándares de UPOV para efectos comerciales y los de distinción e identificación para variedades tradicionales.

- Podrían incluirse variedades descubiertas, sin estar obligado a ello. A la vez se podrían excluir las variedades silvestres y exigir que las variedades deban ser propagadas y evaluadas antes de ser registradas.

- Establecer condiciones adicionales, tales como: la declaración del origen del material genético, el país de origen o las comunidades locales o pueblos indígenas (o todos ellos) de donde las variedades fueron derivadas de forma que se evite la biopiratería y se facilite la distribución de beneficios del uso de recursos genéticos. No obstante, esta declaración en el caso de variedades vegetales puede representar dificultades importantes como se indicará. En algunos casos, los efectos buscados mediante estas disposiciones pueden alcanzarse por medio de leyes de acceso a recursos genéticos.

- Requerir el consentimiento informado previo (CIP o PIC) en el caso de uso del material genético del país/comunidades de origen del mismo. En algunos casos, los efectos buscados mediante estas disposiciones pueden alcanzarse por medio de leyes de acceso a recursos genéticos.

- Estipular derechos exclusivos diferentes a los establecidos en UPOV o en el sistema de patentes; prever un término de duración del derecho; y las excepciones y limitaciones a los mismos.

- Reconocer el derecho del agricultor. Lo anterior mediante la implementación de un derecho irrestricto al reuso de semilla, considerando las características de cada tipo de agricultor en función del número de hectáreas, tipo de cultivos, etc.

Fuente: Helfer, 2002.

²⁸Esta sería la situación de El Salvador si accede al Acta de la UPOV de 1991.

²⁹Esta es la situación actual de El Salvador, quien además no está jurídicamente obligado a acceder al Acta de la UPOV 1991.

2. BREVE DESCRIPCIÓN DE LAS PRINCIPALES OBLIGACIONES DEL CAFTA EN MATERIA DE OBTENCIONES VEGETALES Y PATENTES

Para cumplir con los objetivos de esta consultoría, es imprescindible analizar el texto del Capítulo 15 del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos en materia de DPI. El mismo contiene diversas normas de interés en materia de propiedad intelectual, las cuales pueden ser resumidas de la siguiente forma:

- a. Cada Parte, como mínimo, dará vigencia al Capítulo de propiedad intelectual. Una Parte, aunque no está obligada a ello, puede implementar en su legislación nacional una protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual más amplia que la requerida en dicho Capítulo, a condición de que dicha protección y observancia no infrinjan el mismo (artículo 15.1).
- b. Cada Parte deberá ratificar o acceder una serie de acuerdos internacionales: entre ellos, el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (Acta de 1991). Excepto Nicaragua y Costa Rica, todas las Partes lo harán el 1 de enero del 2006 (artículo 15.5.a).

El anterior párrafo no se aplicará a ninguna Parte que otorgue protección efectiva a las plantas mediante patentes a la fecha de entrada en vigor del Tratado. Dichas Partes realizarán los esfuerzos razonables para ratificar o acceder al Convenio UPOV 91. De conversaciones sostenidas con funcionarios y negociadores se desprende que ésta es la situación existente para El Salvador.³⁰

Asimismo, en una nota al pie de página del Capítulo se lee: "Las Partes reconocen que el Convenio de la UPOV 1991 contiene excepciones a los derechos de obtentor, incluyendo los actos realizados en el marco privado y con fines no comerciales, como por ejemplo, actos privados y no comerciales de los agricultores. Además, las Partes reconocen que el Convenio UPOV 1991 establece restricciones al ejercicio de los derechos del obtentor por razones de interés público, siempre que se tomen todas las medidas necesarias para asegurar que el obtentor reciba una remuneración equitativa. Las Partes también entienden que cada Parte puede valerse de las excepciones y restricciones. Finalmente, las Partes entienden que no existe ninguna contradicción entre el Convenio de la UPOV 1991 y la capacidad de cada Parte de proteger y conservar sus recursos genéticos."

Sin discutir el valor jurídico de dicha nota, la cual al menos sirve de guía a la interpretación del Tratado, sea por los órganos establecidos en éste o por un eventual Panel de Solución de Controversias, dicha norma parece tener como propósito aliviar las presiones existentes en algunos países por la ratificación de un sistema sui generis basado en la UPOV (especialmente Costa

³⁰Inclusive se indica que esta cláusula fue introducida a petición de dicho país. Por tal motivo, ante el otorgamiento de patentes para plantas, El Salvador solo debe realizar su mejor esfuerzo para ratificar la UPOV 1991, sin estar jurídicamente obligado a realizarlo, como sí ocurre con los otros países de la región.

Rica), dejando claro las flexibilidades y opciones que la UPOV presenta y la ausencia de cualquier contradicción entre esta normativa y la conservación de los recursos genéticos. No obstante, esta declaración general depende de las medidas que se tomen para la conservación de la biodiversidad, las cuales puedan tener un impacto en materia de DPI.

- c. El artículo 15.8 establece la procedencia del trato nacional en materia de derechos de propiedad intelectual, indicando que cada Parte otorgará a los nacionales de otras Partes un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios nacionales con respecto a la protección y goce de dichos derechos y cualquier beneficio que se derive de los mismos.
- d. Una Parte puede derogar el trato nacional en el caso de procedimientos judiciales y administrativos, incluyendo la designación de una dirección en su territorio o el nombramiento de un agente en su territorio bajo ciertas condiciones (art.15.9). Por lo tanto, es posible exigir a los extranjeros, para el caso de procedimientos de la índole indicada, requisitos diferentes a los exigidos a los nacionales. En este orden de ideas, uno de los requisitos más frecuentemente contemplados en el derecho comparado radica en la obligación del solicitante extranjero de contar con un representante legal local.
- e. Salvo que se establezca lo contrario, el Capítulo genera obligaciones relativas a toda materia existente en la fecha de entrada en vigor del Tratado, que esté protegida en dicha fecha en el territorio de la Parte donde se reclama protección, o que satisfaga o llegue a satisfacer los criterios de protección bajo este Capítulo (art. 15.11). En general, el Capítulo no genera obligaciones relativas a actos ocurridos antes de la fecha de entrada en vigor del Tratado, ni se exige restaurar protección a la materia que estuviere en el dominio público a la entrada en vigor del Tratado (arts. 15.12 y 15.13).
- f. Ninguna disposición se adoptará en el sentido de impedir a las Partes tomar medidas necesarias para evitar prácticas anticompetitivas que pudieran resultar del abuso de los derechos de propiedad intelectual, siempre que dichas medidas sean consistentes con dicho Capítulo (art.15.15).
- g. Se establecen compromisos, sujetos a disponibilidad de fondos y en términos mutuamente acordados, para la creación de capacidades en la materia (art.15.16).
- h. Con relación a las patentes se establece que nada en el Capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte excluir de la patentabilidad invenciones según se establece en los artículos 27.2 y 27.3 del Acuerdo ADPIC. No obstante lo anterior, cualquier Parte que no otorgue protección mediante patentes a las plantas a la fecha de entrada en vigor de este Tratado, realizará todos los esfuerzos razonables para otorgar dicha protección mediante patentes. Cualquier Parte que otorgue protección mediante patentes a plantas o animales a la fecha o después de la entrada en vigor de este Tratado, deberá mantener dicha protección (art 15.9.2).³¹

- i. Una Parte podrá prever excepciones limitadas a 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 perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de la patente, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros (art.15.9.3).
- j. Cada parte establecerá que la divulgación de una invención reclamada debe considerarse que es suficientemente clara y completa si proporciona información que permite que la invención sea efectuada o utilizada por una persona diestra en el arte, sin experimentación indebida, a la fecha de presentación (art.15.9.9).
- k. Cada Parte proveerá que una invención reclamada está suficientemente apoyada por su divulgación, cuando esa divulgación le indique razonablemente a una persona diestra en el arte que el solicitante estuvo en posesión de la información reclamada antes de la fecha de su presentación (art. 15.9.10).
- l. Cada Parte proveerá que una invención reclamada es susceptible de aplicación industrial si posee utilidad específica, sustancial y creíble (art.15.9.11).
- m. Se prevé una regulación sustancial de la observancia de los derechos de propiedad intelectual (art. 15.11). Estas medidas deben ser de aplicación a todos los derechos contenidos en el CAFTA, lo cual incluye a los derechos de obtención vegetal (otorgados de conformidad con la UPOV 1991) y a las patentes (en este caso sobre plantas).
- n. Se establecen algunos plazos transitorios para cada país, los cuales no son de interés a las materias acá tratadas (DPI sobre obtenciones vegetales), debido a que se refieren, por ejemplo, a tipificación penal de la infracción a los derechos otorgados para las señales de satélites portadoras de programas, el inicio de oficio de medidas en frontera por violación a los derechos de propiedad intelectual, etc. Cada país debe implementar lo dispuesto en el Capítulo 15 a la fecha de entrada en vigor del CAFTA.
- o. El incumplimiento de las disposiciones anteriores se sujeta al Sistema de Solución de Controversias del CAFTA (Capítulo 20), con lo cual eventualmente un Panel Arbitral podría ser establecido de conformidad con el procedimiento establecido en el respectivo Capítulo del tratado.

3. LEGISLACIÓN Y PROPUESTAS RELEVANTES EN EL CASO DE EL SALVADOR

Aunque el objeto de esta consultoría no consiste en describir con detalle el régimen jurídico existente en El Salvador, se considera necesario reflexionar brevemente sobre algunas disposiciones de interés contenidas en las leyes de patentes y otra normativa conexas.

³¹Este artículo prevé una obligación de mejor esfuerzo para patentar plantas, la cual podría honrarse, por ejemplo, mediante la presentación de un proyecto de ley en esa dirección, aunque el mismo no fuere finalmente aprobado. Igualmente, los países que otorguen actualmente protección a las plantas mediante el sistema de patentes, deben mantener el status quo. Tal sería nuevamente el caso de El Salvador.

La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual, publicada en el Diario Oficial No 150, Tomo 320 del 16 agosto de 1993, no excluye en forma expresa de la patentabilidad a las variedades vegetales, ni a los procesos esencialmente biológicos para su obtención (art. 107). Adicionalmente, la Ley de Semillas, Decreto Legislativo No 530 del 30 agosto del 2001, establece en su artículo 5 que ninguna institución oficial, autónoma u organismo estatal dedicado a la investigación y producción de semillas podrá negar el acceso a personas naturales y jurídicas del sector privado, debidamente registradas, a los productos de sus propias investigaciones registradas, los cuales en todo caso no tendrán carácter de exclusividad, ni podrán concederse con ese carácter a dichas personas. La institución oficial, autónoma o el organismo estatal, titular de derechos o variedades registradas, deberá establecer las condiciones en que tales productos de la investigación podrán ser transferidos a los particulares (artículo 5).

Por ende, en el caso de El Salvador, la tutela del derecho del obtentor se hace vía el sistema de patentes, por lo que se deberá cumplir los requisitos del mismo, a saber aplicación industrial, novedad y nivel inventivo (art. 111). Estos requisitos son más difíciles de cumplir que los requeridos en las leyes de variedades vegetales (estabilidad, homogeneidad, novedad y que la variedad sea distinta), y por lo cual ciertas "creaciones fitogenéticas" pueden no cumplir con el requisito de nivel inventivo o bien no ser nuevas (en el sentido del derecho de patentes), etc. Igualmente, los derechos conferidos son mayores y se trata de impedir que terceros sin el consentimiento del titular de la patente realicen los siguientes actos:

- a. cuando la patente se haya concedido para un producto: fabricar el producto; ofrecer en venta, vender o usar el producto, importarlo o almacenarlo para algunos de estos fines;
- b. cuando la patente se haya concedido para un procedimiento: emplear el procedimiento; ejecutar cualquiera de los actos indicados en el literal anterior, respecto a un producto obtenido directamente del procedimiento." (art.115).

No existen limitaciones ni excepciones especiales tratándose de patentes que hagan uso del material biológico. Las excepciones se refieren a actividades en ámbitos privados y sin fines comerciales, a fines de investigación y enseñanza y al agotamiento de los derechos una vez que el producto ha sido comercializado por primera vez en forma legal (art. 116).

Se contempla la posibilidad de complementar la descripción con el depósito del material biológico, en una institución de depósito que cumpla con los requisitos del reglamento de la ley (art.138).

La patente tendrá una duración de 20 años a partir de la fecha de solicitud y de 15 años tratándose de medicamentos (art.109).

Por otra parte, con el fin de generar las condiciones básicas y darle cumplimiento al Convenio de Biodiversidad, el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales (MARN) ha venido desarrollando un proyecto ("Actividades Habilitadoras de la Biodiversidad") que incluye un

componente de acceso a los recursos genéticos asociados a la vida silvestre;³² el objetivo es proponer procedimientos de acceso claros para aquellos usuarios actuales y potenciales, con el fin de promover el uso sostenible de los recursos genéticos y bioquímicos asociados a la vida silvestre. Estos procedimientos (en borrador) fueron finalizados, luego de un proceso que también incluyó la elaboración de un diagnóstico, propuestas de lineamientos de política y un plan de desarrollo de capacidades en dicha materia en el MARN. Debido a la disposición sectorial del artículo 66 de la Ley General del Ambiente, el borrador de normativa de acceso se restringe a los recursos genéticos y bioquímicos asociados a la vida silvestre.³³

El Borrador de Procedimientos contiene dos disposiciones de interés en la materia. El artículo 20 establece el denominado certificado de origen de la siguiente manera: "El contrato de acceso a los recursos genéticos y bioquímicos constituye la prueba de la obtención del consentimiento informado previo y de la existencia de términos mutuamente acordados. Para tales efectos el MARN emitirá un certificado de origen o de legal procedencia que establezca la legalidad del acceso realizado y el cumplimiento de las condiciones estipuladas en el ordenamiento jurídico."

Igualmente, el artículo 26 (registro y aprobación de productos y procesos) dispone que los "registros de propiedad intelectual y el MARN en su caso, previo al registro de productos y procesos que puedan implicar el uso de recursos genéticos y bioquímicos, exigirán la presentación del certificado de origen que ampare la legalidad del acceso. La falta de cumplimiento de lo anterior o la violación de las leyes sobre acceso a recursos genéticos y bioquímicos o de las condiciones de los contratos de acceso a recursos genéticos y bioquímicos, impedirán el otorgamiento de cualquier aprobación o registro al solicitante." Ulteriores condiciones para el otorgamiento del certificado de origen no se especifican en la propuesta de reglamento.

Las implicaciones de estas disposiciones serán analizadas posteriormente.

4. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES DEL CAFTA DESDE LA PERSPECTIVA DE UN ADPIC-PLUS

Brevemente descrito es imprescindible reconocer que el CAFTA se enmarca dentro de lo que algunos autores han denominado un ADPIC-Plus, es decir, las obligaciones estipuladas en el mismo exceden lo dispuesto en el ADPIC en diversos sentidos (ver Vivas, 2003, Musungu y Dutfield 2003).³⁴

Las características de los ADPIC-Plus son las siguientes:

³²Véase Vega Rafael, Diagnóstico de la situación del Acceso a los recursos genéticos en El Salvador, 2002.

³³Dispone textualmente el artículo 66 de la Ley del Ambiente: "El acceso, investigación, manipulación y aprovechamiento de la diversidad biológica, solo podrá hacerse mediante permiso, licencia o concesión otorgados por la autoridad a cargo de administrar el recurso, para asegurar su protección y conservación de conformidad a esta ley, leyes especiales y los convenios internacionales ratificados por el país. Cuando proceda, previo al otorgamiento de permisos, licencias o concesiones, se consultará a las comunidades locales."

³⁴La proliferación de tratados bilaterales de comercio, inversión o propiedad intelectual han implicado una elevación sustancial de los estándares de protección existentes en el ADPIC. En virtud de lo anterior, algunos autores reconocidos han abogado por una moratoria en esta tendencia a crear nuevos estándares de protección, en la cual se ha indicado que los países en desarrollo tienen poco que ganar (Reichman, 2003).

- a. la inclusión de nuevas áreas de DPI (bases de datos no originales, etc.);
- b. la implementación de estándares mayores o períodos mayores de protección (derechos de autor, períodos adicionales en el caso de patentes, etc.); y
- c. la eliminación de las opciones o flexibilidad que los Miembros tienen bajo el ADPIC (por ejemplo, la UPOV se perfila como único mecanismo de protección de las nuevas variedades de plantas, caso que acá nos interesa).

En su mayoría, los acuerdos o tratados comerciales bi o plurilaterales han servido para elevar los estándares existentes en el ADPIC.³⁵ Esta tendencia se demuestra en el caso de acuerdos bilaterales en materia de propiedad intelectual, como por ejemplo, los concertados entre los Estados Unidos y Nicaragua y entre ese país y Ecuador (cfr.Vivas, 2003).³⁶

En términos generales cabe destacar varios aspectos:

- a. En el caso salvadoreño, las autoridades han indicado que por medio de su legislación se permite la patentabilidad de plantas, aunque la interpretación que de esta disposición han realizado las entidades competentes en materia de propiedad intelectual no resulta del todo conocida a la fecha. En este supuesto y en el entendido de que ésta corresponde a la situación de dicho país, cabe preguntarse si es conveniente la ratificación de la UPOV 91, dado que según el CAFTA la obligación adquirida se limita a realizar su mejor esfuerzo para ratificar el mismo. La no ratificación de UPOV otorgaría al país mayores flexibilidades para establecer su sistema de protección del derecho del obtentor (variedades vegetales), únicamente sujeto a las consideraciones del artículo 27.3.b) del ADPIC.
- b. Entre las previsiones -fundamentalmente en materia de patentes- que pueden considerarse en un ADPIC-Plus, destacan (Morin, 2004):

- * Se define el requisito o condición sustantiva de patentabilidad relativo a la aplicación industrial, acorde con las Guías para el Examen de Patentes de la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos (enero 2001) (art. 15.9.11).
- * Se establece un período de gracia (12 meses) para determinar si la invención es nueva

³⁵Algo similar, aunque escapa a los alcances de este trabajo, se ha venido indicando con relación a los tratados bilaterales de inversión, véase Correa, 2004.
³⁶Resulta interesante conocer las políticas de los Estados Unidos al respecto, por ser uno de los principales impulsores de los ADPIC-Plus. La Autoridad de Promoción Comercial o TPA establece los objetivos de política de ese país en materia de DPI en sus negociaciones comerciales, las cuales comprenden: promover la adecuada y efectiva promoción de los derechos de propiedad intelectual, incluyendo la rápida y completa implementación del ADPIC; asegurar que cualquier tratado multilateral o bilateral de comercio refleje estándares de protección similares a los contenidos en la legislación estadounidense; prever una protección fuerte a las nuevas y emergentes tecnologías y a los nuevos métodos para transmitir y distribuir productos que involucren propiedad intelectual; prevenir o eliminar la discriminación que afecte la disponibilidad, ámbito, adquisición, mantenimiento, uso y observancia de los DPI; prever fuertes medidas de observancia, incluyendo mecanismos efectivos y expeditos de naturaleza civil, administrativa y penal. Se menciona el respeto a la Declaración de Doha sobre el Acuerdo ADPIC y la Salud Pública.

o posee nivel inventivo (art 15.9.7).

- * Se establece la obligación de mejor esfuerzo para patentar plantas (art 15.9.2), el sistema que los Estados Unidos han seguido en su legislación y prácticas internas; y se estipula la obligación de ratificar (acceder a) la UPOV 91, es decir se escoge éste como el sistema sui generis que menciona el ADPIC en el texto del artículo 27.3.b). También, se establece un período de transición más largo en el caso de Costa Rica, que cuenta -como más adelante se indicará- con diferentes y contradictorios esquemas de protección a nivel legislativo; y en el caso de Nicaragua, país que había ratificado el Convenio UPOV (Acta 1978), para cumplir con obligaciones adquiridas mediante un acuerdo en materia de DPI firmado en 1998 con los Estados Unidos (15.1.5 (a)).
- * Se omite la referencia a la no discriminación (art.15.9.1) en el otorgamiento de patentes que sí se estipula en el ADPIC (art. 27.1), posiblemente en tanto se considere que algunas normas del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos pueden ser calificadas como discriminatorias (por ejemplo, la exclusión del arte previo en el caso de divulgación oral fuera de los Estados Unidos; ciertos derechos excepcionales concedidos a los productos farmacéuticos, etc.).
- * Se establece una limitación en materia de divulgación o revelación del origen, tema que luego trataremos con detalle y que puede tener implicaciones para el borrador de reglamento de acceso a recursos genéticos propuesto por las autoridades salvadoreñas. El lenguaje utilizado en el CAFTA proviene directamente de la legislación de los Estados Unidos al decir que "Cada Parte establecerá que la divulgación de una invención reclamada debe considerarse que es suficientemente clara y completa si proporciona información que permite que la invención sea efectuada o utilizada por una persona diestra en el arte, sin experimentación indebida, a la fecha de presentación (art. 5.9.9). En este orden de ideas, la duda que surge es si el texto impide solicitar mayor información al momento de divulgar la patente. Los países en desarrollo y algunas naciones europeas actualmente discuten la necesidad de exigir como parte del requisito de las solicitudes de patentes, la revelación ("disclosure") del origen de los recursos genéticos y en algunos casos la prueba del consentimiento informado previo o de la distribución de beneficios, en las invenciones que hagan uso de los recursos genéticos o el conocimiento tradicional asociado. Extensas discusiones, como se verá luego, existen en materia de divulgación del origen y su compatibilidad con el texto actual del ADPIC. Tampoco se menciona la necesidad de indicar cuál es el mejor modo de llevar a cabo la invención, como se requiere en numerosas leyes nacionales.

III. ANÁLISIS DE ALGUNOS IMPACTOS IDENTIFICADOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LEYES DE VARIEDADES VEGETALES

Hasta el momento es difícil predecir el impacto de la introducción de derechos del obtentor o patentes sobre variedades de plantas en general. Sin embargo, existen algunos estudios y evidencias relacionados con los siguientes aspectos:

- a. **Intercambio de germoplasma.** Por ejemplo, algunos estudios de Estados Unidos han mostrado una tendencia hacia el incremento del intercambio de germoplasma desde las Universidades hacia la empresa privada (Butler y Marion, 1985; Butler, 1996; Jaffée y otros, 1995). Existe alguna evidencia de que las empresas transnacionales se encuentran más dispuestas a transferir información y materiales a aquellos países donde se protejan adecuadamente los derechos de propiedad intelectual sobre materiales e información.

Una de las causas que condujeron a la implementación de DPI sobre variedades vegetales es la presión ejercida sobre subsidiarias de empresas foráneas de semillas o empresas nacionales, para procurar su protección y mejorar la transferencia y acceso a líneas y variedades mejoradas (Van Wijk, 1996 b). En este orden de ideas un estudio de Juma y Ojwang (1989) encontró que las mayores restricciones al intercambio de germoplasma fueron con países no miembros del sistema de UPOV.

- b. **Incremento en cantidad de dinero para Investigación y Desarrollo (I&D).** Existe alguna evidencia relacionada con el incremento en la cantidad de dinero que se invierte en investigación y desarrollo, debido a la introducción de derechos de obtención vegetal. No obstante, la afirmación no es absolutamente concluyente. En Argentina luego de la introducción y la efectiva aplicación de derechos de esta naturaleza se ha podido determinar que no ha habido una reducción en los montos destinados a la investigación y el desarrollo en ciertos cultivos como el maíz y la soya. A pesar de que el monto de royalties colectado por las empresas titulares de derechos de obtención ha aumentado, no es posible concluir que ello ha producido un incremento en la cantidad invertida en investigación y desarrollo. Butler en la actualización de un estudio realizado en 1983, concluye que los resultados son de carácter similar para los Estados Unidos, país en el cual si bien se ha registrado un importante elevación de la cantidad de títulos conferidos, no se ha producido ese incremento en cultivos diferentes del maíz y la soya. Otros afirman que la implementación de estos derechos ha producido un incremento en la inversión en fitomejoramiento pero que dicho incremento ha sido modesto y limitado a un número pequeño de especies (UNCTAD, 2003 y Dhar, 2002).³⁷

- c. **Cuestionamiento de los efectos de los DPI sobre prácticas tradicionales de reuso e intercambio de semillas.** Por ejemplo, el artículo 10 del CDB se refiere a la necesidad

de promover las prácticas consuetudinarias de uso de los recursos biológicos, una de las cuales es la de guardar semillas para su reuso y eventualmente la venta. Cuando no ha sido posible proteger esta práctica por medios técnicos, se ha buscado su limitación por medios jurídicos, fundamentalmente mediante la protección por la vía de las patentes, derechos de obtención vegetal e incluso contratos. Esta protección implica la imposibilidad de reutilizar la semilla de la variedad. Esta práctica tradicional es considerada por algunos como imprescindible para la conservación de la biodiversidad y, por ende, su restricción por las vías indicadas debe ser vista como una violación al artículo 10 inciso c del CDB y en general a los objetivos del Convenio (Leskien y Flitner 1997).

Debemos indicar que Informes y Decisiones han enfatizado las posibles implicaciones de estas tendencias en materia de propiedad intelectual sobre el desarrollo (Informe sobre Desarrollo Humano del PNUD de 1999) y sobre los derechos humanos (Subcomisión para la Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos). Ambos textos señalan riesgos e impactos en los derechos humanos y el desarrollo.

d. **DPI y erosión genética.** Una de las preocupaciones constantes para quienes se relacionan con el mejoramiento genético, la producción agrícola y la seguridad alimentaria, ha sido la conservación de recursos genéticos (vegetales y animales) como reserva para la creación de nuevas variedades, semillas y cultivos. Por ende, la pérdida de estos recursos, es decir el fenómeno de la erosión genética, ha sido denunciada como una amenaza para la seguridad alimentaria misma.

Ello ocurriría en tanto las variedades modernas y homogéneas (recuérdese que uno de los requisitos para obtener la protección de las variedades vegetales consiste en su homogeneidad y estabilidad) al ser utilizadas masivamente por los campesinos y agricultores, desplazan a las variedades locales (mucho más diversas) y producen la dependencia de una estrecha base genética (Cooper y otros, 1994). Esta dependencia y homogeneidad conlleva un riesgo importante para los cultivos, debido a la susceptibilidad de los mismos al ataque de plagas y enfermedades, situación que en el pasado ha generado consecuencias desastrosas.

Sin duda la erosión genética constituye una amenaza importante para la producción agropecuaria. Pero es difícil atribuirle a los requisitos existentes para otorgar DPI porque tal asociación no ha sido demostrada. Las causas de la pérdida de la diversidad genética y las amenazas a la diversidad agrícola en general, son variadas y complejas, y resulta difícil poder aislar el comportamiento de un factor tan específico como el apuntado y trasladarlo a una consecuencia general. Incluso diversos estudios sobre las actividades y procesos que afectan la diversidad genética en general

³⁷Por ejemplo, Kenia ha sido uno de los primeros países en desarrollo en otorgar protección a las variedades vegetales por la vía de los DOV, aunque estas disposiciones tuvieron implementación real a partir de 1994. No obstante, hasta el 2000 la mayoría de las solicitudes provenían de extranjeros y fundamentalmente aplicaban a variedades hortícolas, especialmente rosas. Algunos centros de investigación comienzan a interesarse en solicitar dicha tutela. Se considera que uno de los beneficios más tangibles de la existencia de un régimen de DOV radica en la transferencia de materiales extranjeros al país (cfr. UNCTAD, 2003).

y la diversidad agrícola en particular no mencionan a los DPI en absoluto (Dutfield, 2000 y Downes, 1999).

A pesar de lo anterior, es importante considerar las afirmaciones de Reid (citado por Dutfield, 2000), quien identifica una fuerte conexión entre los DPI y la dirección de la investigación científica agrícola que en última instancia repercute sobre la agrobiodiversidad. Piensa ese autor que en tanto los DPI sobre variedades y plantas fomentan el desarrollo de una investigación agrícola dirigida hacia cultivos uniformes y homogéneos, desincentiva la investigación más favorable a las condiciones agroecológicas o más adaptada a las necesidades y condiciones locales.

IV. EJEMPLOS DE SISTEMAS SUI GENERIS DE PROTECCIÓN DISTINTOS A LA UPOV

Debido a que uno de los propósitos de la consultoría radica en determinar los espacios con que cuenta El Salvador para formular una propuesta legislativa que a la vez cumpla con los contenidos de la UPOV 1991, integre las disposiciones del Convenio de Biodiversidad y el Tratado de la FAO, es importante presentar una breve descripción de la legislación de ciertos países que han tratado de implementar sistemas sui generis.

A la fecha algunos países como la India y Tailandia han puesto en vigencia Leyes de Protección de Variedades que constituyen un sistema sui generis, el cual prevé protección para las variedades tradicionales y los recursos genéticos, incluyendo disposiciones sobre distribución de beneficios.³⁸ Las flexibilidades que el acuerdo de la OMC otorga a los países en la determinación de su sistema sui generis, han llevado a algunas experiencias de interés. Sin embargo cabe destacar que las mismas se enmarcan en el contexto de la OMC, es decir son países que no tienen la obligación de ratificar UPOV 91.

1. INDIA

La legislación de protección de las variedades vegetales y los derechos del agricultor de la India (2001) constituye un ejemplo de un sistema sui generis desarrollado al margen de los lineamientos principales de la UPOV.³⁹

Algunas de sus principales características distintivas son:

- a. Se define el agricultor, entre otras cosas, como la persona que cultiva y conserva variedades tradicionales y especies silvestres, o quien agrega valor a ellas a través de la selección e identificación de sus propiedades útiles. Se prevé que un agricultor o grupo o comunidad

³⁸ Estos países no son miembros de la UPOV ni otorgan patentes para plantas.

de agricultores puedan presentar solicitudes.

- b. La protección se encuentra disponible para las variedades de los agricultores (es decir aquellas que hayan sido tradicionalmente cultivadas y desarrolladas en sus campos o sean parientes silvestres o landraces sobre las cuales el agricultor posee conocimiento) y nuevas variedades que sean nuevas, distintas, uniformes y estables (el requisito DUS). Debe poseer una denominación. Se acepta el concepto de variedad esencialmente derivada.
- c. La solicitud debe contener además la declaración jurada del origen geográfico (dentro de India), la adquisición legal del material usado y la contribución, de existir, de cualquier agricultor o institución en el desarrollo de la variedad. Igualmente debe indicarse que la variedad no contiene tecnologías de restricción genética o "terminador."
- d. Las solicitudes de las aplicaciones de los agricultores se encuentran exoneradas de algunas de las anteriores disposiciones y del pago completo de los derechos (fees).
- e. Todas las solicitudes se publican y se invita a la oposición a las mismas.
- f. La solicitud de inscripción de una variedad esencialmente derivada debe ser acompañada del consentimiento informado previo del dueño de la variedad inicial.
- g. Los investigadores tiene el derecho de usar la variedad para investigar o conducir sus experimentos, incluyendo su uso como fuente de variación inicial de sus variedades. Se encuentra restringido el uso repetido de la variedad.
- h. Se debe pagar un derecho por el mantenimiento de la variedad.
- i. La protección es de 9 años para los vides y árboles, y 6 para otras plantas, renovables hasta 18 y 15 años respectivamente. Los derechos otorgados al titular son similares a los de UPOV.
- j. Las variedades a ser protegidas deben ser publicadas con los detalles relevantes para invitar reclamos- si alguno- de distribución de beneficios por parte del dueño de la variedad inicial, incluyendo el uso no autorizado de variedades conservadas por agricultores o comunidades locales.
- k. Se estipula una excepción a la protección otorgada cuando se requiera prevenir la explotación comercial de una variedad con el fin de resguardar el orden y la moral pública, la salud humana o animal, o para evitar serios perjuicios al ambiente.
- l. El monto a ser pagado dependerá del valor comercial de la variedad y del grado de y naturaleza de la utilización del material genético en el desarrollo de la variedad; debe ser depositado en el Fondo Genético Nacional por el titular de la solicitud.

³⁹Cfr. Gene Camping, Status of the Rights of Farmers and Breeders in Asia, 2004. Este estudio presenta un análisis de diferentes leyes o proyectos de ley en esa región, con especial énfasis en los elementos relacionados con la conservación de la biodiversidad y los derechos del agricultor.

- m. El Fondo es utilizado también para conservar la agrobiodiversidad, reconocer y recompensar a los agricultores por sus esfuerzos en materia de conservación.
- n. Se prevén derechos para los agricultores de conformidad con el Tratado de la FAO y el CBD que incluyen:
- * el derecho de guardar, usar, sembrar, resembrar, intercambiar, cambiar o vender las semillas de una variedad protegida con la excepción de vender la semilla bajo la marca de la variedad.
 - * El derecho ha de ser reconocido y compensado por los esfuerzos en conservación de recursos genéticos, landraces y parientes silvestres.
 - * El derecho a buscar protección de sus variedades vegetales.
 - " El derecho a reclamar compensación del titular de la variedad, si ésta no posee el rendimiento y características indicadas en sus condiciones de cultivo.
 - * El derecho a obtener beneficios si una variedad conservada por una comunidad local es utilizada por un mejorador para desarrollar una variedad protegida.
 - * Inmunidad en el caso de procedimientos legales por la infracción inocente de DOV.
 - * Excepciones del pago de algunas tasas o derechos en procedimientos judiciales.
- o. La autoridad competente puede otorgar licencias obligatorias, si el titular del DOV no puede satisfacer la demanda de material propagativo o el precio de tal material no es razonable, sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones.

En general, las disposiciones de la Legislación de la India si bien respetan los criterios y derechos consagrados en UPOV, se apartan de ella en diversos aspectos. Fundamentalmente al introducir amplia normativa sobre derechos de los agricultores, acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios.⁴⁰

2. LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AFRICANOS

En marzo de 1998, el Comité Científico de la Organización de Estados Africanos preparó un borrador de legislación para la Protección de los Derechos de las Comunidades Locales, los Derechos del Agricultor y del Fitomejorador y para Regular el Acceso a los Recursos Genéticos. La propuesta de Ley Modelo posee las siguientes disposiciones de interés en esta materia:

- a. Se regulan los derechos de las comunidades locales e indígenas sobre sus recursos biológicos, conocimientos, innovaciones y prácticas, así como el derecho a beneficiarse colectivamente de la utilización de los mismos.

⁴⁰Igualmente el sector formal de mejoradores de dicho país ha expresado que la legislación mezcla dos aspectos diferentes: los derechos del agricultor y aquellos de los fitomejoradores (Dhar, 2002). Algunos comentaristas piensan que el Consejo de la UPOV- si la India desea acceder a la UPOV- requerirá modificaciones a la normativa especialmente en el caso de los derechos establecidos para los agricultores.

- b. Se regulan los derechos del agricultor. Se reconoce la contribución proveniente de las comunidades locales en la conservación, desarrollo y uso sostenible de los recursos genéticos de plantas y animales. Se incluye el derecho a: proteger el conocimiento tradicional relacionado con los recursos genéticos de plantas y animales; obtener una distribución equitativa de los beneficios derivados del uso de dichos recursos; participar en las decisiones que afecten a los mismos; salvar, usar, intercambiar y vender las semillas y el material de propagación; y usar nuevas variedades para desarrollar variedades de agricultores. Los agricultores no podrán vender sus semillas a escala comercial.
- c. Las variedades de los agricultores se protegerán de conformidad con las prácticas y el derecho consuetudinario. Se incluye el registro de variedades tradicionales sin tener que cumplir con los requisitos de distinción, uniformidad y estabilidad.
- d. Los derechos del fitomejorador están sujetos a restricciones con el objetivo de proteger la seguridad alimentaria, la biodiversidad, etc.
- e. Para la protección de los derechos de los fitomejoradores, se establecen los requisitos esencialmente previstos en UPOV 91, es decir que las variedades sean nuevas, estables, uniformes y homogéneas.
- f. Se otorgan los derechos exclusivos de vender o producir la planta o el material propagativo.
- g. La duración de la protección o del derecho exclusivo es de 20 años para todas las especies, excepto para árboles y vides, en cuyo caso la duración es de 25 años.
- h. Las excepciones al derecho conferido son: el reuso y el intercambio de material entre los agricultores; los usos no comerciales; la venta del material de propagación como alimento o para otro uso que no involucre el uso del material de propagación o vegetativo; el material de propagación como fuente de nuevas variedades, excepto cuando implique el uso repetido de la variedad; el uso de la variedad para mejoramiento, investigación o enseñanza, etc.
- i. Se establecen restricciones. De esta forma, es posible restringir los derechos del obtentor por razones de interés público, por ejemplo, en el caso de prácticas anti competitivas; para prevenir efectos en la salud, la nutrición o la seguridad alimentaria; cuando los requerimientos de los agricultores de material de propagación no se cumplen; para promover el interés público por razones socioeconómicas y para el desarrollo de tecnologías autóctonas, etc. En todo caso los obtentores están sujetos a una compensación adecuada.
- j. Se establecen causales para la revocación de los derechos, por ejemplo, si la variedad no era nueva; si existen hechos que de haberse conocido antes del otorgamiento hubieren propiciado su denegatoria; si la persona no ha cumplido con las condiciones de los DOV, etc.

V. EXPERIENCIA EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LEGISLACIÓN DE DERECHOS DE OBTENCIÓN VEGETAL (DOV) O EN SU DISCUSIÓN EN ALGUNOS PAÍSES DE LA REGIÓN

1. NICARAGUA

La Legislación de Nicaragua sobre DOV (Ley 318 de 1999) constituye un híbrido entre las disposiciones del Acta de UPOV de 1978 y la de 1991.⁴¹ Las condiciones para obtener la protección son la novedad, distinción, homogeneidad, estabilidad y el poseer una denominación (arts.16 y 50). La Autoridad Competente recae en el Ministerio de Fomento, Industria y Comercio a través del Registro de Propiedad Intelectual. En otros países esta designación recae en autoridades agrícolas o de semillas. Se requiere la autorización del titular para los siguientes actos (art. 8): producción o reproducción; preparación para los fines de reproducción o de multiplicación, comercialización, exportación, importación y donación. No se prevén otros derechos en el Acta de 1991. Se contempla el concepto de variedad esencialmente derivada (art. 9). Igualmente se protegen todos los géneros y especies vegetales (art.10).

Como excepciones al derecho se consideran: la investigación; la utilización con fines de reproducción o multiplicación en su propia explotación; y el uso o venta del producto de la cosecha como materia prima para consumo humano o animal (art.12). No se dispone de una categorización de tipos de agricultor a quienes el reuso está prohibido o restringido. La duración del derecho es de 20 años para todas las especies (art. 21). Se estipula que solo podrán imponerse limitaciones por razones de interés público y sujetas al otorgamiento de una compensación al titular (art. 23). Se regula con detalle el procedimiento, incluyendo registro, solicitud, publicaciones, examen de forma y fondo, etc. (arts. 24 y ss). Se dedican varios artículos al tema de las licencias obligatorias, indicándose como causales, las prácticas anticompetitivas, la declaratoria de interés público de la variedad; cuando la explotación de la misma sea indispensable para satisfacer las necesidades básicas de un sector de la población (art. 64). Se crea un Comité calificador de las variedades vegetales que funcionará adscrito al Ministerio Agropecuario y Forestal (MAG-FOR), el cual brindará asesoramiento técnico en las solicitudes. La nulidad y caducidad del DOV se norman, previéndose causales acordes con las disposiciones de UPOV (arts. 73 a 75). Por último, se prevén acciones con la infracción de los derechos (arts. 78 y ss). Dicho cuerpo normativa se encuentra reglamentado por medio del decreto No 37-2000.

A la fecha se han dado algunos pasos en la implementación de la ley; entre ellos se puede citar:

- a. Se aprobó el reglamento interno del Comité Calificador.

⁴¹Hay dos recursos de inconstitucionalidad interpuestos en la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, en contra de la Ley 318, a la fecha la misma no se ha pronunciado al respecto.

- b. Se aprobó la primera variedad vegetal, a favor de la Asociación de arroceros de Nicaragua (ANAR). Otras solicitudes se encuentran en trámite, entre ellas, una variedad de tabaco modificada por ingeniería genética solicitada por una Universidad Norteamericana. Otras corresponden a instituciones o empresas privadas nacionales. Por ejemplo, las variedades INTA-N1, INTA - MASATEPE, NB-9043, del Instituto Nicaragüense de Tecnología Agropecuaria (INTA).
- c. Se han elaborado y puesto en vigor una serie de descriptores de variedades vegetales, tales como pastos.
- d. El Registro de la Propiedad Intelectual (RPI) de Nicaragua, adscrito al Ministerio de Fomento, Industria y Comercio, conformó la Oficina de Derecho de Obtención Vegetal, como órgano especializado en esta temática.
- e. Por su parte, el Ministerio Agropecuario y Forestal, encargado de dar el dictamen técnico conforme la Ley 318, ha abierto una oficina adscrita a la Dirección General de Semillas, con el propósito de identificar y caracterizar variedades de diferentes especies, para lo cual se realizaron talleres en el 2004.

En general, en Nicaragua el proceso de implementación de la ley se ha acelerado a partir del 2004. El Comité Calificador, brazo técnico del sistema, se encuentra operando y reglamentado. Igualmente se trabaja en descriptores y otros asuntos de naturaleza técnica. Desde el punto de vista administrativo, el Registro de Propiedad Intelectual ha creado una sección especializada y ha buscado capacitación sobre el tema. Con el otorgamiento de los primeros títulos se espera mejorar el funcionamiento del registro. Cabe apuntar que algunas de las solicitudes en trámite corresponden a nacionales, dentro de los cuales destaca el Instituto de Investigación Agropecuaria.

Los principales obstáculos encontrados se relacionan con la puesta en operación de un sistema de protección nuevo y, por ende la preparación de las autoridades administrativas, incluyendo las encargadas de otorgar los títulos y el Comité Calificador. Debido a la existencia de excepciones amplias al derecho del agricultor tampoco se conoce de conflictos o demandas por el uso no autorizado de material o su venta a terceros.

2. MÉXICO

México cuenta con la Ley de Variedades Vegetales del 25 de octubre de 1996 y sus reformas. La Ley tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para la protección de los obtentores de variedades vegetales. Su aplicación corresponde a la Secretaría de Agricultura y Ganadería. Los requisitos establecidos son la novedad, distinción, estabilidad y homogeneidad; también la variedad debe poseer una denominación (arts.7 y 9).

Los derechos conferidos son los siguientes: ser reconocido como el obtentor; aprovechar y explotar en forma exclusiva y de manera temporal, por sí o por terceros con su consentimiento, una

variedad vegetal y su material de propagación para su producción, reproducción, distribución o venta, así como la producción de variedades vegetales e híbridos con fines comerciales (art. 4). El término es de 18 años para perennes y de 15 para las demás variedades.

Se exceptúa el uso de la variedad como fuente de investigación, la multiplicación del material de propagación para uso propio como grano, para consumo interno o siembra, conforme al reglamento y normas oficiales mexicanas, y el consumo humano o animal que beneficie exclusivamente a quien la cosecha (art. 5). No obstante, el reglamento limita el derecho de aprovechar la variedad vegetal en la propia siembra a personas físicas y restringe la cantidad de material de propagación a guardar o reservar para la siembra en una superficie que no exceda los límites establecidos en las normas mexicanas. No se recoge el concepto de variedad esencialmente derivada. Se regula el procedimiento de solicitud y el otorgamiento del título (art. 8); la transmisión de los derechos (arts. 19 y ss) y las licencias de emergencia (art. 29). Existe un registro nacional de variedades y un comité calificador, así como procedimientos administrativos de nulidad, revocación e imposición de sanciones e infracciones (arts. 38 y ss). En general en el caso mexicano, al igual que ocurre con Nicaragua, las lecciones aprendidas en la implementación de UPOV son similares, a pesar de algunas variantes entre estas dos normativas.⁴²

3. COSTA RICA

Costa Rica ha promulgado diversas leyes o reformado algunas existentes para adecuar su normativa a lo preceptuado en el ADPIC. Sin embargo, aún no otorga protección a las variedades de plantas, lo cual lo coloca en una situación teórica de incumplimiento. Aunque existe un proyecto de Ley que data de hace varios años publicado en el Diario Oficial, fuertemente basado en la Ley Modelo de la UPOV 1991, y se ha venido trabajando en otras propuestas más apropiadas para la realidad del país, ha existido una fuerte oposición de la sociedad civil y algunos representantes políticos para adoptar una legislación sui generis basada en UPOV 1991 (o 1978).⁴⁴ En términos generales, dichos grupos alegan potenciales impactos negativos sobre la biodiversidad, las prácticas agrícolas tradicionales de reuso e intercambio de semillas, y la seguridad alimentaria. Asimismo, han indicado que no existe obligación alguna de ratificar UPOV en el ADPIC, y por ende es mucho más conveniente para el país desarrollar un esquema sui generis diferente.⁴⁵ Estos grupos rechazaron vehementemente cualquier obligación que, en el marco del CAFTA, pudiera implicar la ratificación de UPOV en sus Actas, especialmente, la de 1991.

Adicionalmente, debido a la negociación del CAFTA, uno de los tópicos que mayor controversia

⁴²Puede accederse a la página web de la autoridad encargada de aplicar la Ley de Obtenciones Vegetales de México en la siguiente dirección: www.sagarpa.gob.mx/snics

⁴³Adicionalmente a la Ley de Biodiversidad No. 7788, se encuentran: la Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y de Utilidad No. 6867 del 5 de abril de 1983, reformada por la Ley No. 7979 del 31 de enero del 2000; la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos No. 7978 del 1 de febrero del 2000; la Ley de Información No Divulgada No. 7975 del 18 de enero del 2000; la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos modificada en el 2000; y la Ley de Observancia de Propiedad Intelectual No. 8039 publicada el 27 de octubre del 2000.

⁴⁴La Procuraduría General de la República, abogado del Estado, en Dictamen No 274 del 13 de noviembre del 2000 indicó que si bien es cierto la Ley de Creación de la Oficina Nacional de Semillas No 6289 del 4 de Diciembre de 1978, al establecer en el inciso g del artículo 8 como una de las funciones de la Oficina, la de establecer normas y controles para la protección de los derechos del obtentor y llevar el registro de nuevas variedades protegidas (arts. 10 y 15 inciso c), se requiere de una reglamentación de dichos numerales. A la fecha la Oficina Nacional de Semillas, quien por Ley debe llevar el registro de variedades, procura hacerlo mediante la figura del reglamento, en lugar de por medio de una ley formal, aunque evidentemente este enfoque presenta algunas dificultades legales especialmente tratándose de las sanciones por ser impuestas. La última versión de dicho reglamento constituye una combinación de los requisitos del Acta 78 y el Acta de 1991.

despertó, radicó en la ratificación obligatoria de la UPOV 1991. Por tal razón, los opositores a la legislación tipo UPOV promovieron en noviembre del 2003 -mediante el expediente No 15487- la presentación de un proyecto de Ley de Protección de los Derechos de los Fitomejoradores. Luego de realizar una profusa explicación y fundamentación en la exposición de motivos, sobre la compatibilidad de la propuesta con tratados internacionales, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica y múltiples instrumentos relacionados con los derechos humanos, el proyecto presenta la propuesta sustantiva.

En síntesis la ley pretende:

- a. Establecer objetivos más amplios que la sola protección de la propiedad intelectual de las nuevas variedades de plantas, tales como incentivar el cuidado e integridad de la biodiversidad, promover la seguridad y soberanía alimentaria, garantizar los derechos de los agricultores sobre los recursos de la biodiversidad, así como los derechos de los fitomejoradores y garantizar el flujo armónico del conocimiento (art. 1).
- b. La Ley excluye las variedades que no han sido intervenidas por el ser humano, las variedades genéticamente modificadas (entre ellas las producidas mediante la utilización de tecnologías de restricción genéticas), los recursos fitogenéticos y el conocimiento asociado resultante de prácticas, usos y costumbres de los pueblos indígenas y las comunidades locales, y las invenciones que al ser explotadas en forma monopólica puedan afectar los procesos agropecuarios básicos para la alimentación y la salud de los habitantes (art. 4).
- c. La Ley contempla un marco de principios y de interpretación con extensas referencias a los derechos humanos (arts. 5 y 6). Inclusive, el artículo 6 dispone que en caso de conflicto entre estos instrumentos y el acuerdo ADPIC prevalecerán los primeros, disposición que puede reflejar un buen deseo, pero que únicamente es posible establecer de conformidad con un análisis detallado del Tratado de Viena sobre Derecho de los Tratados.
- d. En general, el sistema se basa en la propuesta de Lesken y Flitner de desarrollar un sello sobre la variedad y su denominación, el cual tendrá una duración de 20 años prorrogables. El poseedor del sello y aquellos que hubiesen obtenido su autorización tendrán derechos exclusivos sobre el uso del sello en combinación con la denominación y el material de la variedad cuando sean usados simultáneamente (art. 9). Es decir, no se otorgan derechos exclusivos sobre el material de propagación o multiplicación, sino sobre éste cuando se use con el sello y la denominación, lo cual acerca la propuesta a un sistema de marcas.
- e. Los requisitos para otorgar el sello son que la variedad contenga un componente de novedad, sea distinguible (al menos por una característica de relevancia agronómica) y sea identificable (art.13). Los requisitos tradicionales de la UPOV de novedad comercial,

⁴⁵Fundamentalmente estos Grupos forman parte de la Red de Organizaciones en Biodiversidad que integra a ONGs ambientalistas, grupos campesinos e indígenas y académicos.

homogeneidad, distinguibilidad y estabilidad se sustituyen por éstos, con el propósito, según los proponentes, de evitar las consecuencias negativas asociadas al uso de variedades homogéneas, tales como la pérdida de la diversidad genética, el desplazamiento de variedades nativas, etc.

- f. Se establece un sello verde como un atributo adicional para reconocer el trabajo de fitomejoramiento orientado a incentivar una agricultura ambiental y socialmente sostenible y que constituye un valor agregado (art. 14) y un programa de incentivos para dicho fitomejoramiento (art. 15).
- g. Se regulan los derechos de los agricultores asociados a las nuevas variedades de plantas, entre ellos, el de usar, vender y disponer libremente de los productos de la cosecha y de usar e intercambiar semillas, además de participar en los procesos de decisión sobre recursos genéticos y tener acceso a los adelantos de la ciencia (arts. 17 y 18).
- h. Se estipula una responsabilidad para el fitomejorador que no existe en la mayoría de las legislaciones en esta materia. El obtentor se encuentra obligado a declarar en una etiqueta o empaque, cual será el rendimiento del material bajo condiciones determinadas. Si este material no provee dicho rendimiento en las condiciones estipuladas, los afectados podrán realizar los reclamos de daños y perjuicios ante las autoridades administrativas o judiciales, siguiendo lo preceptuado en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (art. 19).⁴⁶
- i. Por último, se establecen disposiciones sobre la autoridad competente y los procedimientos. En caso de realizarse los exámenes de fondo se debe consultar de previo a la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad (CONAGEBIO) del Ministerio de Ambiente y Energía, cuya oposición fundada será vinculante e impedirá la aprobación de la solicitud. Igualmente se debe conferir audiencia a las organizaciones de agricultores inscritas ante la autoridad competente (art. 27). Asimismo, se establece como requisito (art. 24.4) presentar un certificado de origen o de legal procedencia (emitido por la CONAGEBIO) para probar que el interesado cumplió con los requisitos de acceso antes de haber empezado el trabajo de fitomejoramiento.
- j. La ley no menciona sanciones penales u otras medidas de observancia.

3.1 Compatibilidad de la propuesta con las reglas y disciplinas de la OMC

La propuesta presenta una reflexión y un ejercicio interesante dirigido a establecer un sistema sui generis diferente al de la UPOV. Posiblemente, previendo que su contenido puede no satisfacer los requisitos del ADPIC, el proyecto reitera como fundamento de las disposiciones redactadas,

⁴⁶Quizá lo anterior se explica por las críticas que se han efectuado al rendimiento de las variedades transgénicas, las cuales han sido denunciadas por no cumplir con las promesas realizadas a los agricultores para su adopción.

instrumentos de derechos humanos y tratados de naturaleza ambiental, especialmente la Convención sobre la Diversidad Biológica y el Tratado Internacional de la FAO sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura. A la vez enfatiza que la propuesta se aplicará por igual a nacionales y extranjeros de diferentes países, buscando garantizar el cumplimiento del estándar de no discriminación de la OMC (principios del Trato Nacional y Nación Más Favorecida).

3.2 Algunas inquietudes generadas por el proyecto de Ley de Protección de los Derechos de los Fitomejoradores

La exposición de motivos y la cita de instrumentos internacionales diferentes al ADPIC, parece tener como propósito establecer un argumento a priori, ante la posibilidad de inconsistencia entre la propuesta normativa y el texto del ADPIC. Dicha inconsistencia se justificaría entonces a la luz de otras fuentes el derecho internacional. Esta postura incluso se reafirma al indicarse que en caso de contradicción entre los dos tipos de instrumentos, prevalecerán aquellos relacionados con los derechos humanos. En general, el proyecto pretende asegurar que su contenido responde a una interpretación integral del derecho internacional aplicable y no solo a la lectura del ADPIC. Aunque en enfoque resulta interesante, es difícil considerar que los instrumentos antes indicados justifican la redacción actual de la propuesta.

Los derechos otorgados se asemejan a los de una marca, a pesar de que la exposición de motivos pretende diferenciar el esquema propuesto de aquellos de las marcas. No obstante, la ausencia de protección del material de reproducción o multiplicación nos permite cuestionar si se está en presencia de un régimen efectivo. La extensión del plazo y al hacer las renovaciones una posibilidad (con lo cual se otorgaría un plazo indefinido de protección como en el caso de las marcas), puede justificarse ante el otorgamiento de derechos exclusivos diluidos si los comparamos con aquellos de las patentes o los derechos de obtentor basados en UPOV.

La legislación excluye las variedades genéticamente modificadas (se entiende que se refiere a las variedades creadas mediante técnicas de biotecnología moderna, por ejemplo, las definidas en el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad). Igualmente, como en el caso de la legislación de la India, se excluyen las llamadas tecnologías de restricción genética.⁴⁷ Por lo tanto, en principio, no existe posibilidad de protección para las variedades transgénicas, dado que la Ley de Patentes expresamente excluye a las variedades vegetales como objetos de protección remitiendo a una tutela por la vía de los derechos del obtentor (art. 3). Por ende, únicamente los procedimientos para obtenerlas, si cumplen con los requisitos sustantivos de patentabilidad, serían protegibles en Costa Rica. Esta disposición va en contra del mandato del ADPIC de conceder protección en todos los campos de la técnica si la aplicáramos analógicamente al caso de las obtenciones vegetales tutelables mediante el esquema *sui generis*, en tanto se está discriminando a cierta tecnología.⁴⁸ Igualmente, para que el sistema sea efectivo según el artículo 27.3.b) del ADPIC cabe preguntarse si este tipo de exclusión resulta posible. Dhar (2002), por ejemplo, considera que uno de los indicadores de que el sistema es efectivo consiste en la protección de la mayor

cantidad posible de variedades. Tampoco queda clara la justificación-desde el punto de vista de la propiedad intelectual- para excluir dicha tecnología del ámbito de protección.

Respecto a la posibilidad de emitir un certificado de origen o de legal procedencia, mucho se ha escrito en los últimos tiempos sobre este instrumento, como un mecanismo para evitar la biopiratería, controlar o monitorear el uso de los recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado en innovaciones,⁴⁹ y en el caso de patentes, ayudar a determinar la novedad y el nivel inventivo (e incluso quien es el inventor). Únicamente nos interesa llamar la atención sobre las dificultades que en materia de variedades vegetales el mismo traería consigo dado el origen diverso de los materiales (cfr. Dutfield, 2003 y Ho, 2003). Por último, el certificado se emite si los materiales de origen de la variedad han sido accesados en Costa Rica, como el proyecto parece entender. No obstante, no necesariamente los mismos han sido obtenidos en el país, sino que pueden provenir de otras fuentes ubicadas fuera del territorio nacional. En este caso, el proyecto no menciona como proceder pues se limita a considerar el certificado como un instrumento a ser emitido por la autoridad nacional.

Los requisitos establecidos en la legislación- de forma congruente con las críticas que en la exposición de motivos se realizan, de los efectos de la agricultura basada en los requisitos de la UPOV sobre la diversidad genética especialmente las variedades locales- exigen fundamentalmente un cierto nivel de novedad y de identificación como requisitos básicos. Lo anterior ante la necesidad de recompensar a los esfuerzos que "crean" algo "nuevo" y a la vez permitir identificar la materia a proteger, a efectos de poder garantizar que se conoce con cierta certeza que se está tutelando. No obstante, las otras leyes sui generis existentes que no se basan en la UPOV, todas han seguido -en lo esencial- los requisitos de otorgamiento de los derechos -con algunas diferencias- contemplados en el convenio de UPOV. Algunas de las disposiciones de interés de estas leyes más bien se dirigen a adicionar elementos tales como la existencia de fondos para promover la conservación de variedades locales; a reconocer simultáneamente los derechos de los agricultores, incluyendo el derecho a obtener beneficios cuando sus materiales han sido utilizados como parte del proceso para crear la nueva variedad; o a limitar los derechos del obtentor, permitiendo al agricultor el reuso, venta e intercambio de los materiales, etc. La legislación costarricense propuesta sí presenta una importante desviación con relación a los estándares de otros sistemas sui generis.

Sobre las medidas de observancia, las mismas no se mencionan. Sin la existencia de mecanismos para la observancia, de acuerdo con los autores cuyo planteamiento ha sido utilizado en la elaboración de la propuesta, no podría hablarse de un sistema efectivo (Leskien y Flitner, 1997).

Ante la obligación existente de ratificar la UPOV en su versión de 1991, la Oficina de Semillas y el Ministerio de Comercio Exterior trabajan en la elaboración de una nueva propuesta apegada a las reglas de dicho tratado internacional.

⁴⁷Sobre las mismas cfr. Visser y al, 2002.

⁴⁸Se está discriminando, no diferenciando lo cual sí se encuentra permitido según la jurisprudencia de la OMC (Panel en el caso de la Protección por patentes de los productos farmacéuticos en Canadá, WT/DS114/R).

⁴⁹Especialmente el cumplimiento de los requisitos de haber obtenido el consentimiento informado previo y los términos mutuamente acordados antes del acceso al recurso.

VI. OTROS ACUERDOS INTERNACIONALES AMBIENTALES APLICABLES PARA ESTABLECER UN SISTEMA DE DOV

Existen disposiciones que deben ser obligatoriamente consideradas para formular un sistema de protección de las obtenciones vegetales, de forma que se asegure una implementación coherente de los diferentes instrumentos internacionales aplicables. En este sentido se deben destacar:

- a. la **Convención sobre la Diversidad Biológica (CDB)** y las implicaciones que podría tener la negociación en curso de un régimen internacional de acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios en lo relativo a los derechos de propiedad intelectual (obtencciones vegetales);
- b. las disposiciones del **Tratado Internacional de la FAO sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TI-FAO)**;
- c. adicionalmente, en la medida en que son pertinentes para este trabajo, se indicarán los aspectos técnicos estudiados en el **Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicional y Folklore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)**.

1. LA EMERGENCIA DE FOROS AMBIENTALES Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Previo al análisis de los vínculos existentes es importante mencionar algunas palabras sobre el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Tratado sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura.

1.1 El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)

La riqueza biológica de los países tropicales como los ubicados en la región y las posibilidades de utilización de los recursos genéticos y bioquímicos, así como del conocimiento tradicional asociado, constituyen hoy por hoy una realidad incontestable. Los avances en las técnicas de exploración de organismos y las posibilidades de las "nuevas biotecnologías" han abierto las puertas a una consideración diferente del valor "oculto" de nuestros recursos y conocimientos tradicionales. Sin embargo, por las disposiciones legales que se comentarán, existe la obligación de que este acceso a los recursos y conocimientos cumpla con varios requisitos:

- a. La obtención del consentimiento previo del Estado y demás titulares del conocimiento o del recurso biológico, genético y bioquímico (conocido por sus siglas en inglés como PIC).

- b. La negociación de la distribución de beneficios derivados del acceso a la biodiversidad y al conocimiento tradicional asociado, por medio de un acuerdo o contrato que contemple los "términos mutuamente acordados" en que el acceso se celebra.
- c. La conservación de la biodiversidad y la creación de capacidades nacionales para dar valor agregado a los recursos naturales propios de cada país.

El Convenio sobre Biodiversidad (ratificado por El Salvador) reafirma la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales (art. 3). Dicha soberanía conlleva la posibilidad de regular el acceso a esos recursos y el conocimiento asociado, sujeto a lo que disponga la legislación nacional, a la obtención del consentimiento fundamentado previo y a una distribución justa y equitativa de los beneficios entre los diversos actores (arts. 15, 16 y 19). Asimismo, los objetivos del Convenio contemplan la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada.

El artículo 16 permite que cada Parte Contratante tome las medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con el objeto de que se asegure a las Partes Contratantes -en particular las que son países en desarrollo, que aportan esos recursos genéticos- el acceso a la tecnología que utilice ese material y la transferencia de la misma, en condiciones mutuamente acordadas, incluyendo la tecnología protegida por patentes y otros derechos de propiedad intelectual. Cada parte podrá asimismo tomar las medidas antes referidas, para que el sector privado facilite el acceso a la tecnología, su desarrollo conjunto y su transferencia en beneficio de las instituciones gubernamentales y el sector privado de los países en desarrollo. Por último, el párrafo 5 de esta norma reconoce que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual pueden influir en la aplicación del presente Convenio y cooperarán a este respecto de conformidad con la legislación nacional y el derecho internacional para velar por que esos derechos apoyen y no se opongan a los objetivos del mismo.

Por su parte, el artículo 8 (J) dispone:

"Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible, y según proceda:

Con arreglo a la legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades locales e indígenas, que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes poseen esos conocimientos, innovaciones y fomentará que los beneficios derivados de la utilización

de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente."

Cabe indicar que en materia agrícola a diferencia de la materia silvestre, el acceso y distribución de beneficios están condicionados por una serie de particularidades que lo hacen susceptible de un tratamiento diferente por parte de los regímenes legales. Para citar tan solo algunas de estas peculiaridades:

- a. los múltiples orígenes de una variedad (el material genético puede venir de varios países);
- b. la necesidad de precisar mínimos mejoramientos de cada uno de los países para ser titular de un derecho al reparto de beneficios;
- c. la existencia de una importante oferta ex situ;
- d. la exclusión de los materiales adquiridos antes de la vigencia del CBD (29 de diciembre de 1993) de las obligaciones del Convenio sobre reparto de beneficios; y
- e. la interdependencia mundial de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura incluso en países en desarrollo (cfr. Ten Kate, 1997; Sain y otros, 1999).

1.1.1 Resoluciones de las Conferencias de las Partes del CBD

Las Conferencias de las Partes del Convenio también han abordado la relación entre DPI y biodiversidad. La V Conferencia (2000, Kenia) en la Decisión V-26 solicita a la OMPI y la UPOV que en su labor tengan debidamente en cuenta las disposiciones pertinentes del Convenio, incluidas las repercusiones de los DPI sobre la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y en particular el valor de los conocimientos tradicionales.

Más adelante invita a la OMC a que tenga en cuenta que el ADPIC y el CBD están mutuamente relacionados y llama a que se explore más a fondo esa relación mutua. La Resolución VI/24/C 1 ("El papel de los DPI en la implementación de acuerdos de distribución de beneficios") invita a los gobiernos y Partes a promover la revelación del origen de los recursos genéticos en aplicaciones de derechos de propiedad intelectual, cuando la materia protegida consista o haga uso de recursos genéticos en su desarrollo, como una posible contribución al rastreo del cumplimiento del consentimiento informado previo y las condiciones mutuamente acordadas bajo las cuales el acceso a esos recursos fue otorgado. El numeral 2 contempla la misma invitación en términos de conocimiento tradicional asociado. En el cuadro 4 se presentan algunas consideraciones sobre los propósitos e implicaciones de la revelación del origen de los recursos genéticos.

1.1.2 La negociación de un régimen internacional y sus implicaciones en el sistema de obtenciones vegetales

Durante las negociaciones que precedieron la redacción del Convenio sobre la Diversidad Biológica, los países en desarrollo justamente lucharon por incluir como uno de los objetivos de este tratado, la distribución de los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos. De esta manera, a la par de los objetivos relacionados con la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, el participar en los beneficios se convierte en una de las metas que deben guiar el accionar de la CBD.

A pesar de que el tratado recogió los intereses de estas naciones, poco se ha hecho para llevar a la práctica este postulado. Cabe mencionar la conformación del Panel de Expertos sobre Acceso a Recursos Genéticos en 1999 (reunido en dos ocasiones) y el Grupo de Trabajo de Composición Abierta Sobre Acceso a Recursos Genéticos, creado en el 2000. Dicho grupo culminó su labor en octubre del 2000 en Alemania, finalizando las **Guías de Bonn Sobre Acceso a Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios**, las cuales, con diversos cambios y adiciones, fueron finalmente aprobadas en la VI Conferencia de las Partes celebrada en La Haya en el 2002.⁵⁰

Si bien es cierto estas orientaciones o lineamientos fueron bienvenidos por los países desarrollados y empresas usuarios de estos recursos, para algunos países en desarrollo, este esfuerzo resultaba insuficiente fundamentalmente por dos razones:

- a. son de naturaleza voluntaria;
- b. las guías prestan poca atención a las medidas a ser emprendidas por los países donde se ubican usuarios (países desarrollados con empresas que usan recursos genéticos) para cumplir sus obligaciones en el marco del Convenio, especialmente las relativas a tomar medidas administrativas, legislativas y de política para compartir beneficios.

De forma paralela, en enero del 2002 se conformó en México el Grupo de Países Megadiversos Afines o GAPMA (creado mediante la Declaración de Cancún).⁵¹ En la Cumbre de Desarrollo Sostenible de Johannesburgo, el GAPMA se apuntó un importante éxito al impulsar, de conformidad con lo dispuesto en la Declaración de Cancún, el establecimiento de un régimen internacional que promueva y salvaguarde efectivamente la distribución justa y equitativa de beneficios, el cual quedó recogido en el párrafo 42 inciso O del Plan de Acción de Johannesburgo.

La VII Conferencia de las Partes acordó iniciar dichas negociaciones. De esta forma, la Decisión VII/19 reconoce como posibles elementos del Régimen Internacional, un certificado internacionalmente reconocido de origen/fuente/legal adquisición de los recursos genéticos y el

⁵⁰En su párrafo 16. d, las Guías de Bonn, establece que las Partes con usuarios de recursos genéticos deberían considerar medidas para apoyar el cumplimiento del consentimiento informado previo de la Parte que provee los mismos y los términos mutuamente acordados bajo los cuales el acceso tiene lugar. Entre estas medidas se menciona el fomentar la revelación del país de origen de los recursos y del conocimiento tradicional en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual.

⁵¹Véase www.megadiverse.com. Es importante señalar la referencia pues el Grupo lo integran algunos países de América como México, Costa Rica, los países andinos y Brasil.

conocimiento tradicional asociado; y la revelación del origen/fuente/legal adquisición de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado en solicitudes de DPI.⁵² Igualmente, la Decisión VII/19 establece la necesidad de abordar aspectos, entre ellos, la revelación del origen como mecanismo para apoyar el cumplimiento de la legislación de acceso y el consentimiento informado previo y los términos mutuamente acordados.⁵³ Asimismo, solicita al Grupo de Trabajo de Acceso a Recursos Genéticos analizar el tema del certificado de origen incluyendo su factibilidad, costo y practicidad.⁵⁴

La Decisión VII/19 acuerda convocar nuevamente al Grupo de Trabajo sobre ABS⁵⁵ para que "(...) en colaboración con el Grupo de Trabajo del artículo 8 inciso J sobre conocimiento tradicional, y asegurando la participación de comunidades y pueblos indígenas, organizaciones no gubernamentales, industria e instituciones académicas e intergubernamentales, elabore y negocie un régimen internacional sobre acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios con el propósito de adoptar un instrumento o instrumentos para efectivamente implementar las disposiciones del artículo 15 y 8 inciso J y los 3 objetivos de la Convención." Dicho grupo deberá reunirse en dos oportunidades y presentará sus resultados a la Octava Conferencia de las Partes a celebrarse en Brasil en el 2008. El grupo operará de conformidad con los términos de referencia que constituyen el anexo de la resolución.⁵⁶

En general, las principales disposiciones del CBD que pueden tener relevancia al instrumentar un sistema de DPI, en el caso de las obtenciones vegetales son las siguientes:⁵⁷

- a. El respeto a la soberanía nacional sobre la biodiversidad (recursos genéticos).
- b. La prevención de la denominada biopiratería y el apoyo a los esfuerzos de los países por establecer un sistema de acceso a recursos genéticos, que incluya la obligación de obtener el consentimiento informado previo y una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos.
- c. La protección del conocimiento tradicional, en lo que toca a las variedades tradicionales (recursos fitogenéticos).

⁵² Punto D, xiii y xiv, Decisión VII/19.

⁵³ Acápite E (medidas para apoyar el cumplimiento del consentimiento informado previo y los términos mutuamente acordados bajo los cuales el acceso se concedió, sección conocida como Medidas de Países Usuarios) de la Decisión VII/19.

⁵⁴ Punto 6, Decisión VII/19.

⁵⁵ Siglas en inglés (Access to Genetic Resources and Benefits Sharing) de acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios.

⁵⁶ Dicho Grupo se reunió en Tailandia del 14 al 18 de Febrero del 2005. Aunque se realizaron pocos avances sustantivos en el tratamiento de los temas, se aprobó un proceso entre sesiones con el fin de avanzar las discusiones.

⁵⁷ Por ejemplo, un análisis sobre el CBD y los DPI concluye que éstos se relacionan al menos desde tres perspectivas: DPI y la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad; la protección del conocimiento tradicional; y la transferencia de tecnología (Middelton, 1999).

4. La conservación y el uso sostenible de la biodiversidad en general.

Cuadro 4 El certificado de origen en derechos de obtención vegetal

Aunque la idea de la revelación del origen/prueba del consentimiento informado previo/ prueba de la distribución de beneficios ha sido discutida en el marco del sistema de patentes fundamentalmente (Gibseber, 2004), es igualmente aplicable la discusión al sistema de la UPOV y en general a los procesos aprobatorios (UNU, 2004).

Como objetivos de la propuesta se enumeran:

- 1. Transparencia:** permitir a las autoridades nacionales que otorgan el acceso a los recursos genéticos, rastrear el uso de estos recursos en las solicitudes y títulos de patentes.
- 2. Cumplimiento con las condiciones del acceso:** permitir rastrear el cumplimiento con el consentimiento informado previo y las condiciones mutuamente otorgadas bajo las cuales el acceso fue otorgado.
- 3. Determinación del arte previo:** la revelación permitiría un mejor análisis de la novedad y el nivel inventivo por parte de las Oficinas de Patentes.
- 4. Relación entre el Acuerdo TRIPS/ADPIC y el CBD:** la revelación del origen permitiría prevenir conflictos entre el ADPIC y el CBD, y apoyaría la implementación recíproca de ambos.
- 5. Biopiratería:**⁵⁸ la revelación detendría la biopiratería o apropiación indebida de recursos genéticos o conocimientos tradicionales mediante el otorgamiento de "patentes malas."

Este estudio no discutirá la compatibilidad de dicho sistema, en sus diferentes variables, con el sistema de patentes, pues la revelación del origen propuesta se implementaría en un sistema de obtenciones vegetales basado en la UPOV, pero sí se debe realizar tal análisis en el marco de las disposiciones del Tratado de la UPOV.

El Convenio de la UPOV 1991 de manera específica establece que los requisitos para otorgar o cancelar un derecho de obtención vegetal no deben desviarse de aquellos previstos por la UPOV. Expresamente se indica que los derechos de los fitomejoradores no deben ser sujetos a condiciones adicionales (art 5), cumplidas las formalidades nacionales y el pago de las tasas. Igualmente se dispone que los derechos no se cancelarán o anularán por motivos diferentes a los indicados en los artículos 21 y 22.

Cabe indicar que la UPOV ha mencionado que no se opone a la revelación del origen que facilite el examen de la variedad; pero se opone a considerar la misma como un requisito o condición adicional de protección. La posición de la UPOV se muestra en el anexo 2.

Primero, es importante enfatizar que el mencionado artículo 5 expresamente prevé que el otorgamiento del derecho de obtentor estará sujeto a las formalidades del país. Por ende, estipular como un requisito de forma y no sustantivo la revelación del origen es legalmente posible.⁵⁹ En caso de no presentarse, no se daría trámite a la solicitud.

⁵⁸Cabe indicar que no existe una definición de biopiratería. Para algunos, la biopiratería consiste en la adquisición de recursos genéticos y conocimiento tradicional sin el permiso del país o titular del recurso o conocimiento; cuando no se establecen reglas de distribución de beneficios que sean justas y equitativas; cuando se protegen por DPI innovaciones que son copias o modificaciones cosméticas de los primeros; o cuando se protegen por DPI invenciones biotecnológicas basadas en los mismos, independientemente de la existencia de consentimiento fundamentado previo, etc. (Véase Girsberger, 2004 y Duffield, 2004, entre otros).

⁵⁹En el caso del sistema de patentes y la existencia de un requisito similar, se ha venido discutiendo en que medida es un requisito sustantivo y por tanto contrario al artículo 27 del ADPIC, o un requisito de forma que puede ampararse en el artículo 62 como una formalidad necesaria para el mantenimiento o adquisición del derecho.

Un segundo aspecto a considerar es en el caso de falsa declaración del origen. En los países donde el requisito se ha exigido, se ha optado por dos soluciones: la nulidad o cancelación de la patente (India, Brasil, la Comunidad Andina, etc.) o sanciones penales, administrativas o civiles, fuera del derecho de patentes (países europeos como Noruega, Dinamarca, Bélgica y Suecia y en general la posición de la Unión Europea).

En tercer lugar, es importante considerar las particularidades del origen de las variedades vegetales y en que medida se estaría salvaguardando la legalidad del acceso al material de origen doméstico o extranjero, sobre todo cuando el material es importado.

Cabe señalar que el Informe de la Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual afirmó al respecto que "los países deberían proveer en su legislación la revelación obligatoria en las aplicaciones de patentes del origen geográfico de los recursos genéticos de los cuales la invención deriva."

2. EL TRATADO INTERNACIONAL SOBRE LOS RECURSOS FITOGENÉTICOS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA (TI-FAO)⁶⁰

El Compromiso Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos fue adoptado por la Comisión de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) en 1983. El principal objetivo de este instrumento, jurídicamente no vinculante, consiste en "asegurar que los recursos fitogenéticos de interés económico o social, particularmente para la agricultura, sean explorados, preservados, evaluados y hechos disponibles para el mejoramiento y propósitos científicos." El Compromiso Internacional declaraba de libre acceso y Patrimonio Común de la Humanidad a los recursos genéticos vegetales. Sin embargo, este instrumento consideraba bajo la misma categoría a las líneas de elite y las variedades mejoradas, estas últimas protegidas mediante derechos de propiedad intelectual. En razón del potencial conflicto de algunas legislaciones, fundamentalmente de países desarrollados, un total de ocho naciones registraron sus reservas al mismo. A la vez, ciertos países en desarrollo comenzaron a cuestionar el paradigma del libre acceso y la ausencia de distribución de beneficios derivados del uso de sus recursos fitogenéticos. Ello dio pie a la negociación y aprobación de clarificaciones del alcance del Compromiso por parte de la FAO.

Por último, cabe mencionar la Resolución 7-93 emitida como reacción a la firma del Convenio sobre la Diversidad Biológica, especialmente a la Resolución No 3 del Acta de Nairobi, que establecía la necesidad de resolver en el marco de la FAO el acceso a las colecciones ex situ no cubiertas por el Convenio y la cuestión de los derechos de los agricultores. La Resolución 7-93 solicitó al Director General de FAO proveer un Foro de Negociaciones entre los gobiernos para adaptar el Compromiso a la Convención sobre la Diversidad Biológica, considerar los temas del acceso a los recursos fitogenéticos en términos mutuamente convenidos, incluyendo el caso de las colecciones ex situ y la manera de concretar los derechos de los agricultores.⁶¹

⁶⁰Sobre la evolución y actividades realizadas por la Comisión de Recursos Genéticos como entidad que de forma interina se hará cargo de poner en funcionamiento el tratado hasta su entrada en vigor, véase www.fao/ag/cgrfa. También, Mohamed Ali Mekour, A global instrument on agrobiodiversity: the international treaty on plant genetic resources for food and agriculture, Environmental Law and Policy, FAO, 2002; y Cooper, David, The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, RECIEL, London, 11 (1), 2002.

Desde entonces, en el seno de la FAO la Comisión de Recursos Genéticos había venido revisando el Compromiso y ha logrado finalizar un Tratado sobre los Recursos Fitogenéticos para la para la Alimentación y la Agricultura (TI-FAO).⁶²

Fundamentalmente, los temas más importantes abordados por el TI-FAO son los siguientes:

- a. el acceso a los recursos genéticos;
- b. los derechos de los agricultores;
- c. la posibilidad de conceder derechos de propiedad intelectual sobre los materiales del Sistema Multilateral de Acceso;
- d. las relaciones entre este instrumento y otros acuerdos internacionales especialmente el Acuerdo ADPIC de la OMC; y
- e. la lista de especies por ser cubiertas.

2.1 Derechos del agricultor

Con relación al concepto de derechos de los agricultores las disputas se centraron en la naturaleza de los mismos: sea como un mero concepto abstracto (propuesto por algunos países desarrollados) o bien como un derecho concreto a ser realizado. En definitiva, pese a las discrepancias sobre los alcances y naturaleza de estos derechos, se logró acordar una solución de compromiso. Las Partes han acordado que la responsabilidad de hacer realidad los derechos de los agricultores incumbe a los gobiernos nacionales. Cada Parte según su legislación nacional deberá adoptar las siguientes medidas: "la protección de los conocimientos tradicionales de interés para los recursos fitogenéticos; el derecho a participar equitativamente en la distribución de beneficios; el derecho a participar en la adopción de decisiones. Nada de lo anterior se interpretará en el sentido de limitar cualquier derecho que tengan los agricultores a conservar, utilizar, intercambiar y vender material de siembra o propagación conservado en las fincas, con arreglo a la legislación nacional y según proceda (artículo 9)."

2.2 Sistema Multilateral de Acceso

Respecto al acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios, se crea un Sistema Multilateral para las especies cubiertas por el tratado (unos 35 cultivos y 29 especies forrajeras contenidas en el Anexo I), "eficaz, efectivo y transparente para facilitar el acceso a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y compartir de manera justa y equitativa, los beneficios que se deriven de la utilización de tales recursos" (art.10).

⁶¹La Decisión II-7 de la Segunda Conferencia de las Partes en 1995 ya había reconocido las características diferenciales de los Recursos Genéticos Agrícolas.
⁶²El Tratado entró en vigencia el día 29 de junio del 2003 al recibir la ratificación No 50.

El Sistema Multilateral deberá comprender todos los recursos del Anexo I que se encuentran bajo la Administración y el Control de las Partes Contratantes y son del dominio público (art. 11). El acceso se realizará en las condiciones facilitadas indicadas en el artículo 12 y la distribución de los beneficios en el Sistema Multilateral incluye el intercambio de información, el acceso a la tecnología y su transferencia, el fomento de la capacidad y la distribución de beneficios monetarios derivados de la comercialización (art.13). En este aspecto, cuando el producto incorpore material al que ha tenido acceso al amparo del Sistema Multilateral deberá pagar una parte "equitativa" de los beneficios al Fondo o Fideicomiso creado, excepto en los casos en los cuales el producto esté a disposición de otras personas sin restricciones, para investigación y mejoramiento ulteriores, en cuyo caso deberá alentarse al receptor a que efectúe dicho pago. En otras palabras, si el producto se encuentra protegido por patentes, dicho pago resulta obligatorio y en principio si se encuentra protegido por derechos de obtención o carece de algún tipo de derecho, el pago es voluntario.⁶³ La cuantía, forma y modalidad de pago de acuerdo con la práctica comercial deberán ser definidas luego por el Órgano Rector del Tratado (Art.13).

2.3 Propiedad Intelectual

En lo referente al punto de los derechos de propiedad intelectual, se plantearon durante la negociación diversas propuestas. Por una lado, se ha indicado que únicamente deberían prohibirse los DPI sobre los recursos genéticos tal y como son recibidos por el Sistema Multilateral. Tal propuesta no menciona a sus componentes (genes, células, etc.) o derivados. Por otra parte, se ha señalado que la exclusión debe comprender a los materiales recibidos, sus partes y componentes, limitándose la protección por esos derechos y por tanto afirmándose las posibilidades de utilizar los recursos fitogenéticos libremente para una conjunto de cultivos importantes. El texto final establece que los receptores no reclamarán ningún derecho de propiedad intelectual o de otra índole que limite el acceso facilitado a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura o sus partes o componentes genéticos en la forma recibida del sistema multilateral (art. 12).⁶⁴

En general, las principales disposiciones del Tratado que pueden ser pertinentes para elaborar un sistema de obtenciones vegetales son las siguientes:

- a. Las restricciones al otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre el material tal cual recibido por el Sistema Multilateral. No obstante, esta restricción debe incorporarse en las cláusulas del Acuerdo de Transferencia de Material que autorice el acceso y por ende u redacción escapa a la normativa de propiedad intelectual.⁶⁵
- b. La realización del derecho del agricultor. En este sentido son de interés para un sistema de DPI fundamentalmente los siguientes elementos: la extensión y alcance del derecho

⁶³Por ejemplo, podría ocurrir que un sistema de patentes contará con amplias excepciones en materia de investigación; a la vez, un sistema de obtenciones vegetales podría verse complementado con la protección mediante contratos que impidan al comprador de la semilla su reuso, como ocurre en los Estados Unidos.

⁶⁴El alcance del texto no resulta del todo claro. Sin embargo, algunos comentaristas afirman que esta disposición no cambia en nada la práctica en materia de DPI existente antes de la redacción del Tratado de la FAO, cfr. Fowler, 2004.

⁶⁵En este momento existe un grupo de expertos que se encuentra preparando el formato de Acuerdo de Transferencia de Materiales, cfr. www.fao/ag/cgrfa

del agricultor a reutilizar, intercambiar o vender semillas protegidas; y el derecho del agricultor a proteger sus variedades tradicionales por medio de un sistema de derechos exclusivos similar al de los DPI.

- c. El apoyo de los DPI a la conservación, el uso sostenible y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del acceso, de conformidad con los objetivos del Tratado de la FAO (art. 1).

3. COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y RECURSOS GENÉTICOS, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y FOLCLORE (IGC)⁶⁶

El Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (IGC) de la OMPI fue establecido por la Asamblea General de la OMPI en octubre de 2000 como foro para el debate y el diálogo acerca de la relación entre propiedad intelectual, conocimientos tradicionales, recursos genéticos y expresiones culturales tradicionales. Se consideraba que estos temas no caían dentro del ámbito de otros órganos de la OMPI.⁶⁷

Dicho comité fue creado a iniciativa de los países del Grupo Latinoamericano y del Caribe (GRULAC). Su mandato de los años 2001 al 2003 era analizar aspectos de propiedad intelectual relacionados con los recursos genéticos, el conocimiento tradicional y la protección de las expresiones del folclore. En la XXIX sesión de la Asamblea General de la OMPI en septiembre del 2003, se decidió extender el mandato por otros dos años, incluyendo la posible redacción de instrumentos jurídicamente vinculantes. Precisamente uno de los tópicos que el Comité había considerado- y continúa haciéndolo bajo su nuevo mandato- lo constituye la revelación del origen en aplicaciones de patentes.⁶⁸

Fundamentalmente, el trabajo del Grupo en materia de recursos genéticos que acá interesa, se desarrolló en dos direcciones básicas: las cláusulas contractuales sobre DPI en acuerdos de acceso a recursos genéticos y la función de los requisitos de divulgación de patentes en relación con las invenciones que se basan o hacen uso de dichos recursos (la revelación del origen).

⁶⁶Otros aspectos relacionados con este tópico de la revelación del origen también se discuten en otros Comités de la OMPI, como el Comité Permanente de Derecho de Patentes en su trabajo de elaboración de un Tratado Sustantivo en Derecho de Patentes y el Grupo de Trabajo para la Reforma del Tratado de Cooperación de Patentes.

⁶⁷Véanse otros detalles en www.wipo.int/tk/en/igc/

⁶⁸Aunque escapa al objetivo de este trabajo, el mandato del Grupo incluye la posibilidad de negociar un instrumento legalmente vinculante en materia de conocimientos tradicionales, cuyo "outline" fue ya presentado por el Grupo Africano. Asimismo, en la última reunión la Secretaría presentó un detallado documento, en el cual se identifican posibles objetivos y principios fundamentales para la protección del conocimiento tradicional, cfr. WIPO/GRTKF/IC/7/5.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Con base en lo anteriormente indicado, en las siguientes páginas se presentarán:

- a. **una identificación de las opciones y espacios** para desarrollar una legislación que cumpla con la UPOV 1991;
- b. **una identificación de las obligaciones derivadas del Convenio de Biodiversidad y el Tratado de la FAO** que deben ser incorporadas en la legislación nacional, para que ésta resulte coherente con todas las disposiciones del orden jurídico internacional;
- c. **recomendaciones** puntuales sobre los grandes lineamientos de una futura propuesta nacional. De conformidad con el derecho internacional un Estado se encuentra obligado a cumplir con todos los tratados de los cuales sea parte, en tanto las disposiciones de éstos no sean contradictorias (principio de acumulación de las obligaciones internacionales). Mucho menos desarrollado ha sido el supuesto de provisiones que se contradicen. En general, las recomendaciones siguientes pretenden fundamentarse en el principio de integración contenido en la Declaración de Río sobre Ambiente y Desarrollo (Principio 4) y en la consideración de que los tratados ambientales y los objetivos comerciales deben apoyarse de manera recíproca, tal y como sostiene el Plan de Acción de Johannesburgo (párrafo 92). En este sentido, se pretende realizar una interpretación armoniosa que evite los conflictos entre ambos cuerpos legales.

Antes de indicar algunas recomendaciones de naturaleza puntual, se presentarán algunas de carácter general:

En primer lugar, diversas Declaraciones han puesto en evidencia la conveniencia de tomar en cuenta el desarrollo sostenible en la elaboración de sistemas de DPI. Por ejemplo, la Declaración Ministerial de Doha de la OMC ha reconocido la necesidad de incorporar al debate sobre los DPI consideraciones de carácter ambiental. Otros acuerdos internacionales, como por ejemplo, el Tratado de la FAO contemplan igualmente ciertas disposiciones que limitan la posibilidad de obtener derechos de propiedad intelectual, los cuales ceden ante otras consideraciones relacionadas, en general, con otros valores y objetivos (seguridad alimentaria, etc.).

En segundo lugar, la importancia de las patentes versus otros objetivos de desarrollo, ha sido cuestionada. La propia OMC contiene una Declaración separada sobre DPI y acceso a medicamentos, la cual reitera la consideración que debe prestarse a objetivos de salud pública en el marco de los sistemas de propiedad intelectual.

En tercer lugar, es importante tener presente la posición de los Estados Unidos respecto a algunas de las propuestas realizadas por países en desarrollo en los foros de la OMC, la OMPI y otros.

En el anexo 4 se presenta una síntesis de lo que dispone la legislación de los Estados Unidos en materia de DOV.

Se insiste en que, en principio, El Salvador no se encuentra obligado a ratificar el Convenio de la UPOV 1991.

Por último, del análisis de las disposiciones del TI-FAO, el CBD y de las leyes- repetimos sin estar sujetas a las disposiciones de cualquiera de las dos Actas de la UPOV-, que han tratado de implementar elementos sui generis para la protección de las variedades comerciales y los derechos del obtentor, se puede concluir que los siguientes aspectos deben ser considerados al redactar la propuesta legal:⁶⁹

1. LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DEL AGRICULTOR

Evidentemente el concepto de derecho del agricultor resulta un tanto difuso, a pesar de la conceptualización que el TI-FAO ha pretendido hacer de él. La implementación del mismo trasciende la normativa de propiedad intelectual y debe ser considerada en el contexto de la formulación y puesta en marcha de políticas agrícolas de manera mucho más amplia. Sin embargo, en el contexto de una legislación sobre propiedad intelectual en materia de obtenciones vegetales, al menos debe recoger los siguientes puntos:

1.1 El reuso de las semillas

Debe tenerse presente la disposición de la UPOV y la interpretación que de ella se ha realizado sobre los alcances del derecho del agricultor, entendido como la facultad de reusar semillas en su propia explotación o finca. La UPOV ha señalado claramente que dicha excepción facultativa debe implementarse tomando en consideración los legítimos intereses del fitomejorador y dentro de límites razonables. No obstante, existe una discrecionalidad de los países sobre cuales son esos límites razonables, considerando las propias realidades sociales, económicas y ambientales. En este sentido se cuenta con un margen de maniobra en la misma UPOV, el cual se refuerza además con el TI- FAO y el CDB.

En este orden de ideas, el TI-FAO se refiere no solo a la práctica aceptada de reusar semillas, sino que la extiende a otras dos situaciones que la normativa UPOV no permite: el intercambio y la venta de éstas. No obstante, la remisión del TI-FAO a la legislación nacional e internacional, no parece otorgar a las naciones un derecho a establecer libremente el intercambio y venta si a la vez tal proceder se encuentra limitado por la observancia de leyes- nacionales e internacionales-

⁶⁹En el cuadro 5, se presenta una síntesis de las opciones para el establecimiento de un sistema DOV que cumpla con UPOV 91 e integre lo dispuesto en los tratados ambientales.

de propiedad intelectual. Se sugiere observar los siguientes aspectos:

- a. El intercambio de semillas puede implementarse en el supuesto de considerarse que se trata de actos sin fines comerciales, y estaría cubierto por la excepción del artículo 15. Además esta interpretación resultaría ajustada a las previsiones del CDB (art. 10) de fomentar prácticas consuetudinarias y respondería al espíritu de integración de las disposiciones de los tratados internacionales posteriores.
- b. La venta de semillas resulta mucho más polémica debido a su evidente discrepancia con los alcances del derecho del agricultor que la misma UPOV ha indicado y cuya explicación se ha dado en líneas anteriores. A pesar de ello, la propia legislación de los Estados Unidos, país más interesado en la existencia de la obligación de ratificar la UPOV, permitió la venta en pequeña escala de semillas con anterioridad a la adopción de UPOV 91. Sin embargo, establecer la venta de semillas posiblemente tenga consigo que la normativa sea considerada incompatible con el Convenio de UPOV, y por ende la legislación respectiva al ser consultada al Consejo del mismo recibiría tal calificativo.
- c. Considerando la realidad del sector agrícola salvadoreño, el tipo de agricultura y reuso de las semillas que existe en el país, se considera apropiado permitir un amplio reuso e intercambio y limitar la venta. Aunque la UPOV ha estipulado claramente que pueden establecerse límites o salvaguardas por tipo de agricultor, cultivo o número de hectáreas, existe el espacio para que un país determine permitir el reuso sin pago adicional, a diferencia del sistema de la Unión Europea.

1.2 El concepto positivo del derecho del agricultor

El concepto positivo de derecho del agricultor involucra diversos aspectos, algunos de los cuales pueden ser llevados a cabo por medio del sistema de propiedad intelectual; otros por el contrario, pertenecen a ámbitos diferentes (por ejemplo, participar en la toma de decisiones a nivel nacional, etc.).

En este sentido, fundamentalmente pertenece al esquema de la propiedad intelectual la posibilidad de proteger variedades tradicionales o landraces en el sistema de obtenciones vegetales. Acá la pregunta clave que debe ser respondida, es la siguiente: ¿puede estipularse un mecanismo de protección que siga los lineamientos de la UPOV (DUS o DHE, novedad y poseer una denominación) y que a la vez contemple otros lineamientos especialmente diseñados para proteger las variedades más heterogéneas (mediante los requisitos de distinción e identificación)? Al menos, sin estar sujeto a las reglas de la UPOV la Ley de la India (en alguna medida) así lo ha hecho. Considerando nuevamente el principio de integración, el de acumulación de las obligaciones internacionales y el llamado para que los regímenes ambientales y los comerciales se apoyen de forma recíproca, la respuesta que se brinda es positiva. **Existe un espacio para implementar en la legislación las disposiciones de la UPOV y a la vez incluir un esquema de protección**

para variedades de los agricultores. Se sugiere estudiar la posibilidad de contemplar en la legislación:

- a. el esquema de la UPOV para aquellas variedades de índole comercial. Con ello se estará cumpliendo con los requisitos y obligaciones que este Tratado posee.
- b. un esquema diferente para el caso de las variedades tradicionales basado en los requisitos de identificación y distinción. El consultor debe, sin embargo, advertir que el diseño funcional de tal sistema es difícil y en la práctica dependerá de las exigencias puntuales que se establezcan para las variedades tradicionales. En caso contrario, se corre el riesgo de recibir solicitudes de protección indistintamente de variedades tradicionales y no tradicionales, no conocer con certeza el objeto de la protección y si se está o no frente a la transgresión de algún derecho, entre otras cosas. La necesidad de precisar de alguna manera el nivel de identificación y a la vez permitir la heterogeneidad en el material protegido resulta difícil de aplicar, especialmente porque los sistemas que operan de esa manera, apenas comienzan a andar o aún no lo hacen del todo. Por otra parte, considerando la realidad del sector agrícola salvadoreño puede no ser relevante.
- c. Fondos: otro elemento que puede ser considerado como parte del concepto positivo del derecho del agricultor en materia de propiedad intelectual, de forma que resulta compatible con el CBD y el TI-FAO, es la creación de un Fondo, por ejemplo, resultante del pago de un derecho o contribución que las variedades comerciales deban sufragar. No se observa incongruencia en estipular el mismo con las reglas de la UPOV, la cual guarda silencio al respecto, en tanto no se haga nugatoria o inefectiva la obtención del derecho del mejorador. El dinero resultante de este Fondo podría ser utilizado en programas o proyectos tendientes a la conservación -especialmente in situ- de recursos fitogenéticos y la compensación por el mantenimiento de variedades tradicionales y recursos genéticos, al igual que parientes silvestres. Los detalles de este fondo, en términos de operación, manejo, distribución de fondos, etc. deben ser discutidos puntualmente; y seguir, por supuesto, las regulaciones en materia de uso de fondos públicos.

2. ELEMENTOS QUE PERMITAN CUMPLIR CON LAS DISPOSICIONES DEL ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS Y LA DISTRIBUCIÓN JUSTA Y EQUITATIVA DE BENEFICIOS: EL CERTIFICADO DE ORIGEN Y LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DEL PIC

Como se indicó, algunas de las leyes sui generis no basadas en la UPOV y las leyes de biodiversidad o propiedad intelectual de varios países contienen la obligación de revelar el origen del material genético utilizado en la variedad, o inclusive la prueba de la existencia del consentimiento informado previo o un certificado de origen que establezca la legalidad del acceso al material genético o al conocimiento tradicional asociado. Esta disposición, contemplada a la fecha en el sistema de patentes pero teóricamente aplicable a los DOV, permitiría apoyar el cumplimiento de las disposiciones del CBD en materia de acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios.

Al respecto las siguientes previsiones deben ser realizadas:

- a. La existencia del certificado/revelación del origen/prueba de la legalidad del acceso en materia de propiedad intelectual es objeto de intensos debates de carácter político y jurídico. Sin embargo, a la fecha diferentes leyes poseen referencias al mismo aunque de forma distinta en cuanto a sus consecuencias. En la mayoría de los casos, las leyes europeas que han introducido tal requisito se han referido únicamente a la obligación de divulgar el origen o, en el caso noruego, de probar la existencia del PIC (sólo para material genético, no para conocimiento tradicional); pero sus implicaciones no afectan la existencia del derecho de propiedad intelectual como tal, sino que se ubican en la esfera penal o civil. Pocas leyes de obtenciones, especialmente la de India consideran tal situación. En otros casos, la prueba de la legalidad del acceso se refiere a cualquier sistema de propiedad intelectual o incluso de aprobación de productos.
- b. En el caso de las variedades vegetales, tal provisión a menos que sea cuidadosamente estructurada, encuentra ciertos obstáculos técnicos y prácticos:

* Si se realiza en el marco del derecho de patentes, el obstáculo consiste en que, según las disposiciones contenidas en el ADPIC y CAFTA especialmente, la revelación de origen del material utilizado no constituye una información necesaria para efectuar/realizar la invención (nueva variedad vegetal), siendo por lo tanto un requisito excesivo y contrario al sistema de patentes.

* Si se realiza en el marco de la Ley para proteger los derechos del fitomejorador, las dificultades derivadas del proceso de obtener nuevas variedades vegetales, dada la variedad de material genético que da pie a la creación de nuevas obtenciones y su origen geográfico. Diversas objeciones se han levantado contra la revelación del origen en materia de variedades vegetales, como por ejemplo, las dificultades que se presentan cuando se trata de variedades vegetales cuyo origen proviene de diferentes países y cruces y retrocruces; los obstáculos para determinar el origen del germoplasma de una variedad, el cual puede provenir de una combinación de genes provenientes de diferentes países; lo impráctico de estipular los beneficios, debido a que - a diferencia de los productos farmacéuticos que pueden ser derivados o moldeados de un solo componente natural- las variedades vegetales tiene un origen que se remonta a diferentes países y comunidades, etc.

" No obstante, es posible requerir al solicitante que realice su mejor esfuerzo por revelar el origen del material genético usado en la variedad y probar la existencia del consentimiento informado previo y la legalidad del acceso. Asimismo, debe permitirse que el solicitante justifique si desconoce tal origen o bien que manifieste que no se cuenta con legislación de acceso en el país de origen del material. De esa manera,

no se estarían exigiendo requisitos o condiciones de imposible cumplimiento y, al mismo tiempo, se permitiría que el sistema de propiedad intelectual permita alcanzar los objetivos de las leyes de acceso y del CBD en general. Debe destacarse que en varios países este requisito se refiere al uso de material genético local (India, Costa Rica); por ende si el país- caso actual de El Salvador- no posee regulaciones que así lo determinen, la factibilidad de esta disposición debe ser considerada.

- * La UPOV ha indicado que si dicha revelación del origen se considera como una causa de nulidad o cancelación del derecho, la misma contravendría sus reglas. A pesar de ello, existe un espacio legal de manera que sea posible establecer que la falsa indicación del origen del material o sobre la legalidad del acceso antes mencionado, tendrán como consecuencia la imposición de sanciones penales, civiles o administrativas, para lo cual debe redactarse las disposiciones penales apropiadas, considerando las particularidades del derecho penal y del derecho administrativo sancionador.

- * El país debe reflexionar si considera necesario y conveniente establecer esta exigencia; esta última además puede ser apoyada en el ámbito internacional en las discusiones del régimen internacional de acceso a recursos genéticos del CBD (que se ha explicado en líneas anteriores) y, aunque es poco probable, por los resultados de las discusiones de la OMC. Estos Foros podrían- eventualmente- respaldar este tipo de inclusión de medidas de transparencia, aún y cuando se enfoquen en el sistema de patentes.

- * Establecer la necesidad de obtener el PIC en el marco del sistema de la UPOV cuando se hace uso de variedades tradicionales o material genético, así como la procedencia de distribución de beneficios puede encontrar críticas en el marco de funcionamiento de los derechos de obtentor. En el caso del derecho del obtentor, de conformidad con el Acta de la UPOV 1978, el uso del material protegido por un segundo mejorador es libre, lo cual está restringido por la UPOV 1991 para el caso de las variedades esencialmente derivadas. De exigirse la prueba del PIC, mientras que el uso de una variedad protegida puede hacerse libremente, con las condiciones antes establecidas, el uso del material genético inicial debe cumplir con el permiso del dueño del recurso (el PIC precisamente). La pregunta es si esta doble disposición es conveniente. Al menos en la opinión del consultor nada obsta para que así sea, aunque para algunos ésta debería ser normativa de leyes de acceso y no de las leyes de obtención.

3. OTROS ASPECTOS DE INTERÉS

3.1 Responsabilidad de los obtentores

La propuesta costarricense de Ley de Fitomejoradores antes discutida dispone en un artículo lo siguiente: "el obtentor se encuentra obligado a declarar en una etiqueta o empaque, cual será el

rendimiento del material bajo condiciones determinadas. Si el material no provee dicho rendimiento en las condiciones estipuladas, los afectados podrán realizar los reclamos de daños y perjuicios ante las autoridades administrativas o judiciales, siguiendo lo preceptuado en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (art. 19).⁷⁰

En este sentido, aunque dicha cláusula puede ser incorporada en leyes de DOV o incluso estar comprendida en otros cuerpos legales como los referidos a derechos del consumidor, no resulta claro que tan práctica y aceptable resulte dicha disposición, considerando los riesgos inherentes al fitomejoramiento como tal.

3.2 Tecnología "Terminador"

Las llamadas tecnologías de restricción genética, también conocidas como "terminator" o "traitor," se encuentran prohibidas en la Ley de la India. Adicionalmente, diferentes foros -en especial el CBD y la FAO- han considerado el tema, sin que exista un consenso sobre su prohibición o no.⁷¹ Si el país escoge el sistema sui generis de la UPOV 91 y a la vez prohíbe la tecnología terminator en derechos de obtención, puede considerarse el alcance de las excepciones del artículo 27 del ADPIC relativas a la protección del ambiente.

En el caso de un sistema de variedades vegetales, si bien es cierto no se prevé dicha excepción, ésta puede ser válidamente inferida en la medida que no es posible obligar a una nación a tutelar lo que su orden público y moral no toleran. La discusión parece recaer en un aspecto técnico con implicaciones jurídicas: se consideran las tecnologías "terminador" contrarias a la moral, el orden público o que afectan el ambiente. Igualmente, dado que el desarrollo de las mismas ha sido realizado fundamentalmente por Estados Unidos cabe pensar en la oposición de éste a tal exclusión. De no encontrarse justificaciones de orden técnico, no existen razones desde la perspectiva de los DPI para realizar tal exclusión a la materia a proteger.

3.3 Objetivos y propósitos de la Legislación

Ciertamente una legislación en materia de obtenciones vegetales puede tener los objetivos y propósitos se deseen contemplar. No obstante, si se pretende integrar los elementos del CBD y el tratado de la FAO y en general la sostenibilidad, junto con los tradicionales objetivos de fomentar los derechos del fitomejorador, la disponibilidad de variedades nuevas, la investigación y el desarrollo de creaciones fitogenéticas, deben preverse objetivos de política pública, tales como: conservar la biodiversidad; proteger efectivamente el derecho del agricultor; recompensar al mismo por su contribución al mantenimiento de los recursos genéticos, etc. En este sentido, la ratificación

⁷⁰Quizá lo anterior se explique por las críticas que se han efectuado al rendimiento de las variedades transgénicas, las cuales han sido denunciadas por no cumplir con las promesas realizadas a los agricultores para su adopción.

⁷¹Algunos centros de investigación como por ejemplo los Centros Internacionales de Investigación Agrícola (GCIAR) han indicado públicamente que no harán uso de la misma.

de la UPOV no afecta el establecimiento de objetivos diferentes apoyados por otros tratados, cuyos fines son distintos a la protección de la propiedad intelectual.

3.4 Licencias obligatorias

El texto de la UPOV permite las licencias obligatorias en casos de interés público y sujetas a una remuneración adecuada. Dado que existe una opción al tenor de la UPOV, nada obsta para establecer amplias causales considerando la procedencia de licencias obligatorias, entre ellas, el desabastecimiento local, prácticas anticompetitivas, altos precios de las variedades, con el fin de satisfacer las necesidades básicas de la población o los agricultores, etc.

3.5 Practicas anticompetitivas

En algunos ordenamientos jurídicos se ha sugerido contemplar disposiciones que prohíban o limiten cualquier restricción por la vía contractual de los derechos del agricultor. Esta práctica se da en ciertas naciones (particularmente en los Estados Unidos): al comprar las bolsas de semillas protegidas, por medio de contratos de adhesión se obliga al agricultor a aceptar condiciones, como por ejemplo, no reutilizar semillas o no realizar investigaciones sobre ellas, a pesar de estar permitidas por la legislación vigente en materia de obtenciones. Por ello se ha sugerido una disposición que prevea la nulidad de tales cláusulas. Si bien es cierto que es procedente, tal articulado podría ser parte de otro tipo de normativa, como la legislación en materia de competencia o contratos.

4. DISPOSICIONES DE LA UPOV A SER CONSIDERADAS EN LA PROPUESTA LEGAL⁷²

Con base en las consideraciones anteriores, no se encuentran reparos para seguir las disposiciones de la UPOV en materia de:

- a. Definiciones, con la adición de algunas definiciones si fuera del caso, como por ejemplo, de variedad tradicional, consentimiento informado previo, pequeños agricultores, etc. (art.1 del Convenio).
- b. Las condiciones para otorgar la protección (arts.5 a 9), con la salvedad de la opción de otorgar tutela a las variedades tradicionales que debe basarse en un esquema diferente en cuanto a los requisitos imperantes.
- c. Derechos conferidos y actos que requieren la autorización del titular (art.14), tomando en consideración lo dispuesto respecto al PIC.
- d. Variedad esencialmente derivada (art.14).
- e. Duración del derecho (art.19).

- f. Agotamiento del derecho (art.16).
- g. Licencias obligatorias (restricciones en el ejercicio del derecho del mejorador (art.17). Considerando la potestad de establecer causales generales de forma amplia.
- h. Derecho de someter la aplicación (art.10).
- i. Examen de la aplicación (art.12).
- j. Autoridad competente, la cual puede recaer en el Ministerio de Agricultura u otra autoridad con experiencia en la materia. En el derecho comparado normalmente ésta reside en secretarías o ministerios de agricultura que tienen experiencia en materia de certificación de semillas y otras (art.30).
- k. Sanciones Penales, civiles y otras, con la indicación de la posibilidad de sancionar penalmente la falsa revelación del origen (art.30).
- l. Nulidad del derecho, con la salvedad de la nulidad por falsa revelación del origen (arts. 21 y 22).
- m. Derecho de Prioridad (art.11).
- n. Denominación (art. 20).
- o. Trato Nacional (art. 4).
- p. Excepciones a los derechos (art.15), considerando lo manifestado con respecto al derecho del agricultor al reuso de semillas.

⁷²En el anexo 3 se presentan los grandes aspectos que deben ser incluidos en una Legislación de DOV.

Cuadro 5

Opciones y posibilidades normativas para un proyecto de ley de obtenciones vegetales

PROPUESTA LEGAL	UPOV-CAFTA-ADPIC	CBD Y TI-FAO
<p>OBJETIVOS</p> <p>Pueden combinarse ambos</p>	<p>No se mencionan específicamente. Los objetivos pueden ser variados, proteger los derechos del fitomejorador, fomentar la investigación y el desarrollo de nuevas variedades de plantas, etc.</p>	<p>No existe incompatibilidad en la estipulación de objetivos acordes con la CBD y el TI-FAO, por ejemplo, la conservación de la biodiversidad, la realización del derecho del agricultor, la seguridad alimentaria, etc.</p>
<p>ÁMBITO</p> <p>En teoría, no existe incompatibilidad para que el mismo sistema cubra los dos ámbitos (variedades comerciales y tradicionales), a condición de que en el caso del primero se sigan las reglas básicas de la UPOV.</p>	<p>Variedades comerciales descubiertas y puestas a punto. No protege a las variedades tradicionales más heterogéneas, por las dificultades para cumplir los requisitos de protección.</p>	<p>Se puede proteger las variedades tradicionales como un subsector del conocimiento tradicional (CBD) o bien como una forma de realizar nacionalmente los derechos del agricultor (TI-FAO). El establecimiento de requisitos más generales de identificación y distinción puede implicar considerables problemas técnicos.</p>
<p>EXCEPCIONES AL AMBITO DE PROTECCION</p>	<p>No se prevén específicamente al ámbito de protección, aunque sí a los derechos conferidos (UPOV). En el caso del ADPIC, se requiere proteger todas las variedades, excepto que se encuentre en el supuesto de contravenir el orden público, la moral, etc. (art. 27). Aunque la protección gradual parece violentar el ADPIC, en general se aceptan las reglas de la UPOV como sistema sui generis que cumple con el artículo 27.3 (b).</p>	<p>Se puede pensar en excepciones al ámbito para conservar la biodiversidad. Tal sería el caso de las tecnologías de restricción genética (GURTS o terminator o traitor), siempre que se considere que afectan la biodiversidad. En caso de realizarse tal exclusión, debe justificarse a tenor del art. 27 del ADPIC o XX del GATT. Considerar que UPOV ha manifestado que una variedad que contenga estas tecnologías aún debería protegerse si satisface los requisitos establecidos.</p>
<p>CONDICIONES DE PROTECCION</p> <p>Puede establecerse un sistema para proteger las variedades comerciales y otro para las tradicionales. En principio no parece existir incompatibilidad con la UPOV, pero el criterio del Consejo puede ser distinto.</p>	<p>Las variedades deben ser:</p> <ul style="list-style-type: none"> - homogéneas - estables - distintas - nuevas - Poseer una denominación. 	<p>Podría establecerse un sistema para proteger las variedades tradicionales que sean solo distintas e identificables, a pesar de las dificultades para hacer operativo tal sistema.</p>

<p>OTROS REQUISITOS</p> <p>No puede denegarse la protección si se cumplen los requisitos del artículo 6, pero sujeto a formalidades y pago de tasas. El certificado/revelación del origen puede considerarse una formalidad compatible con la UPOV y el ADPIC, pero el criterio de los Estados Unidos y la propia UPOV ha sido contrario.</p>	<p>Sujeto a las formalidades del caso y al pago de las tasas no pueden exigirse requisitos adicionales a los establecidos en el artículo 6 para otorgar la protección. El ADPIC permite que se exijan formalidades razonables para el mantenimiento y adquisición de los derechos (art. 62).</p>	<p>Si se requiere la demostración de la legalidad de la adquisición del material genético (certificado de origen), debe establecerse como un requisito formal de otorgamiento y no como un requisito sustantivo. En todo caso debe tenerse presente si tal certificado se refiere al uso de material genético doméstico o foráneo, las dificultades en el caso de variedades vegetales y la ausencia de legislación que exija dicho instrumento en otros países y en el propio El Salvador.</p>
<p>DERECHO DEL AGRICULTOR-EXCEPCIONES A LOS DERECHOS</p> <p>La nota del CAFTA reitera la facultad de implementar el derecho del agricultor. La UPOV ha mencionado reiteradamente que al establecerse excepciones a la resiembra deben considerarse los derechos del fitomejorador.</p>	<p>Según UPOV 1991 solo para resiembra en su propio campo y sujeto a considerar los legítimos intereses de terceros. Igualmente se permiten Actos con fines privados y no comerciales. Según ADPIC las excepciones no pueden derogar el derecho del titular (art. 30 e interpretación de los Paneles de Solución de Controversias).</p>	<p>La restricción del intercambio de material genético puede contravenir el CBD (art. 10 inciso c). No obstante, la estipulación del Tratado de la FAO lo remite a la legislación nacional e internacional aplicable. Es factible: no limitar el reuso de semillas debido a consideraciones de tipo de cultivo, dimensión, No. de hectáreas, etc. El intercambio de material en tanto se califique de un acto con fines privados no comerciales. La justificación de la venta resulta difícil, pero debe considerarse lo previsto anteriormente en la legislación de los Estados Unidos al respecto.</p>
<p>LICENCIAS OBLIGATORIAS</p> <p>No se prevén problemas en permitir la procedencia de licencias obligatorias, sujeta la determinación de la causal en cada caso concreto. En la práctica rara vez se ha hecho uso de ellas.</p>	<p>Son posibles por casos de interés público, sujetas a compensación del titular</p>	<p>No se aborda el tema de forma directa, pero la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad pueden ser motivos de interés público para limitar los derechos del fitomejorador, sujeto a la justificación de cada caso concreto.</p>

<p>NULIDAD Y CANCELACION DEL DERECHO</p> <p>Debe explorarse la nulidad del título en el caso de falsedad en la declaración del origen, prueba del PIC, etc.</p>	<p>La UPOV permite la nulidad del derecho otorgado en situaciones específicas numeradas en el artículo 21, pero fundamentalmente se orientan a la falta de requisitos para otorgar el título o si el solicitante-titular no era el verdadero obtentor.</p>	<p>La sanción en el caso de falsedad en el certificado/revelación del origen puede considerarse una medida para coadyuvar con el cumplimiento del PIC y la distribución de beneficios; está sujeta a negociaciones en el CBD (el Régimen Internacional) y en la misma OMPI (Comité del Folklore y el Tratado de Cooperación de Patentes o PCT, fundamentalmente). No obstante, lo más factible es sancionar penal y civilmente la falta (ejemplo de los derechos europeos de patentes) y no requerir la nulidad del título. En caso afirmativo, debe procederse a establecer claramente la descripción de la conducta penal.</p>
<p>DERECHOS CONFERIDOS-AGOTAMIENTO DE LOS DERECHOS</p>	<p>Claramente establecidos en el artículo 14, deben seguirse para cumplir con la UPOV. Resulta opcional únicamente en el caso de los productos hechos a partir de una variedad protegida.</p>	<p>Si se desean proteger las variedades tradicionales pueden otorgarse los mismos derechos que en el caso de las variedades comerciales y seguir el sistema de la UPOV.</p>
<p>DURACION DEL DERECHO</p>	<p>Se prevén plazos mínimos en el artículo 19 de la Convención.</p>	<p>No aplica. Los derechos sobre variedades tradicionales pueden gozar de los mismos plazos de protección.</p>
<p>AUTORIDAD COMPETENTE</p> <p>Debe designarse una autoridad a cargo de las evaluaciones y el otorgamiento y cancelación de los títulos.</p>	<p>Usualmente se trata de entidades relacionadas con la certificación de semillas o ministerios o secretarías de agricultura</p>	<p>Se puede establecer la necesidad de consultar previamente al otorgamiento de los derechos a las autoridades ambientales a cargo del tema del acceso a recursos genéticos y recabar su opinión. No obstante, cualquier oposición debe considerar las limitaciones impuestas para denegar o revocar los derechos.</p>
<p>FONDO AMBIENTAL</p>	<p>No se prevé</p>	<p>Puede establecer que parte del fee o tasa a ser pagado vaya a un fondo, cuya operación y estructura deberán ser definidas posteriormente, con el propósito de fomentar proyectos de conservación y uso sostenible de los recursos fitogenéticos. En tanto el</p>
<p>DEFINICIONES</p>	<p>Varias se encuentran definidas en el propio texto, incluyendo variedad, variedad esencialmente derivada y otras.</p>	<p>Si se incorporan otros elementos para hacer realidad nacional el derecho del agricultor (en sentido amplio), pueden ser consideradas necesarias definiciones adicionales, por ejemplo, de variedades tradicionales, identificación, pequeño agricultor, etc.</p>

ANEXOS

Anexo 1

Posición de algunos países o bloques ante la solicitud de incorporar en el Acuerdo ADPIC la revelación del origen y la prueba del consentimiento informado previo, de la distribución de beneficios y de la legalidad del acceso

Países Megadiversos en desarrollo

Introducir disposiciones en el acuerdo en materia de patentes que permitan requerir al solicitante de patentes revelar el país de origen de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional, proveer evidencia del consentimiento informado previo de las autoridades de conformidad con la legislación nacional y proveer evidencia de la distribución justa y equitativa de los beneficios. El cumplimiento de estos requisitos es condición de patentabilidad.

Unión Europea

Está dispuesta a discutir la revelación del origen en solicitudes de patentes como un requisito obligatorio pero de forma, es decir sin implicaciones sobre el otorgamiento o cancelación de la patente. Las consecuencias de no respetarlo se ubicarán fuera del sistema de patentes.

Estados Unidos

En términos generales en sus comunicaciones ha considerado que no existe contradicción entre el ADPIC y el CBD, y que ambos se apoyan recíprocamente. Se ha opuesto a la inclusión de obligaciones en el ADPIC para requerir la revelación del origen de los recursos genéticos o el conocimiento tradicional, la prueba del PIC o de la distribución de beneficios.

Grupo Africano

Pretende que se estipula la obligación para el solicitante de una patente de revelar el país de origen y el área de origen de los recursos biológicos y el conocimiento tradicional asociado usado o involucrado en la invención, y proveer información del cumplimiento con la legislación de acceso en el país de origen.

Suiza

Propone reformar el Tratado de Cooperación en materia de patentes, con el fin de permitir a las legislaciones nacionales requerir a los solicitantes de patentes declarar la fuente de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado de las invenciones basadas directamente en esos recursos o conocimiento.

⁷³Los principales impulsores de estas propuestas son el Grupo de Países Africanos mediante el documento denominado "Taking Forward the Review of Article 27.3 (b) of the TRIPS Agreement" y un Grupo de Países en Desarrollo, algunos de ellos Megadiversos, encabezados por Brasil y la India (más Bolivia, Cuba, Ecuador, República Dominicana, Perú, Tailandia y Venezuela). Véase en <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments>. Aunque las propuestas difieren en su lenguaje y en ciertas consideraciones legales, en general buscan introducir el requisito de la revelación del origen y la prueba de la legalidad del acceso en el sistema de patentes. Véase un resumen de las respuestas de diferentes países sobre el otorgamiento de patentes a plantas y animales o las características del sistema de protección de las variedades vegetales existentes en IP/C/W/273/Rev., febrero del 2003. Algunos países en desarrollo presentaron a principios del 2004 un "Check list" de los elementos que deberían ser discutidos, el cual ha servido de base para orientar las discusiones.

⁷⁴Es particularmente importante considerar la comunicación de ese país al Consejo ADPIC del 26 de noviembre del 2004, documento WTO IP/C/W/434.

Anexo 2

Posición del Consejo de la UPOV sobre el acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios en materia de DOV (Adoptado por el Consejo de la UPOV en su sesión No 37 del 23 de octubre del 2003)

Acceso a recursos genéticos: El acceso a los recursos genéticos constituye un elemento clave para el progreso en materia de fitomejoramiento. La excepción del fitomejorador refleja la posición de que la comunidad de mejoradores del mundo necesita el acceso a todas las formas de material para mantener el mayor progreso en materia de fitomejoramiento y por ende para maximizar el uso de los recursos genéticos para el beneficio de la sociedad.

Revelación del origen: en el cuestionario técnico que acompaña a la solicitud de protección, el fitomejorador usualmente debe proveer información sobre el origen genético de la variedad. UPOV fomenta informar sobre el origen del material genético usado en la creación de la variedad cuando facilite el examen de la misma, pero no acepta la revelación del origen como una condición adicional de protección. El Convenio requiere la protección tratándose de variedades que sean nuevas, homogéneas, estables y distintas y que posean una denominación y no permite requerimientos adicionales. En algunos casos puede ser impráctico o difícil identificar el origen exacto del material genético empleado. La revelación del origen no debe ser introducida como condición para la protección de las variedades, sin perjuicio de hacerlo en legislación separada.

Consentimiento Informado Previo: UPOV fomenta el principio de transparencia y comportamientos éticos en materia de la legalidad del acceso al material genético, incluyendo la prueba del consentimiento informado previo y por ende el acceso al material genético debe realizarse de conformidad con el marco legal del país de origen. Sin embargo, la Convención requiere que el derecho del fitomejorador no esté sujeto a ninguna otra condición que aquellas requeridas para la protección (art. 5 de UPOV 1991). Adicionalmente, se considera que las autoridades competentes no están en la mejor posición de verificar si el acceso al recurso genético ha tenido lugar de conformidad con la legislación aplicable en el país de origen del recurso.

Distribución de beneficios: UPOV estaría preocupada si se establecieran mecanismos para asegurar la distribución de beneficios derivados del acceso a recursos fitogenéticos usados en una nueva variedad. Inclusive, tal obligación sería incompatible con la excepción del fitomejorador que no requiere que los actos de mejoramiento realizados en otras variedades sean sujetos a restricción y los titulares de las variedades iniciales no están sujetos a ninguna compensación, excepto en el caso de variedades esencialmente derivadas. Tal requerimiento puede traer consigo que los mejoradores no busquen proteger sus variedades o desarrollar las mismas.

Agricultores de subsistencia: La UPOV contiene una excepción que permite la realización de actos de naturaleza no comercial y actos realizados en privado, los cuales están excluidos del alcance de los derechos del obtentor.

Reuso de semillas: el reuso de semillas es un mecanismo opcional de distribución de beneficios previsto en el Convenio. Sin embargo, tal provisión está sujeta a límites razonables y requiere la salvaguarda de los legítimos intereses del obtentor. Por ejemplo, ciertos países aplican la excepción solamente a ciertas especies o limitan su aplicación según el tamaño de la propiedad o el nivel de producción.

Acceso y DOV: la legislación de acceso a recursos genéticos y los derechos de obtención vegetal persiguen diferentes objetivos, poseen distintos ámbitos de aplicación y requieren diferentes estructuras para administrarlas y monitorearlas, se considera apropiado incluirlas en legislación diferente, aunque las normativas deben ser compatibles y apoyarse recíprocamente.

Tecnologías de restricción genética (Adoptada por el Consejo el 11 de Abril del 2003): aunque la UPOV no ha realizado un análisis detallado de estas tecnologías a la luz de los DPI, con respecto a las variedades vegetales que contengan tecnologías de restricción genética, las mismas deben ser protegidas si se satisfacen los requisitos básicos de protección.

Anexo 3.

Elementos básicos de una legislación en materia de obtenciones vegetales⁷⁵

- Propósito y objetivos de la legislación
- Definiciones
- Ámbito de aplicación.
- Exclusiones del ámbito (si procede)
- Enajenación del derecho/características del derecho/naturaleza del derecho del obtentor
- Titular del derecho/creación en contratos laborales o comerciales
- Condiciones para otorgar la protección
- Novedad-período de gracia
- Distinción
- Uniformidad
- Estabilidad/identificación (si procede)
- Requisito de distribución de beneficios (si procede)
- Certificado/revelación del origen (si procede)
- Consentimiento informado previo (si procede)
- Derechos conferidos/alcance de los derechos/variedades esencialmente derivadas
- Actos que requieren la autorización del titular
- Excepciones a los derechos conferidos (actos para fines privados, investigación y derecho del agricultor al reuso)
- Duración de los derechos
- Agotamiento de los derechos
- Licencias obligatorias
- Prácticas anticompetitivas
- Otras restricciones (incluye nulidad de cláusulas en contratos de compra de semillas)
- Procedimientos de registro/inscripción constitutiva del derecho (puede variar sustancialmente la forma como se regula y los detalles)
- Solicitudes: forma y contenido. Requisitos. Oposiciones
- Fecha de presentación y prioridades
- Publicaciones
- Examen de las aplicaciones (técnicos y de forma)
- Tasas
- Apelaciones y recursos
- Denominación de la variedad, requisitos, consecuencias, rechazos, registros, oposiciones
- Registro de variedades
- Nulidad/caducidad/cancelación del derecho
- Autoridad competente/Comité Calificador de Variedades.
- Interfase con el sistema de certificación de semillas y otras medidas relacionadas con la comercialización
- Medidas de observancia, incluyendo medidas civiles, administrativas, y eventualmente penales. Medidas precautorias
- Disposiciones transitorias (incluye protección a materia que no resulta nueva)

⁷⁵El orden en el cual se enumeran los elementos varía de legislación en legislación. Igualmente el nivel de detalle con que algunos de éstos se desarrollan.

Anexo 4

La protección de las obtenciones vegetales en el sistema de los Estados Unidos

Debido a que los Estados Unidos han sido claramente quienes han impulsado la ratificación o adhesión a la UPOV, es necesario revisar la normativa de este país pues la misma permite conocer la forma como dicho socio comercial ha interpretado los alcances de la UPOV. Tradicionalmente la materia viva estaba excluida de patentabilidad así como lo estaban los animales y plantas. La Oficina Norteamericana de Patentes y Marcas (USPTO) excluía de patentabilidad de los organismos vivos por ser un "producto de la naturaleza" y no un "producto del hombre." Sin embargo, en 1977 la Corte de Apelaciones declaró en una sentencia que se podría lograr algún tipo de protección respecto de los productos de la naturaleza cuando se trataba de una nueva forma o composición. De esta manera, se puede obtener protección por patentes para un organismo vivo aislado de su entorno natural y al cual se le diera una aplicación.

En 1980, la Corte Suprema después de un largo procedimiento resolvió el caso de *Diamond vs. Chakrabarty*, otorgando una patente a General Electric para "un micro-organismo modificado capaz de intervenir en la absorción de derrames de petróleo," la que había sido solicitada en el año 1971 y rechazada por la USPTO.

Esta jurisprudencia de la Corte le entregó a la USPTO el criterio a seguir respecto de la patentabilidad de la materia viva. La jurisprudencia norteamericana desarrolló en consecuencia una nueva doctrina en el sentido que "la materia viva no se considera más un producto de la naturaleza" toda vez que requiere la intervención del ser humano.

Con posterioridad se otorgó en 1980 una patente relativa a una técnica de ADN recombinante, y en 1985 una para una variedad de maíz que contiene un incremento en su nivel de aminoácidos.

Por último, un hito en materia de patentabilidad de la materia viva fue en 1988 cuando se otorga la patente a un mamífero genéticamente modificado ("Harvard mouse"). Se trata de un ratón al que se le ha insertado un gen del cáncer humano a través de ingeniería genética. Siendo este nuevo mamífero útil en las futuras investigaciones para la cura de este mal, la USPTO declaró que cumplía los requisitos de patentabilidad. Fue el último obstáculo que se removió para obtener el patentamiento de cualquier forma de vida no humana.⁷⁶

Si bien Estados Unidos no consideraba patentable los organismos vivos fue quien primero otorgó algún tipo de protección a las plantas. En 1930 se promulgó la Ley de Patentes de Plantas estableciendo un régimen especial de protección- diferente al de patentes- para las plantas que se podían reproducir asexualmente.

La Legislación estadounidense sobre Variedades de Plantas de 1970 (PVPA para plantas

⁷⁶Aunque no es de relevancia para esta consultoría se han otorgado patentes a parte del cuerpo humano, incluyendo genes y secuencias genéticas.

reproducidas sexualmente) fue reformada en 1994 para ponerla de conformidad con el ADPIC. Según la legislación indicada el derecho de los agricultores a vender las semillas deviene prohibido. La legislación contiene diversos cambios tendientes a ponerla en orden con la UPOV, entre ellos están:

- 1) Se incorpora el concepto de variedad esencialmente derivada.
- 2) Se extiende el período de protección a 20 años según el criterio del primer solicitante.
- 3) Se revisa el término "obtentor," se define "variedad" y se modifica la palabra "distinta."

La modificación más relevante radica en la supresión del derecho de vender la semilla sobre la cerca de sus vecinos. Puede guardarla, sin necesidad de pago adicional, para su propio uso. Esta excepción ha sido sujeta a una considerable limitación. Según el fallo de la Corte Suprema de Justicia en *Asgrow Seed vs. Winterboer* de 1995, la Corte interpretó la excepción del derecho del agricultor de la PVPA de 1970 en forma restrictiva, limitándola a la cantidad de semillas que le restan luego de plantarlas en su granja. Con ello la posibilidad de vender cantidades importantes de semillas fue suprimida. La Corte ratificó el derecho del agricultor a reutilizar sus semillas o a venderlas para propósitos diferentes a la reproducción. Sin embargo, ello no se aplica en el caso de que la semilla se utilice como fuente de multiplicación para el mercado. Ello ha creado dos sistemas en los Estados Unidos: para aquellas variedades que sean certificadas después del 4 de abril de 1995 se aplican las reglas del PVPA de 1994; y para aquellas antes de esa fecha, con un promedio de duración de 17 años, aplican las limitaciones establecidas en la sentencia antes indicada.⁷⁷

⁷⁷Igualmente, en los Estados Unidos la Corte Suprema en el caso de *J.E.M. Suply vs. Pioneer Hi Bred* (diciembre 10 del 2001) determinó que la existencia de una forma de protección jurídica (derechos de obtentor) no afecta el derecho del fitomejorador de optar por el sistema de patentes. De igual manera, la jurisprudencia Europea en el caso de la Oficina Europea de Patentes ha confirmado que aunque no es posible proteger una variedad como tal, las reivindicaciones que se refieran a más de una variedad pueden ser protegidas, al referirse a plantas, (G 0001-98 *Novartis II/Transgenic Plant*).

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Ali Mekour, Mohamed, A global instrument on agrobiodiversity: the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, Environmental Policy and Law, FAO, Rome, 2002.

Astudillo, Francisco et al, Intellectual property and the new biotechnologies from the perspective of agricultural trade, San José, IICA, 2000.

Barton, John (a), *Intellectual Property and regulatory requirements affecting the commercialization of transgenic plants*, borrador sin publicar, 1997.

Barton, John (b), *The impact of contemporary patent law on plant biotechnology research*, 1997, borrador sin publicar.

Barton, John et al, *Intellectual property rights in the developing world: implications for agriculture*, Working Paper, June 1999

Bernard Le Buanec, Protection of Plant Related innovations: evolution and current discussions en IP Strategy Today, Biodevelopments, No 9, 2004.

Bhagwati, Jagdish et al, *Enough is Enough, Third World Intellectuals and NGO's Statement Against Linkage*, 1999.

Biswajit, Dhar y Niranjana, Rao, *La vinculación de los derechos de propiedad intelectual con el comercio, Propiedad Intelectual en el GATT*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.

Cabrera Medaglia, Jorge, El reciente proyecto costarricense de protección de las obtenciones vegetales a la luz del CAFTA y la OMC, disponible electrónicamente en , 2003

Cabrera Medaglia, Jorge y Hernández, José Pablo, Propiedad intelectual, libre comercio e integración regional, en Carlos Murillo, Mónica Araya y Hernán Blanco (eds). *El Área de Libre comercio de las Américas: voces desde América Latina*, Chile, 2003.

COMEX, Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos: principales resultados y logros, 2004.

Cooper et al, "A Multilateral System for plant genetic resources: imperative, achievements and challenges", *Issues in Genetic Resources*, No 2, mayo de 1994.

Commission on Intellectual Property Rights: Integrating intellectual property rights and development policy, London, 2002.

Correa Carlos y Mussungu, Sisule, The WIPO patent agenda: the risks for developing countries, South-Centre Working Paper, Nov. 2002

Crucible Group, *People, Plants and Patents*, IDRC, Canada, 1994.

Crucible Group, *Seeding Solutions*, IDRC, Roma, 2000.

Dhar, Biswajit, Sui Generis System for plant variety protection, Quaker Office, Geneva, 2002.

Donnenwirth, Jean et al., Intellectual Property Rights, Patents, Plant Variety and Contract Protection, in IP Strategy Today , Biodevelopments, No 9, 2004.

Dutfield, Graham, Intellectual property rights, trade and biodiversity, Earthscan, London, 2000.

Dutfield, Graham, Protecting Traditional Knowledge and Folklore. A review of progress in diplomacy and formulation, ICTSD, UNCTAD, Issue Paper, 1, Geneva, 2002.

Downes, David, Integrating implementation of the Convention on Biological Diversity and the rules of the World Trade Organization, IUCN, Gland, 1999.

GAIA and Grain (b), Ten reasons not to join UPOV, Global Trade and Biodiversity in Conflict Series, Issue No 2, May 1998

Girsberger, Martin, Transparency measures under patent law regarding genetic resources and traditional knowledge, The Journal of World Intellectual Property, July 2004, Vol. 7, No 4, Geneva.

Grain, Farmer's rights under attack, 2002

Gene Campaigning, Status of the rights of farmers and plant breeders in Asia, India, 2003.

Grain, Beyond UPOV, examples of developing countries preparing non UPOV sui generic plant variety protection schemes for compliance with TRIPS, July 1999.

Helf, Lawrence, Derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales: una visión de conjunto con opciones para los gobiernos nacionales, FAO, Estudio Legal No 31, 2002

Ho, Cynthia, Disclosure of Origin and prior informed consent for applications of intellectual property rights bases don genetic resources. A technical study of implementation issues, document prepared for the Convention on Biological Resources, July 2003.

ICTSD and UNCTAD, Intellectual property rights: implications for development, Policy discussion paper, Geneva, 2003.

ICTSD, Bridges, Year No 7, June 2003, TRIPS, Biodiversity and Traditional Knowledge.

Jaffé, Walter y Jeroen Van Wijk, eds. the impact of plant breeders rights in developing countries, IICA, 1995.

Jeroen Van Wijk y Jaffé, Walter, eds. Intellectual property rights and agriculture in developing countries, University of Amsterdam, 1996.

Leskien, Dan y Flitner, Michael, Intellectual property rights and plant genetic resources: options for a sui generis system, Issues in Genetic Resources, No 6, Rome, 1997.

Morin, Jean Frederic, The Future of Patentability in international law according to the CAFTA, UNISFERS, Canada, 2004.

Middleton, Nick, Intellectual property rights: a battleground for trade and biodiversity, IUCN, Gland 1999.

Mulvany, Patrick, Global seed treaty hangs in the balance, in Biotechnology and Development Monitor, No 46, June 2001, Amsterdam.

OMPI, Proyecto de Estudio técnico sobre los requisitos de divulgación relativos a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, documento preparado para la Quinta Sesión del Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore, Ginebra, Julio del

2003.

Reichman, Jerome, Universal Minimum standards of intellectual property protection under the TRIPS component of the WTO Agreement, in Correa C and A Yussunt (eds), *Intellectual property and international trade: the TRIPS agreement*, Kluwer Law International, 1998.

Reichman, Jerome, Managing the challenge of a globalized intellectual property regimen in ICTSD-UNCTAD Dialogue, 2 Bellagio Series on Development and Intellectual Property, 2003.

Sain, Gustavo, Cabrera, Jorge y Quemé, José Luis, *Flujos de Germoplasma, redes regionales de investigación agrícola y el papel de los derechos de propiedad intelectual*, IICA, PRM, CIMMYT, 1999.

Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, El impacto de los sistemas de los derechos de propiedad intelectual sobre la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y sobre el compartir equitativo de los beneficios de su uso, Nota del Secretario Ejecutivo, 1996.

Tansey, Geoff, *Key Issues and options for the 1999 review of article 27.3 (b) of the TRIPS agreement*, A discussion paper, 1999.

Ten Kate, Kerry et al, "The Undertaking Revisited: a commentary on the revision of the international undertaking on plant genetic resources for food and agriculture," *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 6, Issue 3, 1997

UNCTAD, *The TRIPS agreement and developing countries*, New York, 1996.

UNU-IAS Report, User measures: options for developing measures in User Countries to implement access and benefit sharing provisions of the Convention on Biological Diversity, 2 Edition, Tokyo, 2003.

Visser, Bert et al, Potential impact of genetic use restriction technologies (GURTS) on agrobiodiversity and agricultural production systems, Wageningen University, Holanda, 2002.

Vivas, David, Regional and bilateral agreements and a TRIPS-Plus World, TRIPS Issues Papers 1, Quno, Geneva, 2003.

Copyright© 2006.
Fundación Nacional para el Desarrollo
(FUNDE), todos los derechos reservados.

La presente edición consta de 1,000 ejemplares
San Salvador, El Salvador, C.A.

Impresos en los Talleres Gráficos de
Impresos Múltiples, S.A. de C.V.
Noviembre, 2006





funde

Fundación Nacional
para el Desarrollo

Página web: www.funde.org
E-mail: funde@funde.org

Calle Arturo Ambrogi #411 entre 103 y 105 Av. Norte, Col.
Escalón, San Salvador, El Salvador P.O. Box 1774,
Centro de Gobierno.
Tels.: (503) 2264-4938; (503) 2209-5300 Fax: 2263-0454