SERIE DE POLITICA Y DERECHO AMBIENTAL

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL LIMA - PERU N° 25

LA PROPIEDAD INTELECTUAL SOBRE LAS SEMILLAS Y SUS IMPLICACIONES PARA LA AGRICULTURA FAMILIAR EN EL PERÚ

Isabel Lapeña

Archived at https://orgprints.org/25051

Contenido

1. Introducción
2. La implementación de UPOV 91 en el Perú
3. Del control de la semilla al control de la chacra
4. ¿A quién beneficia la nueva legislación sobre derechos de obtentor ?
5. Repercusiones para los pequeños agricultores
6. Conclusión
7. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El último paso dado en en el proceso de liberalización del mercado de semillas en el Perú ha venido dado por la ratificación del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales - Acta de 1991 (en adelante, UPOV 91), que busca garantizar la protección de los derechos de propiedad intelectual de los obtentores de nuevas variedades vegetales.

El Perú es miembro de UPOV 91 desde el 8 de agosto de 2011. El fundamento de este Convenio radica en la necesidad de contar con un sistema de protección lo suficientemente efectivo para promover el desarrollo de nuevas variedades. La función principal del fitomejorador es la de obtener una variedad vegetal nueva que sea mejor que las plantas utilizadas como punto de partida; proceso muy costoso, en términos de tiempo, inversión y recursos humanos.

El problema surge cuando la nueva variedad, una vez que se encuentra en el mercado, puede ser apropiada por terceros y llegar a ser multiplicada de manera fácil e inmediata, privando al mejorador de la posibilidad de recuperar su inversión y obtener una utilidad por el servicio brindado. Por ello, al otorgar al obtentor un derecho exclusivo para explotar su nueva variedad, se crean reglas de juego favorables para el desarrollo del mejoramiento genético de cultivos, la puesta en el mercado de nuevas variedades vegetales y la generación de beneficios económicos que justifican la inversión realizada.

El Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales aprobado en París en 1961 y revisado en Ginebra en 1972, 1978 y 1991,[1] constituye el único sistema internacional que establece un régimen *sui generis* (instituido con un propósito específico), creado con el fin de proteger las obtenciones vegetales y reconocer los derechos de propiedad intelectual de los obtentores.

El sistema UPOV es un sistema de “talla única”, porque son los países los que tienen que ajustar sus legislaciones al sistema que se les impone, sin permitirles mayor flexibilidad al respecto. Pero, sobre todo, porque fue diseñado en 1961, partiendo de una realidad europea, sin considerar la existencia

La autora agradece a Juan Chávez Cossío, PhD, Profesor Principal de la Universidad Nacional Agraria La Molina, al Ing. Manuel Sigüeñas de la Subdirección de Recursos Genéticos y Biotecnología (SUDIRGEB) del INIA, al Dr. Manuel Ruíz Müller de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental y a la Dra. Aurora Ortega de la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías de INDECOPI por los aportes y observaciones realizadas al presente documento.

**Esta investigación es parte de las actividades del proyecto Intensificación Social y Ecológica de la Pequeña Agricultura Ecológica en los Andes (AGROECO) que cuenta con el apoyo del International Development Research Centre (IDRC), a través del Canadian International Development Agency (CIDA)*

1 En virtud del Convenio de la UPOV, se instituyó la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales que es una organización intergubernamental con personalidad jurídica propia y sede central en Ginebra (Suiza). En la actualidad únicamente es posible la suscripción del Acta de 1991, que es la que el Perú ha ratificado.

de diversidad de sistemas agrícolas (y por ende diferentes necesidades para proteger nuevas variedades), la perdida de diversidad biológica y genética, ni la necesidad de adaptarse a las cambiantes condiciones climáticas (Dutfield, 2011).

Por otra parte, el Convenio de la UPOV ha sufrido sucesivas modificaciones con el objetivo de extender y fortalecer la protección del derecho del obtentor y dotarlo de "mayor exclusividad", es decir, con una mayor exclusión de terceros en el uso de la nueva variedad, hasta llegar incluso a asimilarlo con el régimen de patentes sobre plantas. Se han fortalecido en ese sentido los derechos del titular.

En particular, es importante el cambio realizado desde el Acta UPOV de 1978 al Acta de 1991 que es la que ha sido firmada por el Perú. En el Acta de 1978 existía un mayor balance entre la protección de los derechos del obtentor y la de los derechos del agricultor, que se plasmaba en el llamado "privilegio del agricultor", el cual permitía que los agricultores intercambiasen y comercializasen en pequeña escala la variedad protegida. El Acta de 1991 no permite esta posibilidad y el uso libre por parte del agricultor de la variedad protegida se restringe considerablemente. De la misma manera, UPOV 1978 prohibía la doble protección de una misma variedad vegetal mediante patentes y derechos de obtentor; sin embargo, UPOV 91 permite esta doble protección. En la actualidad, en el Perú, no se permite la protección de nuevas variedades mediante patentes, aunque el TLC con EEUU impone una obligación para realizar los mejores esfuerzos para extender la protección mediante patentes a plantas.

2. LA IMPLEMENTACIÓN DE UPOV 91 EN EL PERÚ

Cualquier cambio que implique una ampliación de los derechos de propiedad intelectual sobre las semillas va a tener consecuencias en el sistema nacional de semillas, lo cual merece un análisis exhaustivo sobre su idoneidad económica, social y política. Por ello, existen una serie de cuestiones que se tenían que haber realizado con anterioridad a la firma del mencionado Convenio y que habrían ayudado a evaluar sus repercusiones en la investigación y explotación agrícola, la industria semillera nacional, los mejoradores públicos y privados, y las prácticas de autoabastecimiento e intercambio de semillas entre los agricultores.

¿Qué tipo de empresa domina el mercado nacional de semillas?; ¿cuáles son las capacidades de mejoramiento e investigación agrícola por parte del sector público?; ¿cuál es el principal sistema de provisión de semilla en el país?; ¿qué importancia tiene el autoabastecimiento de semilla por el propio campesino?, ¿y el intercambio de semilla entre agricultores?; ¿con qué capacidades se cuenta en mejoramiento agrícola?; ¿la utilización de insumos externos es alta o baja? o ¿cuáles son las necesidades de producción del país?, son preguntas importantes para medir la relevancia de la norma en el escenario agrícola nacional.

Sin embargo, la ratificación del Convenio de la UPOV - Acta 1991, ha sido el resultado de la obligación contraída por el país en el Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos de América, lo que no ha permitido considerar las especificidades del sistema nacional de semillas, ni evaluar opciones alternativas a UPOV, como las desarrolladas en otros países como India, Nepal, Tailandia, entre otros, donde se fijan sistemas más respetuosos con los agricultores, se reconocen expresamente sus sistemas de fitomejoramiento y se contempla un régimen de derechos del agricultor más balanceado con los de los obtentores de nuevas variedades.

Por el contrario, una de las primeras actuaciones que se van a adoptar a nivel legislativo, para la implementación del tratado bilateral de comercio con Estados Unidos de América (TLC), va a ser la de garantizar los derechos de los obtentores de variedades vegetales. Así, el Decreto Legislativo Nº 1080, de 28 de junio del 2008, que fue una de las primeras normas dictadas tras la adopción del TLC, modifica la Ley de Semillas, a pesar de no ser este su ámbito, para fijar los derechos mínimos que deben ser garantizados a los obtentores de nuevas variedades.[2]

El Art. 3 del Decreto Legislativo Nº 1080 indica que el certificado de obtentor es *"el documento por el cual se confiere a quien lo posee, el derecho (Derecho de Obtentor) de ser el único que puede autorizar los siguientes actos respecto del material de reproducción, propagación o multiplicación de la variedad vegetal protegida:*

- *Acondicionamiento para fines de reproducción, propagación o multiplicación.*
- *Producción, reproducción, propagación o multiplicación.*

2 La norma de la Comunidad Andina en la materia, que es de de aplicación directa en el Perú, es la Decisión 345 sobre un Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales de 21 de octubre de 1993. Esta norma no contemplaba ninguna definición sobre "certificado de obtentor".

- *Venta o cualquier otro acto que implique la introducción en el mercado del material de reproducción, propagación o multiplicación con fines comerciales.*
- *Exportación.*
- *Importación.*
- *Estoqueo para cualquiera de los propósitos mencionados en los cuatro (04) puntos anteriores, cuyo objeto es estimular a los investigadores a crear permanentemente nuevas variedades".*

El siguiente paso fue el de adaptar el resto de la legislación nacional en la materia al Convenio de la UPOV- Acta 1991. Así, Reglamento de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales, DS Nº 035-2011-PCM, adecúa, para el ámbito peruano, la Decisión 345 de la Comunidad Andina, sobre un Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales, de 21 de octubre de 1993. El Decreto Supremo mencionado también deroga el anterior en la materia, el DS Nº 008-96-ITINCI. Finalmente, la Ley 28126, de 13 de diciembre del 2003, por la que se sancionan las infracciones a los derechos de los obtentores de variedades vegetales protegidas completa el marco jurídico sobre los derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales.

Cuadro 1. Legislación peruana sobre derechos de propiedad intelectual sobre semillas

• Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, Acta de 1991 (2011).
• Decisión 345 de la Comunidad Andina, sobre un Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales, de 21 de octubre de 1993.
• Reglamento de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales, DS Nº 035-2011-PCM.
• Ley 28126, de 13 de diciembre del 2003 por la que se sancionan las infracciones a los derechos de los obtentores de variedades vegetales protegidas.
• Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO (2004).

La protección de una variedad mediante mecanismos de propiedad intelectual es independiente de las medidas que regulan la producción, el control y la comercialización de la misma. Las disposiciones legales que deben cumplirse para poder comercializar la variedad, por ejemplo, las relativas a los requisitos de registro que exijan un determinado comportamiento agronómico (de adaptación, rendimiento y resistencia a las enfermedades, entre otros) y certificación vienen recogidas en la Ley General de Semillas (Ley Nº 27262, de 12 de mayo del 2000 modificada por Decreto Legislativo Nº 1080, de 28 de junio del 2008) y en el Reglamento de Semillas (Reglamento General de la Ley General de Semillas, DS Nº 006-2012-AG, de 1 de junio del 2012).

El Convenio de la UPOV establece unos criterios mínimos que necesariamente han de ser observados por las legislaciones de los países. Entre ellos, el Convenio fija los requisitos para la concesión del derecho de obtentor, el ámbito mínimo de protección (las variedades sobre las que se aplica), el contenido mínimo del derecho, el tiempo de duración del mismo, entre otras cuestiones que pasamos a detallar a continuación desde la perspectiva de sus implicancias para el Perú. En cualquier caso, éste es un sistema de mínimos a partir del cual todavía se pueden establecer más condiciones o restricciones, por medio de la legislación nacional o por la vía contractual.

¿Cuál es el ámbito de protección?

El ámbito de protección de UPOV 91 se extiende a todas la variedades cultivadas de los géneros y especies botánicas. Los nuevos miembros de la UPOV disponen de 10 años para ofrecer protección a todos los géneros y especies y, entre tanto, han de ofrecer protección a un mínimo de 15 géneros y especies vegetales.

Ahora bien, ¿qué es una variedad? A diferencia del Acta de 1978, el Acta de 1991 obliga a todos los Estados a adoptar una misma noción de variedad y elimina el margen de discrecionalidad que les quedaba a la hora de definir las características de conjuntos de plantas que sean susceptibles de protección. Así, según UPOV 91 se deberán proteger todas las variedades, entendiendo por variedad *"un conjunto de plantas de un solo taxón botánico del rango mas bajo conocido"* que pueda *"definirse por la expresión de los caracteres resultantes de un cierto genotipo o de una cierta combinación de genotipos; distinguirse de cualquier otro conjunto de plantas por la expresión de uno de dichos caracteres por lo menos y considerarse como una unidad, habida cuenta de su aptitud a propagarse sin alteración"* (Art. 1.vi).

La Decisión 345, en su Art. 3, definía el concepto de variedad de una manera muy amplia como *"el conjunto de individuos botánicos cultivados que se distinguen por determinados caracteres*

morfológicos, fisiológicos, citológicos, químicos, que se pueden perpetuar por reproducción, multiplicación o propagación" que permitía cierto margen a los países a la hora de interpretar el concepto y conceder el derecho de obtentor. Por ello, el nuevo Art. 2 del Reglamento del 2011 de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales (en adelante, Reglamento PVV) adopta la definición de UPOV 91 y manifiesta que *"se entenderá por "variedad" un conjunto de plantas de un conjunto de individuos botánicos cultivados que, con independencia de si corresponde 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 genotipo;*
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."*

Es importante notar que lo que determina la distinción de una variedad son los caracteres de la misma, esto es, lo que permite ver si es diferenciable de otras similares. Por ejemplo, en la papa, el carácter que la hace distinta y, por ello, susceptible de protección puede referirse a la forma del tubérculo, al color de la carne, al color de la piel, entre otros. También, el que la expresión de los caracteres por los que la variedad se ha definido debe mantenerse constante a lo largo de las generaciones.

Asimismo, es preciso destacar que la definición de "variedad" es más amplia que la de "variedad susceptible de protección" ya que para ser susceptible de protección, una variedad ha de estar claramente definida y cumplir los criterios de distinción, homogeneidad y estabilidad (examen DHE) que se analizarán más adelante.

La pregunta es, entonces, en una variedad nueva, ¿hasta dónde llega el derecho del obtentor a reclamar su propiedad?, es decir, ¿cuál es el material protegido sobre el que el obtentor puede reclamar una retribución económica? Es precisamente en este punto, donde el derecho exclusivo del obtentor se ha ampliado considerablemente. En ese sentido, si bien en un principio la protección era únicamente en relación con el material de reproducción (UPOV 1978), ahora la protección se extiende en determinados supuestos no sólo a la variedad sino también a la cosecha y a los productos directamente derivados del producto de la cosecha, en determinados supuestos (UPOV 1991, Reglamento PVV).

¿Quién puede solicitar la protección de una obtención vegetal?

La definición del obtentor es importante, ya que identifica a la persona facultada para solicitar y obtener el derecho en exclusividad. El "obtentor" puede ser una persona natural o jurídica, un horticultor no profesional, un agricultor, un científico, una institución dedicada al fitomejoramiento o una empresa especializada en fitomejoramiento. Por su parte, UPOV no atiende a los procedimientos empleados para obtener la variedad vegetal, sino al resultado, a la consecución de una variedad vegetal nueva, que faculta al fitomejorador para solicitar el derecho de obtentor.

No obstante, UPOV 91 obliga expresamente a adoptar un concepto de obtentor y a hacer explícito el requisito de que las variedades *descubiertas*[3] sean protegidas. Esto se realiza a través de la definición de obtentor como *"la persona que haya creado o descubierto y puesto a punto una variedad"* (Art. 2 del Reglamento PVV).

¿Se protegen las variedades que han sido simplemente descubiertas?

La Decisión 345 establece expresamente que el obtentor es *"la persona que haya creado una variedad vegetal"* y que debía entenderse por *"crear", "la obtención de una nueva variedad mediante la aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de las plantas"*.

Es decir, ¿se protegen variedades en las que no ha mediado ningún tipo de "creación", y simplemente el "descubrimiento" de la variedad sirve para conseguir el derecho? Esta ha sido una de las mayores preocupaciones del Perú en la adhesión a UPOV 91. Ello tiene una gran relevancia si se consideran dos aspectos distintos: los criterios de novedad y distinción para otorgar el derecho, y la existencia de una gran diversidad de cultivos nativos existentes en el país con una gran variabilidad dentro de ellos (ej. en el caso de la papa se reporta que existen entre 3,000 a 4,000 variedades nativas), que fácilmente responderían a estos criterios y podrían ser objeto de apropiación indebida.

Como veremos más adelante, entre los requisitos para que una variedad sea protegida está la condición de que sea nueva, y el requisito de "novedad" solo se aplica en comparación con las especies que están en el mercado, se trata de una "novedad comercial". Por otra parte, para que la variedad sea "distinta", únicamente se exige que debe ser distinta de otras

3 El subrayado siempre corresponde a la autora para ayudar al entendimiento del texto.

variedades "legalmente" reconocidas (en catálogos o registros profesionales).

Ante esta situación, se podía dar la situación de una persona que "descubriera" una variedad de un cultivo nativo que no esté incluido en el Registro de Variedades Comerciales y lo "pusiera a punto", atribuyéndolo como de su invención y reclamando una remuneración por su explotación comercial. Esta circunstancia, en un país megadiverso y centro de origen como el Perú, donde, como se ha visto, la mayoría de los cultivos nativos no tienen esta "representación comercial" era sumamente peligroso y podía dar lugar a la apropiación ilegítima de recursos nativos peruanos. Es más, existe un gran número de cultivos nativos y de especies que no figuran en ningún tipo de registro o inventario sobre la biodiversidad del país.

Esto sería especialmente preocupante en relación con las especies propagadas vegetativamente, pues en ellas la labor de "poner a punto" una variedad es relativamente sencilla, especialmente para las plantas ornamentales (ej. orquídeas) donde el proceso es mínimo. Por ejemplo, con un mínimo aporte técnico, el obtentor podría reclamar su derecho sobre cualquier orquídea extraída de la Amazonía peruana.

El Reglamento PVV del 2011 establece que *"descubrimiento no es el simple hallazgo, sino que se refiere a la actividad de selección dentro de la variación natural en una población de plantas, y la puesta a punto es el proceso de reproducción o multiplicación y evaluación"*. Con ello, se exige, correctamente, algún tipo de mejoramiento, selección y creación para que la variedad sea protegida.

La doctrina diferencia claramente entre las fases de selección y "la puesta a punto": cuando se realiza "la selección" en una población donde existe variabilidad, se descubren plantas o individuos con ciertos atributos que permiten solucionar uno o más problemas del cultivo; "la puesta a punto" es todo el trabajo posterior que hay que desarrollar para consolidar la nueva variedad, incrementar la frecuencia de los genes del carácter o caracteres que determinan la selección, a fin de fijar dichos genes, realizar las pruebas para verificar la estabilidad de los caracteres, incrementar el material hasta tener una población y realizar estudios de la calidad del producto, entre otros. No solo se trataría de un descubrimiento, sino que involucra, además, el estudiarla, caracterizarla, multiplicarla, entre otros procesos posteriores.

En ese sentido, será de suma importancia la intervención de las autoridades nacionales (la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI- y la Sub Dirección de Recursos Genéticos y Biotecnología del Instituto Nacional de Innovación Agraria- INIA) a la hora de interpretar las normas en la práctica y otorgar el derecho a los obtentores, en la salvaguarda de los intereses nacionales, y previendo esta necesidad de intervenir en el proceso de mejoramiento en un grado que vaya más allá de solamente "descubrir" la variedad.

¿Qué criterios debe cumplir una variedad para ser objeto de protección?

Para ser protegida, la variedad debe satisfacer las condiciones de novedad, distinción, homogeneidad, estabilidad y ser designada con una denominación adecuada. Es decir, la identidad de la variedad debe poder determinarse inequívocamente y ha de mantenerse inalterada durante todo el período de la protección.

Los criterios no han sido objeto de modificación por la ratificación de UPOV 91 y siguen estando vigentes los establecidos en los Art. 7- 13 de la Decisión 345 de la CAN. Haciendo una breve referencia a los mismos, creemos importante resaltar que el requisito de *"novedad"*, a diferencia de las patentes, se refiere a novedad comercial, a que esa variedad no estuviera siendo "explotada comercialmente" y no a su mayor o menor carácter inventivo. Es decir, la novedad se define en relación a la comercialización y no por el hecho de que la variedad no existiese previamente.

La variedad, para ser considerada "nueva", no debe haberse vendido durante un período o plazo anterior a la fecha de solicitud del derecho de obtentor. Este período es de un año (dentro de los países de la Comunidad Andina), antes a la fecha de presentación de la solicitud, o de cuatro años (seis años en el caso de vides y árboles), si se explotase en otro país distinto. Los mencionados períodos obedecen a la larga duración de la evaluación que el obtentor tiene que hacer con el fin de tomar la decisión de solicitar la protección. La mayor extensión del plazo en el caso de los árboles y vides se debe a que requieren una evaluación más larga.

Asimismo, para satisfacer el requisito de *"distinción"*, la variedad debe distinguirse claramente de toda otra variedad que sea "comúnmente conocida". Con este fin, se considera que una variedad será "comúnmente conocida" cuando:

a) el material de reproducción o de multiplicación vegetativa o un producto de la cosecha de la variedad se ha comercializado, o se ha publicado

su descripción detallada;

b) se ha depositado una solicitud para la concesión del derecho de obtentor, o la variedad se ha inscrito en un registro oficial de variedades, en cualquier país, considerándose que la variedad es notoriamente conocida desde la fecha de la solicitud, siempre que esta dé lugar a la concesión del derecho de obtentor o la inscripción de la variedad en el registro oficial de variedades, según corresponda;

c) existe material vegetal vivo de la variedad en colecciones botánicas accesibles al público.

Una variedad se considerara "homogénea" si es suficientemente uniforme en sus caracteres esenciales (Art. 11, Decisión 345); entendiéndose como caracteres esenciales a los caracteres distintivos. Esta uniformidad se refiere a los individuos que conforman un grupo generacional (dentro de cada generación).

Asimismo, se considerará *"estable"* si sus caracteres esenciales se mantienen inalterados de generación en generación y al final de cada ciclo particular de reproducciones, multiplicaciones o propagaciones (Art. 12, Decisión 345).

Finalmente, UPOV 91 ha obligado a especificar la denominación de la variedad (que no se encontraba incluida en la Decisión 345). Por ello, el Art. 7 del Reglamento establece normas relativas a la denominación de la variedad con el fin de lograr un régimen armonizado a nivel internacional. Así, se establece que las variedades deben designarse por una denominación destinada a ser su designación genérica y se obliga al uso de la denominación de la variedad al comercializar el material de propagación de la variedad protegida, incluso después de haber expirado el período de protección.

¿Qué ocurre con la revelación del origen como requisito indispensable para otorgar el Certificado de Obtentor?. ¿Se permite el certificado de origen?

La adhesión a UPOV 91 ha obligado al Perú a renunciar al certificado de origen o de la revelación del origen del material genético utilizado en la variedad. Es decir, el Perú ya no podrá exigir un documento que acredite la procedencia legal de los recursos genéticos o del conocimiento tradicional utilizado en el desarrollo de la nueva variedad.

El Convenio de UPOV 91 establece que los requisitos para otorgar o cancelar un derecho de obtención vegetal no deben desviarse de aquellos previstos por la UPOV. Se indica expresamente que los derechos de los fitomejoradores no deben estar sujetos a condiciones adicionales que el cumplir con las formalidades y el pago de tasas. Así, el Art. 5.2 establece que *"La concesión del derecho de obtentor no podrá depender de condiciones suplementarias o diferentes de las antes mencionadas, a reserva de que la variedad sea designada por una denominación conforme a lo dispuesto en el Artículo 20, que el obtentor haya satisfecho las formalidades previstas por la legislación de la Parte Contratante ante cuya autoridad se haya presentado la solicitud y que haya pagado las tasas adeudadas"*. Asimismo, se dispone que los derechos de obtentor no se cancelarán o anularán por motivos diferentes a los indicados en el Art. 21 y 22 de la UPOV.

Del texto del Convenio, pareciera legalmente posible el estipular la revelación de origen como un requisito de forma y no sustantivo. De manera que, en caso de no presentarse la documentación requerida, no se daría trámite a la solicitud y se entendería como abandonada, tal y como venía regulado en la legislación peruana mediante el Decreto Supremo Nº 008-1996-ITINCI. Sin embargo, la solución facilista adoptada ha sido la de derogar el mencionado Decreto Supremo, que recogía la figura del certificado de origen, acabando, de esta manera, con la gran oportunidad de unir el régimen de acceso a los recursos genéticos y la protección de los conocimientos tradicionales con la legislación de propiedad intelectual, con el objeto de dotar de una mayor eficacia al primero y evitar casos de biopiratería.

El Art. 15 e) y f) del Decreto Supremo Nº 008-1996-ITINCI, ahora derogado, establecía que *"La solicitud para el otorgamiento de un Certificado de Obtentor deberá presentarse ante la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías y contener o adjuntar según corresponda:*

(...) e) origen geográfico del material vegetal materia prima de la nueva variedad a proteger, incluyendo, de ser el caso, el documento que acredite la procedencia legal de los recursos genéticos, emitido por la Autoridad Nacional Competente, en materia de acceso a recursos genéticos;

f) origen y contenido genético de la variedad, donde debe incluir todo detalle conocido relativo a la fuente de los recursos genéticos utilizados en ésta o para su obtención, así como toda información sobre cualquier conocimiento relativo a la variedad, de ser el caso".

En el caso de que el solicitante no cumpliese con la presentación de los documentos requeridos se consideraba abandonada la solicitud (Art. 16 del DS 008-1996-ITINCI).

Con ello, se cierra el círculo de las modificaciones a las que el Perú se ha visto obligado en materia de propiedad intelectual como consecuencia de la firma del TLC con Estados Unidos de América y que han tenido como objetivo la eliminación del certificado de origen como requisito para la concesión de derechos de propiedad intelectual. Con este mismo objetivo, anteriormente, la Ley Nº 29316, Ley que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implementar el acuerdo de promoción comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América, de 13 de enero del 2009, ya había introducido modificaciones (para su aplicación en el Perú) en la Decisión 486 de la Comunidad Andina sobre un Régimen Común sobre Propiedad Industrial y en la Ley Nº 27811, que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos.

En estas normas se preveía la solicitud del certificado de origen como requisito sustantivo para el otorgamiento de una patente. Es decir, se eliminó la necesidad de contar con un contrato de acceso a los recursos genéticos con el Estado Peruano o de un contrato de licencia con las comunidades indígenas (para el uso de sus conocimientos tradicionales), como condición para poder obtener una patente que incluyera el uso o aplicación de los mismos en el proceso de innovación. Ahora, este requisito también se elimina de las normas relativas a la concesión de los derechos de obtentor. En la práctica, los requisitos de "origen geográfico y genético" se siguen solicitando en virtud de las Resoluciones Jefaturales del INIA.

El requisito de la revelación del origen tiene su fundamento en permitir a las autoridades nacionales rastrear el uso de los recursos genéticos en las solicitudes de patentes y de certificados de obtentor. Con ello, se permite efectuar un monitoreo sobre el cumplimiento del consentimiento informado previo y las condiciones mutuamente otorgadas, bajo las cuales el acceso al recurso genético o al conocimiento tradicional fue otorgado. La finalidad última es el evitar la biopiratería o la apropiación indebida de recursos genéticos o de conocimientos tradicionales.

Los países tradicionalmente considerados proveedores de recursos genéticos y componentes de la biodiversidad, con sus leyes de acceso y por sí solos, difícilmente han logrado que los objetivos generales de justicia y equidad en el acceso a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales se cumplan. Esto último es un problema que preocupa particularmente a los países llamados "megadiversos", pues una vez que los materiales salen de sus territorios las posibilidades de reclamar y verificar el cumplimiento de obligaciones asumidas, disminuyen, más aún, cuando la cadena de usuarios va aumentado y complicándose como parte del proceso de investigación y desarrollo. Este era el fundamento de solicitar el certificado de origen como requisito para el otorgamiento de una patente o un certificado de obtentor, y el motivo de que estuviera incluido en la Decisión 486 de la Comunidad Andina, en la legislación peruana de protección de los conocimientos tradicionales (Ley 27811) y en el Decreto Supremo Nº 008-1996-ITINCI sobre derechos de obtentor ahora derogado.

Esta situación es doblemente preocupante porque el Perú ha sido prácticamente el país que "inventó" la noción de divulgación o revelación de origen a principios de los años noventa. Ha sido además un firme propulsor de esta en la agenda internacional. La eliminación de esta exigencia es un retroceso inexplicable en relación a una tradición mantenida por casi dos décadas.

Derechos exclusivos del obtentor

Una vez concedido el certificado de obtentor, el titular del derecho de obtentor podrá impedir que terceros realicen sin su autorización una serie de actividades en relación con el material protegido. En este sentido, como ya hemos mencionado previamente, la extensión del derecho depende en gran medida de qué se entiende por el material de la variedad protegida.

Derechos sobre el material de multiplicación de la variedad protegida

El titular del derecho de obtentor podrá impedir que terceros realicen, sin su autorización, los siguientes actos en relación con el material de reproducción, propagación o multiplicación (ej. la semilla, los bulbos, tubérculos, esquejes, etc.) de la variedad protegida:

- la producción o la reproducción (multiplicación);
- la preparación a los fines de la reproducción o de la multiplicación;
- la oferta en venta;
- la venta o cualquier otra forma de comercialización;
- la exportación;
- la importación;
- la posesión para cualquiera de los fines precedentes;
- el uso comercial de plantas ornamentales o

partes de plantas como material de multiplicación (Art. 24 de la Decisión 345).

En consecuencia, el obtentor puede optar por explotar por sí mismo la obtención o conceder licencia a terceros para que la exploten con arreglo a los términos que se pacten.

Derechos sobre otras variedades distintas a la variedad protegida

El derecho del obtentor también se extiende, en relación con los actos mencionados, a:

- las variedades que no se distingan claramente de la variedad protegida;
- las variedades cuya producción requiera del empleo repetido de la variedad protegida;
- las variedades esencialmente derivadas de la variedad protegida (salvo que ésta sea a su vez una variedad esencialmente derivada).

El Art. 3 de la Decisión 345 ya incorporaba el concepto de "variedad esencialmente derivada", que es una novedad del Convenio UPOV 1991 en relación con el de 1978 y que, como veremos, limita enormemente el llamado privilegio del obtentor. Según este Art. 3 *"Se considerará esencialmente derivada de una variedad inicial, aquella que se origine de ésta o de una variedad que a su vez se desprenda principalmente de la primera, conservando las expresiones de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad original, y aun, si se puede distinguir claramente de la inicial, concuerda con ésta en la expresión de los caracteres esenciales resultantes del genotipo o de la combinación de genotipos de la primera variedad, salvo por lo que respecta a las diferencias resultantes del proceso de derivación"*. Es decir, salvo por lo que respecta a las diferencias resultantes de la derivación, esta "variedad dependiente" debe coincidir con la variedad inicial en la expresión de sus caracteres esenciales.

El Art. 15 del Reglamento PVV incorpora el texto de UPOV 91 que no se incluía en la Decisión 345 y establece que *"las variedades esencialmente derivadas podrán obtenerse, por ejemplo, por selección de un mutante natural o inducido o de variante somaclonal, selección de un individuo variante entre las plantas de la variedad inicial, retro cruzamientos o transformaciones por ingeniería genética"*.

De esta manera, un ejemplo de variedades esencialmente derivadas obtenidas por medio de ingeniería genética son aquellas en las cuales se ha insertado un gen específico, mediante técnicas de ADN recombinante, al genoma de la planta. El genoma es el mismo, con la excepción del nuevo gen introducido para otorgarle alguna característica de interés (Cabrera, 2010).

En consecuencia, la comercialización de una variedad creada a partir de una variedad protegida, si es esencialmente derivada, ya no es libre y deberá contar con la autorización del primer obtentor.

Derechos sobre el material de la cosecha

Este derecho del obtentor se extiende sobre el producto de la cosecha cuando el material de reproducción o de multiplicación ha sido utilizado sin la autorización del titular del derecho, a menos que el titular hubiese podido razonablemente ejercer su derecho exclusivo en relación con dicho material de reproducción o de multiplicación.

En este sentido, el derecho de obtentor se extiende al producto de la cosecha:

- en el supuesto de que el producto se ha obtenido por utilización no autorizada del material de reproducción o de multiplicación; y
- cuando el obtentor no ha podido ejercer razonablemente su derecho en relación con dicho material de reproducción o de multiplicación.

Nos encontramos, así, con la posibilidad de que se proteja al obtentor hasta el extremo de poder quedarse con la cosecha del agricultor que no ha contado con su consentimiento en relación con el material de reproducción. Un ejemplo de aplicación práctica de este supuesto es el ofrecido por la Corte Suprema de Alemania en sentencia de 14 de febrero 2006, Nº X ZR 93/04, que concede al obtentor el derecho sobre la cosecha en el supuesto de una variedad de *Calluna vulgaris* protegida en Alemania y que fue reproducida en Francia para posteriormente ser importada a Alemania. La Corte estableció que, dado que el obtentor no tuvo oportunidad de ejercer su derecho sobre el material de propagación en Francia, puesto que él no tenía protección sobre la variedad en Francia, estaba autorizado a ejercer sus derechos sobre la cosecha producida e importada a Alemania.

Derecho del obtentor a prohibir la posterior reproducción o multiplicación no autorizada de la variedad, y a que esta prohibición no se agote nunca.

Este derecho del obtentor se extiende (aún cuando el material haya sido vendido o comercializado con su consentimiento) cuando:

- involucre una nueva reproducción o multiplicación de la variedad en cuestión; o,

- implique una exportación de material de la variedad, que permita reproducirla, a un país que no proteja las variedades de la especie vegetal a que pertenezca la variedad, salvo si el material exportado está destinado al consumo (Artículo 27 Decisión 345).

A efectos del citado Art. 27, el Art. 2.4. del nuevo Reglamento PVV establece que *"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; y,

c) todo producto fabricado directamente a partir del producto de la cosecha."

Esto significa que, por ejemplo, el derecho de obtentor alcanza a la potestad de este de impedir la comercialización de simiente obtenida a partir de semillas de su variedad vegetal protegida adquiridas legalmente. La producción de semilla, implica la posterior reproducción o multiplicación de la variedad protegida, y el derecho del obtentor se extiende a la "nueva reproducción o multiplicación" de la variedad. En sentido negativo, estaría incurriendo en una infracción del derecho de obtentor aquel agricultor que hubiera adquirido legalmente materiales de reproducción o multiplicación de una variedad protegida y vendiese el producto de la cosecha en forma de semillas a sus vecinos.

En este caso, el supuesto se aplica no sólo sobre la semilla, sino también sobre el producto de la cosecha y los productos directamente derivados del producto de la cosecha que permitan reproducir la variedad.

Otros derechos adicionales

Los Estados podrán conceder derechos adicionales a los obtentores, incluyendo derechos respecto de los productos fabricados directamente a partir del material cosechado (Helfer, 2004). Así, el Art. 14.3 de UPOV 91 establece que cada Parte Contratante "podrá prever" la necesidad de contar con la autorización del obtentor *"respecto de productos fabricados directamente a partir de un producto de cosecha de la variedad protegida, por utilización no autorizada de dicho producto de cosecha, a menos que el obtentor haya podido ejercer razonablemente su derecho en relación con dicho producto de cosecha".*

Plazo de protección

UPOV 91 obliga a incorporar un plazo máximo de protección para todas las especies de 20 años y de 25 para el caso de las vides, árboles forestales, árboles frutales incluidos sus portainjertos. El mismo plazo de protección ya venía aplicándose en el anterior DS Nº 008-96-ITINCI en su Art. 11 y ahora viene recogido en el Art. 13 del actual Reglamento PVV.

Excepciones y limitaciones al derecho del obtentor

Las excepciones al derecho del obtentor comprenden todos aquellos actos de terceros que, al contrario de los anteriores, no necesitan la autorización del obtentor por estar fuera del alcance de su derecho, es decir, son libres y no se requiere realizar ningún pago al obtentor.

Este tema es de suma importancia en el marco agronómico. El fitomejoramiento siempre ha estado protagonizado por el libre intercambio de material genético con el fin de facilitar el desarrollo de nuevas variedades. Esta "libertad para operar" tanto de los obtentores como de los agricultores, se ha visto paulatinamente recortada por el ejercicio de derechos de propiedad intelectual. En el caso del régimen de derechos de obtentor se permiten "pequeños espacios" para que los obtentores y los agricultores utilicen libremente la variedad protegida, sin mediar ningún tipo de retribución económica al obtentor de la variedad, a diferencia de las patentes donde no se permiten excepciones de ningún tipo.

No obstante lo anterior, se puede afirmar que en el tratamiento de las excepciones del obtentor y del agricultor, UPOV se ha ido acercando paulatinamente al sistema de patentes sobre plantas, donde no se permite ningún uso "libre", y el uso de la variedad protegida siempre está sujeto a la autorización y al pago al obtentor de la misma. Este es el camino que sigue UPOV 91, que ha significado un cambio importante en relación con lo previsto en el Acta de 1978, y que ha tenido importantes repercusiones en el régimen peruano relativo al derecho del agricultor a intercambiar semilla, como veremos a continuación.

En este sentido, UPOV 91 establece dos excepciones obligatorias al derecho del obtentor y una excepción facultativa en relación con las "semillas guardadas en finca".

Excepciones obligatorias al derecho del obtentor

El Artículo 25 de la Decisión 345[4] establece que *"El derecho de obtentor no confiere a su titular el derecho de impedir que terceros usen la variedad protegida, cuando tal uso se realice:*

4 El Art. 25 de la Decision 345 coincide prácticamente con lo establecido en el Art. 15.1 de UPOV 91.

a) en el ámbito privado, con fines no comerciales;

b) a título experimental; y,

c) para la obtención y explotación de una nueva variedad, salvo que se trate de una variedad esencialmente derivada de una variedad protegida. Dicha nueva variedad podrá ser registrada a nombre de su obtentor".

La excepción del uso privado, no comercial

Los actos realizados en un marco privado y con fines no comerciales son una excepción al derecho del obtentor y, por ello, no necesitarán contar con su autorización para el uso de la variedad protegida. En sentido contrario, los actos que no sean de carácter privado, incluso cuando carezcan de finalidad comercial, pueden quedar fuera del alcance de la excepción. Asimismo, los actos de carácter privado que se realicen con fines comerciales tampoco están amparados por la excepción.

Esta excepción permitiría, por ejemplo, a los agricultores de subsistencia utilizar para su consumo propio semillas y otro material de multiplicación protegido. Estamos ante el supuesto de que el agricultor utiliza el material de propagación exclusivamente para la producción de un cultivo (destinado a la alimentación) que va a ser consumido enteramente por el agricultor y su familia.

Sin embargo, el agricultor que conserva en su explotación semillas que él mismo ha obtenido de una variedad realizaría un acto de carácter privado, pero si posteriormente comercializa el producto de la cosecha de la variedad, puede considerarse que no está amparado por la excepción y estaría violentando el derecho del obtentor. Tampoco estaría amparada por la excepción aquel agricultor que proporcione material de reproducción o multiplicación a un tercero, esto no se considera un acto de carácter privado, con independencia de que medie o no alguna forma de pago.

La excepción de la investigación

Los obtentores tampoco pueden restringir los "actos realizados a título experimental". Esta excepción permite el examen y la investigación de variedades protegidas con fines científicos que no conduzcan a la explotación comercial.

La "exención del obtentor"

En la exención del obtentor radica la mayor diferencia en relación con el régimen de protección mediante patentes y tiene por finalidad que los obtentores puedan utilizar variedades protegidas como fuente para la creación de nuevas variedades y, posteriormente, comercializar las nuevas variedades sin autorización del obtentor original.

En consecuencia, la "exención del obtentor" se refiere a que es posible usar las variedades protegidas sin ninguna restricción, siempre que sea con el fin de crear nuevas variedades vegetales. Es más, las nuevas variedades obtenidas en esta segunda generación pueden ser explotadas comercialmente sin autorización del titular de la variedad protegida utilizada para su creación. Esto último no será posible en el caso de que la variedad conseguida por el segundo obtentor sea una variedad esencialmente derivada, una variedad cuya producción necesite el uso repetido de la variedad protegida, o una variedad que no se distinga claramente de la variedad protegida (Art. 15 de UPOV 91 y Art. 25 de la Decisión 345).

Es decir, la excepción se limita a nuevas variedades siempre que no sean "esencialmente derivadas" de las variedades protegidas. Con ello, se pretende proteger el derecho del obtentor de la primera generación frente a los derechos de segundos obtentores. Como hemos señalado anteriormente, se pretende evitar, con ello, que a partir de una simple modificación de la variedad y de cambios simplemente cosméticos, un segundo obtentor pueda reclamar la protección y la remuneración por el uso de esta nueva variedad.

Este aspecto, sin embargo, ha sido objeto de controversias por la dificultad de establecer criterios que fijen cuál es esta distancia genética mínima necesaria para que las variedades de la segunda generación no sean tratadas como esencialmente derivadas y, en consecuencia, fuera del control del primer obtentor.

Excepción facultativa: el derecho de resiembra por el agricultor

El régimen en el Perú, después de la ratificación de UPOV 91, es el siguiente en relación con lo que se ha venido a llamar *"el privilegio del agricultor"*: el agricultor puede conservar una parte del grano cosechado de una variedad protegida para ser utilizado como semilla por él mismo en otra cosecha en su propia explotación y bajo ciertas condiciones. No se autoriza a los agricultores a vender o intercambiar semillas de la variedad protegida con otros agricultores. Y tampoco se autoriza la resiembra en el caso de especies frutícolas, ornamentales y forestales.

El Convenio de UPOV 91, a diferencia del Acta de 1978, otorga una versión muy limitada del privilegio de los agricultores y no autoriza a los agricultores a vender o intercambiar semillas con fines de multiplicación con otros agricultores, esta limitación

ha sido criticada por incompatible con las prácticas de los agricultores en donde el intercambio de semillas es esencial en la rotación de cultivos y de variedades.

El Convenio UPOV 91, por el contrario, limita el privilegio del agricultor a la resiembra en la propia explotación. Y dota de un "carácter facultativo" el reconocer la posibilidad del agricultor de guardar semilla de la variedad protegida para utilizarla como material de resiembra. Ello quiere decir que no se considera un derecho que se concede automáticamente, ni tampoco se establece como una excepción a los derechos del obtentor. Ello también significa que se deja a los países la libertad de permitir que el agricultor utilice el producto de la cosecha como material de resiembra, de establecerlo bajo ciertas restricciones o, simplemente, de no reconocerlo. Ahora bien, si el Estado miembro reconoce esta posibilidad, lo deberá realizar en el marco de unos límites obligatorios.

Estos límites son los del Art. 15.2 de UPOV 91 que establece que *"cada Parte Contratante podrá restringir el derecho de obtentor respecto de toda variedad, dentro de límites razonables y a reserva de la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor, con el fin de permitir a los agricultores utilizar a fines de reproducción o de multiplicación, en su propia explotación, el producto de la cosecha que hayan obtenido por el cultivo, en su propia explotación, de la variedad protegida o de una variedad cubierta por el Artículo 14.5)a)i) o ii)"* (dicho artículo se refiere a las variedades esencialmente derivadas y a las variedades que no se distingan claramente de la variedad protegida).

La Decisión 345 reconocía ya el derecho de resiembra en su Art. 26 al disponer que *"No lesiona el derecho de obtentor quien reserve y siembre para su propio uso, o venda como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de la variedad protegida. Se exceptúa de este artículo la utilización comercial del material de multiplicación, reproducción o propagación, incluyendo plantas enteras y sus partes, de las especies frutícolas, ornamentales y forestales"*.

No obstante, ha sido necesario incorporar las exigencias de UPOV 91 en la interpretación del privilegio del agricultor, lo que ha tenido lugar a través del Art. 16 del Reglamento PVV, que bajo la denominación de *"Reserva y siembra para propio uso"* establece que *"Se entenderá por "quien reserve y siembre para su propio uso", en virtud del artículo 26 de la Decisión 345, a quien reserve y siembre en su propia explotación, dentro de límites razonables y a reserva de la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor, el producto de la cosecha que haya obtenido por el cultivo, en su propia explotación, de una variedad protegida o de una variedad cubierta por el artículo 24º de la Decisión 345"*.

De esta manera, el ejercicio del privilegio del agricultor se somete a una serie de condiciones:

a) la explotación del agricultor: el privilegio del agricultor concierne al uso del producto de la cosecha por el agricultor en su propia explotación. No se extiende a la transmisión del producto de la cosecha a otro agricultor para que este lo utilice con fines de reproducción o multiplicación;
b) el producto de la cosecha: el privilegio del agricultor puede considerarse referido a cultivos en los que el producto de la cosecha se utilice con fines de reproducción o multiplicación (ej. cereales en los que el grano cosechado pueda utilizarse también como semilla); y
c) dentro de límites razonables y a reserva de la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor.

En la definición nacional de lo que se entiende por "límites razonables", se atenderá a la realidad de cada país. No obstante, UPOV sugiere como criterios, tener en cuenta el tipo de variedad, el tamaño de la explotación, el área de cultivo, el valor del producto, la proporción de semilla guardada en relación al total cosechado o los ingresos del agricultor. Asimismo, la práctica es a interpretar la "salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor" como la necesidad de realizar un pago al obtentor, si bien, al tratarse de resiembra en la propia finca, se trataría de una cantidad menor.

La tendencia actual está marcada por la presión de la industria semillera en cuestionar el privilegio del agricultor a reutilizar la semilla de la variedad protegida en su propia finca y a exigir un pago por ello en todo caso. Por ello, las mayores restricciones a este privilegio del agricultor vienen dadas por la vía contractual (a través de los contratos entre el mejorador y el agricultor), mediante la imposición de contratos por las mismas compañías de semillas, hasta dejar el derecho inexistente. Se argumenta, en su defensa, que la dificultad de saber quién está utilizando semilla para resiembra conduce a la evasión y a la pérdida de recuperación de la inversión por parte de las empresas semilleras[5].

5 En este sentido, consultar la presentación en power point de Mr. Chris Green, Senova Limited, en UPOV *Symposium on Contracts in Relation to Breeders' Rights*. Ginebra, 31 de octubre del 2008.

Cuadro 2. Adhesión a UPOV 91: novedades en el régimen peruano de protección a los derechos de obtentores de variedades vegetales

1. Se fija un determinado concepto de "variedad" (Art. 2 Reglamento PVV).
2. Se incluye el concepto de "material" en relación con una variedad para el caso de agotamiento del derecho de obtentor (Art. 2 del Reglamento PVV y Art. 27 Decisión 345).
3 Se define obtentor como la persona que haya creado y descubierto o puesto a punto una variedad. Y se define qué se entiende por "descubrimiento" y "puesta a punto". (Art. 2 Reglamento PVV).
4. Se establecen requisitos en relación con la denominación de la variedad.
5. Variedad esencialmente derivada. Se especifican las técnicas utilizadas para la consecución de una variedad esencialmente derivada.
6 Se amplía el derecho exclusivo del obtentor sobre el material protegido. UPOV 91 permite que los países puedan establecer que el obtentor no solo tenga derecho sobre el material cosechado sino que este también se extienda sobre los productos derivados directamente del producto cosechado (en el supuesto de que el material cosechado fuera obtenido mediante el uso no autorizado de material de multiplicación y si el obtentor no tuvo una oportunidad razonable de ejercer su derecho con relación al material de multiplicación) (Art. 14.3 del Convenio de la UPOV 91). Perú aún no ha adoptado disposiciones al respecto.
7. El privilegio del agricultor se limita a la resiembra y bajo condiciones que se establecerán a nivel nacional con el fin de respetar "los límites razonables" y "la salvaguardia de los derechos del obtentor". El privilegio del agricultor excluye el intercambio y el comercio a menor escala de material de reproducción de la variedad protegida.
8. Se prevé que el obtentor pueda suscribir contratos o licencias que establezcan condiciones y limitaciones sobre el uso de su variedad (Art. 14 del Reglamento PVV).
9. Se elimina el requisito peruano del certificado de origen o de la revelación del origen de la obtención legal de los recursos genéticos o de los conocimientos tradicionales utilizados en las labores de mejoramiento, en el momento de la solicitud de la concesión del derecho de obtentor (que venía recogido en el antiguo Art. 15 del Reglamento 008-96-ITINCI actualmente derogado).
10. Se incluye el 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.
11. UPOV 91 permite la doble protección por la vía de las patentes y derechos de obtención a las mismas variedades (Art. 35 del Convenio de la UPOV 91).

Fuente: Elaboración propia.

3. DEL CONTROL DE LA SEMILLA AL CONTROL DE LA CHACRA

El objetivo del certificado de obtentor es el de capturar el valor añadido de la variedad mejorada en el mercado. Esta captación del valor puede realizarse en distintos momentos del proceso de mejoramiento y comercialización. Las compañías acuden al uso de tecnologías como la terminator[6] o al desarrollo de híbridos, que por su propio diseño obligan al agricultor a comprar semilla al comienzo de cada temporada de siembra, o bien porque no germinan (GURT o terminator) o bien porque lo hacen en condiciones muy inferiores, con gran declive en la producción en supuestos de resiembra (híbridos). En estos casos, los sistemas de propiedad intelectual no son prioritarios, porque la especie "se defiende por sí sola".

Asimismo, cuando el valor radica en el producto cosechado más que en el material de reproducción, las compañías de semillas consideran que el sistema de UPOV es insuficiente para proteger sus derechos. El derecho de obtentor no se extiende a todo el

6 GURT corresponde al acrónimo inglés de Grupo de Tecnologías de Restricción de Uso, también llamadas *terminator*, y se refiere a métodos propuestos para que la segunda generación de semillas devenga estéril.

material de la planta, y únicamente abarca la cosecha cuando tiene su origen en el uso no autorizado del material de propagación y el obtentor no tiene oportunidad de ejercer su derecho en relación con el mismo. Sin embargo, el valor añadido de muchos cultivos (flores, frutas, vegetales) radica principalmente en el material cosechado y no en el de reproducción, por lo que el obtentor debe llegar "hasta el final de la cadena" para poder capturar este valor añadido, acercándose cada vez más al productor, distribuidor y consumidor. Esta situación también concurre cuando se transfiere la producción a terceros países, en los que existe una dificultad de hacer que los derechos del obtentor se respeten desde el inicio o existen dificultades de accionar ante los tribunales para ejercitar el derecho y, debido a ello, surge la necesidad de identificar la variedad protegida en el mercado.

De esta forma, con el fin de capturar el valor en la fase que mejor corresponda, los mejoradores están recurriendo a distintas herramientas entre las que figuran las tecnológicas, las de propiedad intelectual (tanto derechos de obtentor como patentes) y, de forma cada vez más frecuente, los contratos de explotación con el comprador del material. Estos contratos pueden llegar a ser mucho mas restrictivos que la misma legislación sobre propiedad intelectual (Dutfield, 2011; Lowaars *et ál.*, 2005), sobre todo, teniendo en cuenta que la negociación de los mismos es, la mayor parte de las veces, desigual, lo que puede conducir a situaciones de inequidad todavía mayores.

El contenido de estos contratos tiende a controlar al máximo los riesgos de propagación no autorizada. Las compañías de semillas conocen las condiciones específicas de comportamiento de la variedad, lo que les permite saber el índice de producción por hectárea, cómo y cuándo debe ser recolectada y, con ello, la exigencia a los agricultores del mantenimiento de registro de datos en relación con el uso de la semilla y las subsecuentes cosechas. Los agricultores que firman el acuerdo se convierten en "responsables" de una determinada área plantada y los comerciantes sólo venden semilla a los productores que están dispuestos a asumir las condiciones de venta.

Estas relaciones son reguladas por "contratos tipo" que contienen cláusulas de distinta índole: que permiten fijar condiciones de venta sobre el material cosechado; etiquetando la condición de variedad protegida; se prohíben o establecen condiciones para propagaciones consecutivas; se permite la visita de inspectores de parte del obtentor o su agente a la explotación; se entablan licencias directamente del obtentor con el productor de la cosecha o con el comercializador de la cosecha; se permite que el multiplicador de la variedad realice servicios de propagación exclusivamente para el que tiene la licencia del obtentor ("sub-license"); las regalías se establecen en relación al material cosechado ("end point royalty"), entre otras.

Estos contratos están teniendo lugar fundamentalmente en relación con frutas, plantas ornamentales y con determinados cultivos como la cebada (para la producción de malta) y el arroz[7] .

Si bien estas herramientas son defendidas por la industria de semillas como la mejor vía para compensar al obtentor por el uso de su variedad y para que esta compensación sea proporcional al beneficio conseguido por el agricultor en el campo, sin embargo, recibido muchas críticas por considerarse un abuso de la vía contractual privada, por lo que algunas organizaciones de la sociedad civil están pugnando por su prohibición en los países. Esta situación, añadida al resto de las herramientas tecnológicas y de propiedad intelectual mencionadas, conforman un panorama que es favorable al poder monopolístico de las compañías semilleras más fuertes en el mercado de agrícola, con un desbalance inequitativo en perjuicio del derecho tradicional del agricultor a guardar e intercambiar semilla (GRAIN, 2003).

4. ¿A QUIÉN BENEFICIA LA NUEVA LEGISLACIÓN SOBRE DERECHOS DE OBTENTOR?

Según Dutfield (2011), un régimen de derechos de obtentor ideal es aquel que consigue atraer inversiones en investigación tanto en relación con obtenciones vegetales destinadas a la nutrición y seguridad alimentaria de las poblaciones, sin perjudicar las tradiciones, los sistemas de cultivo y la diversidad existentes, como, por otra parte, apoyar cultivos que puedan generar riqueza local o nacional. Si bien todavía es excesivamente pronto para anticipar resultados en el Perú, es claro que de esta afirmación general surgen distintas preguntas que nos pueden ayudar a evaluar los potenciales impactos a futuro.

En términos de los beneficiarios: ¿en qué medida el nuevo régimen va a ayudar a promover la investigación y el mejoramiento agrícola a nivel nacional?; ¿cómo va a repercutir en el mejoramiento realizado por instituciones públicas?; ¿cómo va a afectar el mejoramiento realizado por el sector

7 Consultar *UPOV Symposium on Contracts in Relation to Breeders' Rights*. Ginebra, 31 de octubre del 2008.

privado?; ¿va a permitir la entrada de empresas de semillas nacionales al mercado?; ¿va a implicar una mayor presencia de las compañías extranjeras en el mercado nacional?, ¿cómo va a impactar sobre el agricultor nacional?, ¿va a beneficiar al agricultor dedicado a la exportación?, son algunas de las preguntas que habrá que tener en cuenta a la hora de evaluar cuáles pueden ser los impactos a futuro.

Desde la perspectiva de las variedades protegidas: ¿a qué cultivos va a beneficiar?; ¿cuáles van a ser ignorados por el régimen?; ¿cuáles son los perjudicados?; ¿va a afectar a los cultivos de exportación?; ¿va a impactar sobre los cultivos "marginales" o subutilizados? o ¿va a permitir la entrada de nuevos cultivos en el país?.

El escenario del que partimos en el Perú es de 177 solicitudes de certificados de obtentor[8] presentadas desde que existe un régimen de certificados de obtentor en el país (1996) hasta enero del 2012. El año de mayores solicitudes fue el 2011 con 29 peticiones, anteriormente, lo había sido el año 2010 con 23 y el 2009 con 21.

Cuadro 3. Certificados de obtentor por especie. Participación en porcentaje, hasta enero 2012.

Especie	Certificados de Obtentor otorgados %
Vid	24
Arroz	11
Palta	8
Maíz	8
Jojoba	8
Gipsophila	8
Granada	8
Fresa	5
Alcachofa	5
Limonium	3
Limón	3
Durazno	3
Marigold	3
Mango	3
Mandarina	3

En este mismo período, en relación con el país de origen de las solicitudes: 61 solicitudes proceden de Perú, 53 de Estados Unidos, 11 de Israel, 9 de Italia, 6 de Nueva Zelanda, 5 de Sudáfrica, 5 de Panamá, 4 de los Países Bajos, 3 de Venezuela, 3 de España, 3 de Australia, 3 de Brasil, 2 de México, 2 de Paraguay, 2 de Colombia, 1 de Chile, 1 de Chipre y 1 de Alemania.

Del total, únicamente 38 solicitudes están vigentes en la actualidad, 51 están en trámite y el resto no se encuentran vigentes por abandono, suspensión, desistimiento, caducidad e inadmisibilidad. De los certificados de obtentor vigentes, el 35% es de Estados Unidos de América; 24%, de Perú; 15%, de Israel; 12%, de Sudáfrica; 9%, de Brasil; 9 %, de los Países Bajos; 3%, de Nueva Zelanda; 3%, de Chipre y 3% de México.

Como vemos, la mayoría de las solicitudes se refieren a frutales, especies ornamentales, oleaginosas, cereales y vid, con escasa participación de hortalizas. Se podría afirmar que la mayoría de las especies están enfocadas al mercado de exportación.

En comparación con la situación descrita, ¿qué repercusión ha tenido la ratificación por el Perú de UPOV 91?[9] . En un período de tiempo inferior a un año se han recibido un total de 34 solicitudes. De estas, la mayoría proceden del Perú, seguido de Estados Unidos de América, Nueva Zelanda, Australia y España. En relación con las especies, es preciso destacar la introducción de nuevas variedades que anteriormente no estaban presentes (ej. arándano y frambuesas).

Del total de 13 solicitudes presentadas por Perú, es preciso igualmente señalar que 6 corresponden a solicitudes presentadas por INIA (referidas a triticale forrajero, arroz, trigo, maíz chalero y frijol clase comercial - caraota y panamito-). La participación del sector privado peruano es en marigold, a lo que se han añadido nuevas especies como alcachofa sin espinas, cacao y kion.

8 Información obtenida de INDECOPI. Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías. Seminario sobre la protección de las obtenciones vegetales. *"La protección de las obtenciones vegetales en el Perú"*. Enero 2012.

9 Información proporcionada por la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías de INDECOPI. 29 Febrero 2012.

Cuadro 4. Solicitudes de certificados de obtentor presentadas desde la entrada en vigor del Reglamento PVV (desde el 15/04/2011 hasta el 29/02/2012)

CULTIVO	Australia	Chile	España	Israel	Italia	Nueva Zelanda	Panamá	Perú	USA	TOTAL
Alcachofa sin espinas								1		1
Arándano	3									3
Arándano de matorral norteño						3				3
Arándano gigante			2							2
Arándano ojo de conejo						2				2
Arroz								1		1
Flor de sangre (Asclepias Curassavica)								1		1
Vid, (Vitis vinifera L.; Blanc seedless)							1			1
Cacao								1		1
Frambuesa					1					1
Frijol clase comercial caraota o black tourttle								1		1
Frijol clase comercial navy o panamito								1		1
Granado									1	1
Kion								1		1
Maíz chalero								1		1
Mandarino			1	2					1	4
Marigold								3		3
Trigo								1		1
Triticale forrajero								1		1
Uva de mesa		1							1	2
Vid									2	2
TOTAL	**3**	**1**	**3**	**2**	**1**	**5**	**1**	**13**	**5**	**34**

Fuente: INDECOPI. Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías. 2012.

En relación con la experiencia de otros países con fuerte tradición en derechos de obtentor, merece prestar atención a los estudios realizados en Holanda, que constituye uno de los tres primeros países del mundo en términos de valor de las exportaciones de semillas y materiales de plantas. Lowaars et al. (2010) indican que en el año 2008 se presentaron en dicho país 3,012 solicitudes, de las cuales el 54% se referían a nuevas variedades de plantas ornamentales, 26%, a cereales (“arable crops”); 14%, a hortalizas; y 6%, a frutales. Se destaca el que las solicitudes de certificados de obtentor son muy limitadas en relación con la gran variedad de hortalizas existente, debido a que la vida económica de la variedad -

cuando se extraen los mayores beneficios- coincide con el período de otorgamiento del certificado de obtentor (1 a 2 años) y a que, en su mayoría, se trata de híbridos que no pueden ser reproducidos. En contraste, la participación es muy alta en plantas ornamentales, en donde la "exención del obtentor" ha jugado un rol esencial para el desarrollo de esta industria. Asimismo, se da una alta concentración empresarial en relación con los cereales, oleaginosas y hortalizas (5 empresas copan el 50% del total de las solicitudes), en contraposición con las solicitudes de variedades ornamentales y frutales, en donde existe una mayor dispersión empresarial. Por último, el estudio indica que el número de variedades con certificados de obtentor no es un buen indicador para determinar la fortaleza en innovación de las compañías (Lowaars et al., 2010: 32).

Los derechos de obtentor favorecen la explotación comercial de semillas y, por ello, benefician a empresas que ya cuentan con una trayectoria en los mercados agrícolas y de semillas. En particular, las empresas semilleras de Estados Unidos de América particularmente, de países de la Unión Europea (éstos últimos con mayor tradición en derechos de obtentor), pueden ver en ellos una herramienta para dotar de seguridad a sus inversiones beneficiadas por los acuerdos bilaterales de comercio.

Por otra parte, las empresas de semillas con base en países desarrollados se interesan cada vez más por los mercados de los países en vías de desarrollo, unas veces mediante la absorción de empresas nacionales, otras, mediante el uso de territorios para la produccion de vegetales para la exportación. A menudo se trata de plantas ornamentales u hortalizas de fuera de temporada para los mercados europeo o norteamericano. De ahí que, principalmente durante los primeros años, la experiencia demuestra que la gran mayoría de las solicitudes provienen de empresas extranjeras (Dutfield, 2010).

Los derechos de propiedad intelectual también pueden servir para dar entrada a compañías nacionales en el mercado agrícola. Este es el caso, particularmente, de las empresas dedicadas a cultivos de exportación, al permitir que empresas nacionales puedan tener acceso a nuevas variedades para la exportación. No obstante, en estos supuestos no es claro el rol incentivador de los derechos de obtentor como motor de la investigación y el mejoramiento agrícola nacional. Particularmente, el aprovechamiento de la gran biodiversidad que tiene el Perú por las compañías nacionales debe tenerse en cuenta y considerarse este nuevo régimen de forma estratégica como forma de protección y desarrollo nacional.

En particular, la doctrina señala que los derechos de obtentor no implican necesariamente el que vaya a haber una mayor inversión por parte del sector privado, sobre todo referida a cultivos no híbridos, a no ser que se prohíba la resiembra, aspecto impensable en algunos países por ir en contra de la tradición agraria nacional. No obstante, el mismo hecho de establecer un sistema que impida que las empresas de semillas no se puedan apropiar fácilmente de las variedades desarrolladas por la competencia, puede fortalecer la industria de semillas del país (Minot y Smale, 2007).

En relación con las instituciones públicas, como INIA, el desarrollo de políticas de propiedad intelectual se ubica en un escenario de una paulatina disminución de la inversión pública en la investigación agrícola y de promoción de aquellas actividades que puedan implicar la generación de ingresos públicos. Por ello, la posibilidad de otorgar licencias a las empresas particulares es vista como una manera de generar ingresos a partir del desarrollo de variedades públicas. Esta posibilidad, se halla expresamente recogida en el Art. 46.2 del nuevo Reglamento de la Ley General de Semillas (aprobado por DS Nº 006-2012-AG, de 1 de junio del 2012) al prever que los organismos públicos puedan conceder licencias de explotación al sector privado sin carácter de exclusividad, siempre que dichos organismos sean titulares de derechos registrados en el Registro Nacional de Variedades Vegetales Protegidas. En este caso, los particulares deberán pagar, además del valor de adjudicación, un porcentaje de regalía (fijado por el organismo público) sobre la venta total de la semilla que comercialicen.

En este ámbito, la experiencia indica que los derechos de obtentor son una herramienta útil para el desarrollo de una industria semillera privada, siempre que cuente con semilla básica o prebásica procedente del sector público, más que como un mecanismo de ingreso de regalías por parte de los institutos de investigación y mejoramiento públicos (Minot y Smale, 2007).

Las mayores críticas se centran en que los derechos de propiedad intelectual favorecen el destino de la investigación pública hacia cultivos que son más comerciales, en perjuicio de otros que son más necesarios para la seguridad alimentaria del país. En concreto, se cuestionan los impactos que ello puede tener en la desviación de la investigación en detrimento de los cultivos de mayor importancia para los pequeños agricultores y los cultivos subutilizados, y a favor de los agricultores de producción comercial a gran escala. Finalmente, se desatienden las necesidades de los campesinos de menores recursos y se olvidan otros programas que atienden a las necesidades de los campesinos como los de mejoramiento participativo (Lowaars *et al.*, 2005).

Desde la perspectiva de los agricultores, existe una demanda por tener acceso a diversidad de variedades pero, sobre todo, por tener opciones de calidad que se adapten a condiciones agroclimáticas muy especificas. Sin embargo, es común que estas demandas de semilla específica, al tratarse de mercados menores no sean atendidas por las instancias privadas de investigación y mejoramiento. En este sentido, Lowaars *et al.* (2010) señalan la experiencia de países como Holanda y los países Escandinavos, donde en la actualidad los agricultores nacionales no tienen semilla apta para sus especificas condiciones agroclimáticas, ante la paulatina desaparición de los programas de mejoramiento nacionales y el dominio de las multinacionales, que no están interesados en suplir estos sub-mercados.[10]

5. REPERCUSIONES PARA LOS PEQUEÑOS AGRICULTORES

El agricultor peruano se mueve en el dilema de ser un consumidor de escasos recursos y, por otro lado, demandante de semillas de calidad y variedades específicas que puedan responder a las condiciones a campo abierto, de gran heterogeneidad y cada vez más amenazadas por los riesgos del cambio climático. El 90% de estos agricultores funcionan en un sistema informal de aprovisionamiento de semilla, con predominio de la autosuficiencia y bajo consumo de semilla certificada [11]. En este sistema agrícola se basa la alimentación del peruano y la preservación del acervo genético del país como centro de origen y de diversificación agrícola.

En el Perú, la mayoría de agricultores todavía valoran la libertad de reproducir su propia semilla y el intercambio forma parte de la identidad cultural, incluida la gastronómica. La capacidad de compra de la semilla, la condicionan a la libertad de poder venderla después como resultado de su propia cosecha. Así, estudios realizados por Hidalgo (2008:11) sobre la provisión de semilla de calidad de papa nativa, confirman esta aseveración y, asimismo, que las semillas se "refrescan" a través del intercambio que periódicamente ocurre en ferias o directamente entre productores.

Es más, muchos de los mecanismos utilizados para inyectar semilla de calidad en el sistema productivo peruano radican en el mejoramiento que tiene lugar en el sistema formal de semillas y en la multiplicación y diseminación de la semilla de calidad mediante las redes sociales propias del sistema informal.

El intercambio de semilla en el Perú, sin embargo, cumple una función esencial, no solo para la recreación de la diversidad agrícola, sino también para hacer frente a situaciones de escasez de material reproductivo adecuado, para permitir la rotación de cultivos y garantizar la subsistencia de las comunidades. Sin embargo, el sistema de UPOV 91, por el contrario, no permite el intercambio de semilla y su reutilización por el propio agricultor esta sometida a grandes restricciones.

UPOV reconoce limitar el derecho del obtentor en los casos de uso privado y no comercial, pero esta posibilidad es interpretada en el sentido restrictivo de que toda la producción debe ser consumida enteramente en el hogar familiar, por la familia del agricultor. Esta situación no obedece a la realidad peruana, donde es frecuente que el agricultor no consuma todo lo que produce y acuda al mercado local con el resto de lo que le ha sobrado de la cosecha. Esta es una manera de conseguir ingresos económicos coyunturales (para la compra de herramientas, pago de escuela y atención de salud), como también lo realiza con la venta de sus animales menores (cuyes, aves, corderos y cabritos) y productos derivados (lana, fibra, chalona, charqui, entre otros). Una de las vías que se propugna como solución es la de interpretar el intercambio de material genético como un acto con fines privados y no comerciales.

Por lo anterior, las restricciones impuestas a las prácticas tradicionales de guardar e intercambiar semillas son uno de los elementos más conflictivos de la regulación de UPOV. OXFAM (2007) manifiesta que estas restricciones tienen por finalidad aumentar el poder en el mercado de ciertos proveedores de semilla, elevando los precios y permitiendo que compañías internacionales capturen el mayor segmento de ganancias derivadas de la actividad agrícola, más que los propios trabajadores del campo. Para otros, el no permitir las "prácticas consuetudinarias de uso de los recursos biológicos", entre los que se encuentran las de guardar semillas para su reutilización e intercambio, iría en contra del propio Convenio de Diversidad Biológica (Art. 10, 1996) (Cabrera, 2010), de los derechos humanos y del derecho a la alimentación (De Schutter, 2009).

En general, el régimen de derechos de obtentor

10 En concreto, los autores mencionan el problema que enfrentan los agricultores de los países escandinavos, que si bien su demanda se dirige hacia variedades que puedan sorportar los largos periodos invernales, ésta no es atendida por las compañias de semillas debido a las limitadas dimensiones del mercado.

11 Según el Programa Especial de la Autoridad en Semillas (PEAS-DEA) del INIA, la tasa promedio de uso de semilla certificada fue de únicamente el 9,43% en la cosecha 2010-2011.

únicamente tiene por objetivo el fortalecer la posición del obtentor de nuevas variedades y defender sus derechos. No se contempla ninguna cláusula que reconozca al campesino como desarrollador de sus propias variedades. El agricultor es, en este contexto, únicamente el consumidor de un producto y el derecho de obtentor impide que las semillas sean de libre circulación. Con ello, se obliga al agricultor a comprar semilla a las compañías al inicio de cada estación de siembra, y, sobre todo, se ilegaliza o "criminaliza" el mismo acto esencial de la agricultura que es reproducir, usar semillas para la próxima siembra, y poder intercambiarlas y venderlas en los mercados locales.

Igualmente, al centrarse en el último eslabón de la cadena de los procesos biológicos, este sistema ignora los sistemas locales de conocimiento, incluso a pesar de que gracias a éstos puede disponer del material genético con el que realizar su actividad de mejoramiento. Por mucho que UPOV reconoce la importancia de acceder a diversidad de material genético, tanto a cultivos nativos como a parientes silvestres, como un elemento imprescindible para el mejoramiento agrícola, sin embargo, en ningún caso se contempla la posibilidad de reconocer la contribución de los agricultores en la conservación y generación de este stock genético.

Esta es una característica que es propia de UPOV únicamente: otros países han optado por sistemas que, si bien reconocen los criterios similares a UPOV a la hora de reconocer derechos al obtentor, en paralelo reconocen, también, los de los agricultores, así como la regulación del acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios. Así, sistemas como el de la India, prevén que el agricultor también pueda presentar solicitudes para proteger sus variedades tradicionales, a las que agrega valor a través de la selección e identificación de sus propiedades útiles. También se consigna la necesidad de declarar el origen geográfico del material utilizado en las solicitudes de certificados de obtentor. Por el contrario, el sistema de UPOV, creado en Europa en 1961, no fue ideado para atender a estos sistemas de semillas diferentes ni a la necesidad de conservar la diversidad agrícola como materia prima que permita continuar con las actividades de mejoramiento (Cabrera, 2010).

En relación con las variedades objeto de la protección, el sector privado, en la búsqueda de ganancias, únicamente se centra en aquellas que le son lucrativas. A las compañías les interesan las necesidades del agricultor con capacidad de compra, de renovación y ágil reemplazo de semilla. Su negocio no es el de cubrir la demanda de semilla de calidad del agricultor que se maneja en las áreas no irrigadas, sin capacidad para adquirir insumos, o donde el índice de reemplazo de semilla es muy bajo.[12]

UPOV, por otra parte, tampoco es un sistema apto para el reconocimiento de las variedades tradicionales, locales o *landraces* que no responden a las exigencias de homogeneidad y estabilidad requeridas en los sistemas creados para reconocer las nuevas variedades (por estar en permanente evolución). Por este motivo, UPOV ha sido criticado por promover la homogeneización genética y el monocultivo.

Finalmente, el hecho de que la regulación exista en exclusiva para promover un sistema agrícola de tipo industrial puede la autonomía del campesino a la hora de adoptar sus decisiones productivas y procurar su subsistencia. Ello puede polarizar aún más la agricultura peruana y desplazar al agricultor con menores recursos, soporte tecnológico e información, expulsándolo definitivamente del mercado. Ello también pone en peligro la seguridad en semillas nacional y la capacidad de la agricultura familiar de adaptarse al cambio climático al no tener acceso a suficiente y diversa semilla de calidad.

Dadas las circunstancias, algunos expertos en el país consideran que, sin embargo, es preciso reflexionar sobre las posibilidades que el nuevo sistema puede implicar en la protección de las nuevas variedades de cultivos nativos (muchos de ellos cultivos subutilizados) que son insumos de nuevos mercados, como el gastronómico, para su puesta en valor y el desarrollo de nuevas especies de uso en agricultura, y para su promoción y difusión a nivel internacional.

6. CONCLUSIONES

El Perú deberá ahondar en la necesidad de buscar un balance entre proteger los derechos del obtentor y de los agricultores a guardar e intercambiar semilla. Esto es de importancia, ante todo, porque UPOV 91 se presenta como "un sistema de mínimos", en donde se fija un ámbito mínimo de protección a partir del cual los mejoradores pueden establecer mayores exigencias y prohibiciones en el uso de las variedades protegidas. Esta situación ya está teniendo lugar mediante cláusulas contractuales que se imponen a los agricultores en donde se prohíbe la resiembra. Por ello, el

12 A modo de ejemplo, según el Instituto Cuánto (2008:5), en el Perú las semillas de las variedades híbridas de papa se renuevan en la costa anualmente, en la sierra cada tres años, y las papas nativas de color son renovadas, en promedio, cada cuatro años. Las otras variedades nativas, cada siete años.

establecimiento de disposiciones que prevean la nulidad de este tipo de cláusulas debería ser considerado.

En atención a la realidad del país y al tipo de agricultura predominante, se deben dar las condiciones para permitir el reuso y la reutilización de semilla por el agricultor sin limitaciones de ningún tipo y sin pago adicional. En esta misma dirección, se hace necesaria una legislación de semillas complementaria a la dedicada a la agricultura comercial, que reconozca la agricultura mayoritaria en el país y su importancia para seguridad alimentaria nacional. En este punto, el desarrollo de un nuevo reglamento que reconozca y fortalezca los sistemas tradicionales de producción y comercialización de semilla (en ejecución del Art. 11 del nuevo Reglamento de la Ley General de Semillas) es absolutamente necesario a fin de dotar al país de un sistema inclusivo e integrado de semillas de calidad.

Ante la proyección de los derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales, es preciso un marco regulatorio que reconozca al campesino como generador de variedades tradicionales y que se establezcan criterios de identificación y certificación propios que permitan preservar las practicas de conservar, compartir y volver a plantar semillas, es decir, de multiplicación y distribución amplia de semilla nativa de calidad. Las variedades más heterogéneas de cultivos nativos han de tener su representación en el sistema de certificación, así como las resultantes de programas de mejoramiento participativo[13].

Es urgente, por ello, que se establezca un marco normativo y de política más integrador[14], en donde junto con los derechos del fitomejorador exista un reconocimiento a la necesidad de conservar la diversidad agrícola, los derechos del agricultor y a compensarle por su contribución al mantenimiento de los recursos genéticos y de la diversidad agrícola. Las iniciativas que han dado lugar a la creación de un Registro de Variedad Nativa de Papa y de Maíz, con descriptores locales de maíz y papa, o al Registro de Conocimientos Tradicionales son medidas importantes y loables pero no suficientes a la luz del nuevo contexto. Ahora, son necesarias nuevas herramientas que, desde el ámbito legislativo, ayuden a hacer efectivo este balance y que permitan una mejor comunicación entre el sector formal e informal de semillas. Lo contrario, puede repercutir de forma negativa en la disponibilidad y el acceso a semilla de calidad por parte del agricultor peruano.

BIBLIOGRAFÍA

Blakeney, M. 2007 "Plant Variety Protection, International Agricultural Research, and Exchange of Germplasm: Legal Aspects of Sui Generis and Patent Regimes". En: Krattiger A, RT Mahoney, L Nelsen, JA Thomson, AB Bennett, K Satyanarayana, GD Graff, C Fernandez, and SP Kowalski (eds). 2007. Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices. MIHR: Oxford, U.K., and PIPRA: Davis, California, U.S.A. Available online at www.ipHandbook.org.

BEDE/RSP, 2011. Seeds and Farmers' Rights. How international regulations affect farmer seeds. BEDE Association. Montpellier, Francia.

CGRFA-13/11/INF.13, 2011. Strengthening seed systems: gap analysis of the seed sector. Commission on Genetic Resources for Food and Agriculture. Thirteenth Regural Session. Rome, 18-22 July 2011.

Cabrera, J. (2010). Bioderecho. Propiedad intelectual, comercio y ambiente. Posibilidades y opciones para establecer sinergias entre los sistemas de propiedad intelectual y los tratados ambientales. Colección Ágora. SEP.

De Haan, Almekinders, C., Thiele, G. y Scurrah, M. 2009 Farmer seed systems and infraspecific diversity of potato in Peru's central Highlands En Potato diversity at height: Multiple dimensions of farmer-driven in situ conservation in the Andes (De Haan, S.). Universidad de Wageningen. Wageningen, Holanda.

[De Schutter, 2009]. Asamblea General de la ONU. 2009. Las políticas de semillas y el derecho a la alimentación: mejora de la biodiversidad de la agricultura y fomento de la innovación. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Oliver De Schutter. (A/64/170). 23 de julio de 2009.

Dutfield, G. 2011. Alimentos, diversidad biológica y propiedad intelectual: El papel de la UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales). Publicación sobre asuntos económicos globales. Documento temático sobre propiedad intelectual Nº 9. Quaker United Nations Office.

[ESA 2008] European Seed Association. 2008. Position on farmer´s rights. Brussels, 28.11.2008

[GRAIN 2003]. Genetic Resources Action International. 2003. Farmers privilege under attack. Barcelona. GRAIN.

[GRAIN 2005]. Genetic Resources Action International. 2005. Africa's seed laws: Red carpet for the corporations. Barcelona. GRAIN.

[GRAIN 2007]. Genetic Resources Action International. The end of farm-saved seed?. Industry´s wish list to the next revision of UPOV. GRAIN Briefing. February 2007.

13 La Seed Act 2045 de Nepal de 1988 estableció, por ejemplo, excepciones al requisito de uniformidad para el registro de la variedad de arroz nativo *Jethobhudo* resultante del mejoramiento participativo con los agricultores con gran demanda en el país.

14 En armonía con lo dispuesto en el Tratado Internacional de los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura del que el Perú es parte contratante desde el año 2004.

Helfer, L. 2002. Derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales: una visión de conjunto con opciones para los gobiernos nacionales. Estudio legislativo de la FAO en línea Nº 31. Julio 2002.

Hermann, M., Amaya, K., Latournerie, L. y Castiñeiras, L. (Eds.). 2009. ¿Cómo conservan los agricultores sus semillas en el trópico húmedo de Cuba, México y Perú?. Experiencias de un proyecto de investigación en sistemas informales de semillas de chile, frijoles y maíz. Bioversity International. Roma, Italia. 2009.

Hidalgo, O. 2008. Diagnóstico de los sistemas de producción de semilla de papa enfocado a las variedades nativas. , CIP-INNOVA.

INIA-SUDIRGEB, Instituto Nacional de Investigación Agraria-Subdirección de Recursos Genéticos y Biotecnología 2007. Mecanismos Tradicionales de Intercambio de Semillas Proyecto Perú Conservación in situ de los cultivos nativos y sus parientes silvestres PER/98/G33. INIA. Lima, Perú. Mayo 2007.

INIA, Instituto Nacional de Innovación Agraria. 2010. Plan Estratégico Institucional 2010 - 2014. Proyecto Modernización del Sistema de Investigación Agraria para la Competitividad. Oficina General de Planificación - Oficina de Planeamiento INIA. Lima, Perú. Marzo 2010.

[ISF 2009] International Seed Federation. ISF View on intellectual property. 2009. www.worldseed.org

Lesser, W. 2007 "Plant Breeders' Rights: An Introduction". En: Krattiger A, RT Mahoney, L Nelsen, JA Thomson, AB Bennett, K Satyanarayana, GD Graff, C Fernandez, and SP Kowalski (eds). 2007. Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices. MIHR: Oxford, U.K., and PIPRA: Davis, California, U.S.A. Available online at www.ipHandbook.org.

Louwaars, N. P., Tripp, R., Eaton, D., Henson-Apollonio, V., Hu, R., Mendoza, M., Muhhuku, F., Pal, S. y Wekundah, J. 2005. Impacts of Strengthened Intellectual Property Rights Regimes on the Plant Breeding Industry in Developing Countries. A Synthesis of Five Case Studies. Wageningen UR. The Netherlands

Louwaars, N., Dons, H., van Overwalle, G., Raven, H., Arundel, A. Eaton, D. Nelis, A. 2009. Breeding Business. The future of plant breeding in the light of developments in patent rights and plant breeder´s rights. Centre for Genetic Resources. The Netherlands. Wageningen University and Research Centre. The Netherlands. December 2009.

Ministerio de Agricultura. 2012. Plan Estratégico Sectorial Multianual del Ministerio de Agricultura 2012 - 2016. Oficina de Planeamiento y Presupuesto Unidad de Política Sectorial. Abril 2012.

Minot, M y Smale, M. (2007) "Seed Production". En: Seed development programs in sub-Saharan Africa: A review of experiences. Rockefeller Foundation Nairobi, Kenya.

OXFAM. 2007. Signing away the future. Oxfam Briefing Paper. March 2007.

Santilli, J. 2012. Agrobiodiversity and the Law. Regulating genetic resources, food security and cultural diversity. Earthscan. Oxon, UK.

Scurrah, M., Andersen, R. y Winge, T. (2009). Los derechos del agricultor en el Perú: Las perspectivas de los agricultores. Estudio de antecedentes 8. The Fridtjof Nansen Institute. Lysaker, Noruega. 2009.

Thiele, G. (1999). Informal potato seed systems in the Andes: Why are they important and what should we do with them? World Development, 27(1), 83-99. doi:10.1016/S0305-750X(98)00128-4

UPOV Symposium on Contracts in Relation to Breeders' Rights. Geneva, October 31, 2008. Presentación en power point. Mrs. Carmen Gianni, Coordinator of Intellectual Property Area, Instituto Nacional de Semillas (INASE), Argentina y Mr. Chris Green, Senova Limited, United Kingdom.

WIPO-UPOV. 2002. WIPO-UPOV symposium on the coexistence of patents and plant breeders´rights in the promotion of biotechnological developments. WIPO-UPOV/SYM/02/2. October 23, 2002. Geneva.

WIPO. 2011. How the private and the public sectors use intellectual property to enhance agricultural productivity. Proceedings of a seminar at the World Intellectual Property Organization (WIPO). Global challenges report. Food security and intellectual property. Geneva. June 14, 2011.

SPDA - Serie de Política y Derecho Ambiental

Director Ejecutivo: Pedro Solano

Edición: Manuel Ruiz

La Serie de Política y Derecho Ambiental de la SPDA publica artículos, investigaciones y documentos de interés para la enseñanza, difusión y reflexión académica y política.

El presente Nº de la Serie de Política y Derecho Ambiental es posible gracias al International Development Research Centre (IDRC), y una donación del Gobierno de Canadá a través del Food Security Research Fund (CIFSRF) del Canadian International Development Agency (CIDA)

Las opiniones expresadas en este artículo, no comprometen a IDRC ni a CIDA, son responsabilidad exclusiva del autor.

Prol. Arenales 437, Lima 27, Perú. Telf.: +51-1-441-9171 +51-1-422-2720 Fax: +51-1-442-4365
e-mail:postmast@spda.org.pe

© 2012 Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.