

La aprobación del UPOV 91: La biodiversidad como objeto de propiedad intelectual. Análisis crítico

The adoption of UPOV 91: Biodiversity as an object of intellectual property. A critical analysis

Eliana Barrera Miranda

Universidad de Chile, Chile

Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
LL.M (Distinction) International Development Law and Human Rights de la Universidad de Warwick.
e.barr.100@gmail.com

Alejandra Donoso Cáceres

Universidad de Chile, Chile.

Licenciada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante de Investigación del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile.
alejandradosocaceres@gmail.com

RESUMEN

El siguiente trabajo tiene como objetivo obtener una visión crítica sobre el significado de la incorporación de UPOV 91 en el ordenamiento jurídico chileno con respecto a la protección de los derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales. Se atenderá al contexto que resultó en su aprobación, desde las negociaciones del ADPIC a la firma de un Tratado de Libre Comercio con EE.UU. Se llevará a cabo un análisis de las disposiciones de UPOV 91 que promueven una mayor protección de los derechos de propiedad intelectual, en particular el de los derechos de obtentor y el "privilegio de los agricultores", para luego enmarcar estas disposiciones dentro de una visión de desarrollo que se rige por el criterio del crecimiento económico.

Palabras clave: UPOV, Biodiversidad, variedades vegetales, propiedad intelectual, ADPIC.



SUMMARY

The following paper aims to get a critical insight into the meaning of the incorporation of UPOV 91 into the Chilean legal system with regards to the protection of intellectual property rights over plant varieties. The context that led to its incorporation, from TRIPS negotiations to the signing of a Free Trade Agreement with the US will be looked at. This paper will then carry out an analysis of UPOV 91's provisions towards a broader protection of intellectual property rights, specifically that of plant breeder's rights and farmer's rights, in order to then frame these provisions within a vision of development which is equated to economic growth.

Key words: UPOV, Biodiversity, plant breeder's rights, intellectual property rights, TRIPS.



Introducción

En mayo de 2011, tras una larga discusión legislativa y en medio de un fuerte debate ciudadano, el Oficio Nº 9471 comunicó al Presidente de la República la aprobación por parte del Congreso chileno del texto del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV, por sus siglas en inglés), modificado por el Acta de 1991. (Boletín 6426-2010). Chile ya era miembro de esta Unión, al suscribir el texto del UPOV del Acta de 1978. Las diferencias existentes entre el UPOV 78 y el UPOV 91 implican -a grandes rasgos- un aumento de la protección de los derechos del obtentor, en desmedro de los derechos de los agricultores.

Esto ha generado un amplio debate sobre el efecto de la aplicación del UPOV 91 en Chile, al punto de haberse presentado un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por parte de un grupo de Diputados en su contra. En él, se solicitaba dejar sin efecto la aprobación del Convenio por vulnerar las garantías constitucionales contenidas en los artículos 19 N°s 2, 8, 22 y 24. Lo interesante en este recurso fueron los argumentos esgrimidos por la parte recurrente y la forma en que todos fueron desechados por el Tribunal Constitucional, descartando todas las posibles implicancias negativas que el Convenio pudiere tener sobre los bienes jurídicos protegidos por dichas garantías.

El presente artículo comienza con un análisis de la historia y contexto de la negociación desde sus inicios hasta la aprobación del UPOV 91, particularmente desde el punto de vista de la adopción de este instrumento en desmedro de otros, como uno de los compromisos adquiridos con el Tratado de Libre Comercio con EE.UU. (TLC). En cuanto a las disposiciones del TLC, se considerarán relevantes para este artículo las normas sustantivas respecto a propiedad intelectual. Posteriormente, analizaremos las disposiciones del UPOV 91, enfatizando las diferencias existentes entre esta versión y la que regía en Chile con anterioridad- el Acta de 1978- y sus consecuencias. Si bien existen una serie de diferencias que se pueden explorar, el presente artículo se centrará en las disposiciones que regulan el derecho del obtentor y el "privilegio del agricultor".

Tras analizar el contexto en el que se aprobó el UPOV 91 y las consecuencias que su promulgación y posterior publicación pudieren tener como parte del ordenamiento jurídico interno, concluimos que es el modelo de desarrollo como crecimiento económico el que ha sentado las bases de la privatización y posibilidad de patentar una variedad vegetal, con las implicancias negativas que ello tiene y haciendo -en consecuencia- una crítica a dicho modelo económico desde el punto de vista del desarrollo sustentable.



1. Historia y contexto de la negociación y aprobación del UPOV 91

La comunidad internacional se reunió en 1986 en la Ronda de Uruguay con el fin de llegar a un acuerdo sobre los tratados de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Parte de este acuerdo, tras la insistencia de EE.UU.¹, implicaba acatar el Anexo 1C del Acuerdo sobre "Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio" (TRIPS, por sus siglas en inglés)². De esta forma, la regulación sobre propiedad intelectual se incluyó dentro de un foro cuya primordial función era el libre comercio. Así, aquéllos que no adaptaran su régimen de propiedad intelectual estarían sujetos a diferencias de trato en cuanto a aranceles y tarifas, al no estar sujetos al régimen de la OMC.

Bajo este foro de negociación, las exigencias a las que Chile está sujeto en relación a las variedades vegetales, se encuentran reguladas en el artículo 27.3 (b)³. Este artículo permite que los Estados excluyan a las variedades vegetales como material patentable y así optar entre patentarlas o elegir un sistema *sui generis* de carácter efectivo. Así se permiten ciertas flexibilidades en cuanto a elegir cuál mecanismo *sui generis* de propiedad intelectual adoptar.

Si bien no es el objeto de este artículo discutirlo a fondo, cabe decir que este mecanismo permite que los Estados miembros obtengan un rango -si bien limitado- de flexibilidad en cuanto a determinar la proporcionalidad entre el derecho de obtentores por un lado, y el de agricultores por el otro. En este sentido, las decisiones internas de un Estado determinan cuál mecanismo usar, con tal de proteger los derechos de los obtentores. Esto último, dentro de un contexto limitado de negociación por parte de países no industrializados. Autores como Shiva⁴ han destacado el *lobby* por parte de la industria de las semillas para que exista una uniformidad de criterio en cuanto al mecanismo de protección *sui generis*, optando por la aplicación del UPOV como el

1 BRENNER, Carliene. *Intellectual property rights and technology transfer in developing country agriculture: rhetoric and reality*. OECD DEVELOPMENT CENTRE Working Paper No. 133. Formerly Technical Paper No. 133. [en línea] <<http://www.oecd.org/dev/1922525.pdf>> [consulta: 30 mayo 2013] p. 13.

2 OMC. *Propiedad Intelectual: protección y observancia* [en línea] <http://wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm7_s.htm> [consulta: 30 mayo 2013].

3 Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Ginebra. 1994.

4 SHIVA, Vandana. *Biodiversity Totalitarianism IPRs as Seed Monopolies Source. Economic and Political Weekly*, Vol. 32, No. 41 (Oct. 11-17, 1997), pp. 2582-2585 Published by: Economic and Political Weekly. [en línea] <<http://www.jstor.org/stable/4405943>> [consulta: 30 mayo 2013] p. 2582.

adecuado. Helfer resalta como los intereses de países industrializados, tales como EE.UU. y Japón, deseaban limitar esta flexibilidad impulsando el UPOV 91 como el estándar para que el mecanismo *sui generis* fuese efectivo⁵.

Por otro lado, países en desarrollo con mayor poder de negociación como India y Brasil, argumentaban la posibilidad de revisar si un mecanismo *sui generis* incluso permitía definir si los derechos de propiedad intelectual eran aplicables a las variedades vegetales.⁶ El impacto de los países no desarrollados, junto con la sociedad civil se manifestó en la declaración de Doha. Ésta, en su párrafo 19 establece que, al revisar el significado del artículo 27.3, el Consejo de TRIPS se debe guiar por los principios y objetivos de los artículos 7 y 8 del mismo cuerpo legal, velando por la *development dimension*⁷.

Previamente a la OMC, otros foros eran los utilizados para discutir materias relacionadas con propiedad intelectual, entre ellos la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (WIPO, por sus siglas en inglés) y tratados bilaterales. Así, Correa⁸ destaca que durante la negociación de TRIPS, EE.UU. perseguía acuerdos bilaterales que incluían la protección de derechos de propiedad intelectual. Tras la objeción por parte de países en desarrollo, en cuanto a flexibilidades relacionadas a la propiedad intelectual, EE.UU. -el primordial impulsor de la protección de la propiedad intelectual- optó por cambiar el foro desde las negociaciones multilaterales hacia las negociaciones bilaterales.

Estos tratados bilaterales se han denominado *TRIP-plus*. A través de ellos se busca no sólo incrementar la protección de la propiedad intelectual desde los estándares mínimos establecidos por TRIPS, sino que además restringir las flexibilidades para elegir un mecanismo *sui generis*⁹.

5 OXFAM INTERNACIONAL. *Briefing paper: Signing Away The Future. How trade and investment agreements between rich and poor countries undermine development* [en línea] <<http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/Signing%20Away%20the%20Future.pdf>> [consulta: 30 mayo 2013] p. 11.

6 HELFER R, Laurence. *Intellectual property rights in plant varieties International legal regimes and policy options for national governments for the Development Law Service. FAO Legal Office.* [en línea] <<http://ftp.fao.org/docrep/fao/007/y5714e/y5714e00.pdf>> [consulta: 30 mayo 2013] p. 84.

7 Declaración Doha WT/MIN(01)/DEC/W/1, en Helfer, op. cit, p. 84.

8 CORREA M, Carlos. *Tratados bilaterales de inversión: ¿Agentes de normas mundiales nuevas para la protección de los derechos de propiedad intelectual?* [en línea] <<http://www.grain.org/article/entries/130-tratados-bilaterales-de-inversion-agentes-de-nuevas-normas-mundiales-para-la-proteccion-de-los-derechos-de-propiedad-intelectual>> [consulta: 30 mayo 2013] p. 4.

9 CAMPUSANO, Raúl y MORAGA, Pamela. *Biotecnología, Propiedad Intelectual y Tratados Internacionales* [en línea] <<http://146.83.16.130/jornadasdp/archivos/Raul%20F.%20Campusano.pdf>> [consulta: 30 mayo 2013].



Organizaciones no gubernamentales como Oxfam¹⁰ han criticado la inclinación hacia el bilateralismo, pues las negociaciones multilaterales permitían disminuir de alguna forma la desigualdad en el poder de negociación de los países en desarrollo¹¹, a través de la negociación en conjunto. En negociaciones bilaterales esto se vuelve difícil. Agrega Oxfam¹² que el principio de la nación más favorecida es vulnerado a través de estos tratados. De esta forma, el Banco Mundial advirtió que “todos los países en vías de desarrollo perderían colectivamente si firmaran los acuerdos preferenciales con Canadá, la Unión Europea, Japón y Estados Unidos.”¹³.

Así, se puede concluir que en el foro de TRIPS, países como Chile -aunque con negociaciones no paritarias- tenían un poco más de flexibilidad para elegir el mecanismo *sui generis*, que al firmar el TLC con EE.UU.. A continuación nos detendremos en este tratado y su principal consecuencia en cuanto a propiedad intelectual sobre las variedades vegetales.

2. Diferencias entre el UPOV 78 y el UPOV 91 y sus consecuencias

2.1 UPOV 91 como regulación de derechos de propiedad intelectual sobre las variedades vegetales

Dentro del contexto de cambio de foros de negociación recién mencionado, resulta llamativa la disposición por parte de Chile -a diferencia de otros países no industrializados- de abrirse a la negociación bilateral. Según la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON)¹⁴, durante la ronda de Doha, Chile impulsó el libre comercio (en contra del proteccionismo -por ejemplo- de la agricultura europea). La Comisión

10 OXFAM INTERNACIONAL. Op. Cit., p. 5

11 Una herramienta utilizada como mecanismo de negociación por parte de EEUU fue el hacer uso de la sección 301 de su Trade Act de 1974 reforzada por el Trade and Tariff Act de 1984. Este mecanismo permite incluir a países que se consideran que no están velando por la propiedad intelectual en una lista, con el fin de restringir sus beneficios comerciales o imponerles cargas. Así, Chile fue considerado parte de esta lista entre 1988 y 1993 (DRAHOS, Peter. Developing Countries and International Intellectual Property Standard-setting [en línea] Commission on Intellectual Property Rights Study Paper 8., p. 722 y 725.

12 *Ibidem*. p. 7.

13 “(...) all developing countries would collectively lose if they were all to sign preferential agreements with Canada, the EU, Japan, and the United States” (Traducción nuestra). *Ídem*.

14 DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES INTERNACIONALES. *Chile 20 Años de negociaciones comerciales*. [en línea] Ministerio de Relaciones Exteriores <http://www.direcon.gob.cl/sites/default/files/bibliotecas/Libro_verchica.pdf> [consulta: 30 mayo 2013] p. 267.

Nacional para el Desarrollo de la Biotecnología¹⁵ entiende a la propiedad intelectual como un incentivo a la innovación, para luego ser ésta compartida con la sociedad. Así, destaca Andrés Rebolledo, ex Director de Asuntos Económicos Bilaterales de la DIRECON, que el diálogo con EE.UU. y la UE ha sido el "sello distintivo de la política comercial de Chile"¹⁶. De esta forma, tras cuatro meses de negociaciones, se llegó a un acuerdo sobre el TLC, para entrar éste en vigencia finalmente el 1 de enero de 2004¹⁷.

Sin embargo, la voluntad de Chile para firmar este tratado se encuentra sujeta a una serie de observaciones. Es curioso que, como comenta Morin¹⁸, pocos tratados bilaterales fueron firmados entre países industrializados o con países de grandes economías emergentes. Más bien, en general fueron firmados con países que se encuentran en una posición desigual en cuanto a negociación -como Chile- con deseos de crecimiento económico a través del libre comercio. Así, al incluir la protección de los derechos de propiedad intelectual dentro de tratados de inversiones o de libre comercio, éstos se convierten directamente en una inversión¹⁹. En este sentido, si bien se efectuó un cambio de foro de negociaciones, se vuelve al dilema en el que estaban los países no industrializados en la OMC: vincular el libre comercio y la propiedad intelectual, ahora sin la capacidad de negociar en conjunto.

El TLC regula la propiedad intelectual sobre variedades vegetales en su capítulo 17. El Artículo 17.1.3 a) establece que antes del 1 de enero del 2009, las Partes deberán ratificar o adherir a la Convención Internacional sobre la Protección de Nuevas Variedades Vegetales (1991). Desde ya, cabe recalcar que esta cláusula limitó la posibilidad de Chile de elegir un mecanismo *sui generis* bajo el alero de la OMC²⁰.

El Convenio UPOV data del año 1961, pero ha sido revisado en tres ocasiones: en los años 1972, 1978 y 1991. En el año 1996 Chile suscribió el Acta de 1978 del Convenio, para lo cual previamente, en el año 1996 dictó la Ley N° 19.342, que "Regula derechos de

15 COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LA BIOTECNOLOGÍA. *Informe al Presidente de la República*. Junio 2003 [en línea] <<http://latingene.files.wordpress.com/2011/08/informe-comision-nacional-biotecnologia.pdf>> [consulta: 30 mayo 2013] p. 60.

16 DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES INTERNACIONALES. Op. Cit., p. 69.

17 *Ibidem*. pp.135-137.

18 MORIN, Jean-Frédéric. Property in agriculture and bilateral agreements. Université libre de Bruxelles [en línea] <http://www.unamur.be/droit/crid/proprie/Bilaterals%20Agreements_MORIN.pdf> [consulta: 30 mayo 2013] p. 2.

19 CORREA. Op. Cit., p. 9.

20 HELFER. Op. Cit., p. 55.



obtentores de nuevas variedades vegetales y crea un Registro de Obtenciones Vegetales", (Ley de Obtentores) cumpliendo el mandato del artículo 30 del UPOV 78.

El año 2011 fue aprobado por el Congreso el Convenio UPOV 91, como uno de los compromisos adoptados por Chile con la firma del TLC con EE.UU. Ese mismo año, un grupo de parlamentarios interpuso un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que fue desestimado. Tras ese trámite, en mayo del 2013 finalmente se aprobó el Convenio UPOV 91, que a la fecha de redacción del presente artículo, aún no se encuentra publicado.

2.2 El Objetivo del UPOV 91 ¿Innovación o descubrimiento?

El objetivo del UPOV 91 es la protección de las obtenciones vegetales mediante un derecho de propiedad intelectual, elaborado para alentar a los obtentores a crear nuevas variedades vegetales²¹. Este objetivo se relaciona con el argumento instrumentalista que existe como principal justificación de la propiedad intelectual, y que implica proteger al inventor en contra de *free riders*. Los *free riders* utilizarían el resultado de la innovación, aun sin haber incurrido en las cargas en las que incurrió el obtentor, por la facilidad de replicabilidad propia de los vegetales²².

Sin embargo, surge acá la importancia de determinar la diferencia entre invención y descubrimiento. En el caso de variedades vegetales, su definición contemplada en el Artículo 1 vi) del UPOV 91, exige que [se considere] "como una unidad, habida cuenta de su aptitud a *propagarse sin alteración*" (énfasis añadido). El que deba propagarse sin alteración, da cuenta de que la variedad vegetal queda fuera del ámbito de las invenciones, y es algo simplemente natural²³.

Ello es contradictorio con la definición que UPOV 91 entrega de obtentor en su Artículo 1 (iv)²⁴, que incluye la posibilidad de proteger un simple descubrimiento. Esto ya se encuentra de forma explícita en la Ley de Obtentores, que en su artículo 2 a) define al obtentor -entre otras cosas- como el que de manera natural o genética ha descubierto

21 TERRAM. *Minuta Convenio UPOV 1991*, boletín N° 6426 Marzo 2011 [en línea] <http://www.terram.cl/images/minutas/minuta_terram-convenioupov1991.pdf> [consulta: 30 mayo 2013]

22 HELFER. Op. Cit., pp. 1 y 2.

23 KHOR, Martin. *Intellectual Property, Biodiversity and Sustainable Development. Third World Network*. Penang: Zed Books Ltd., 2002, p. 13.

24 HELFER. Op. Cit., p. 26.

una variedad. De esta forma se ha abierto la puerta a proteger los derechos de propiedad intelectual sobre todas las variedades vegetales aunque esto no requiera una innovación. Esto refleja la visión de los derechos de propiedad intelectual como una inversión o actividad económica²⁵, abarcando áreas antes no pensadas.

Paradójicamente, el otorgar derechos de obtentor sobre descubrimientos y no invenciones, restringe la motivación a innovar hacia el desarrollo de nuevas variedades, dejando de lado el argumento instrumental para el uso de los derechos de propiedad intelectual.

Esta paradoja tiene graves consecuencias en materia de biodiversidad y de derechos de los agricultores, al complementar las disposiciones de la actual Ley de Obtentores con las del UPOV 91. A esto nos dedicamos en la siguiente sección.

2.3 El Derecho del Obtentor frente al “Privilegio del Agricultor”

El artículo 2 del UPOV 78 permite la protección de los derechos de propiedad intelectual sobre las variedades vegetales a través de la concesión de un título de protección particular o de una patente. Chile optó por la primera opción, como se desprende de la Ley de Obtentores. Para obtener dicha protección, el Convenio señala en su artículo 6 como requisitos, sin distinción de si se trata de una variedad de origen natural o artificial: 1) que ella pueda distinguirse claramente de cualquier otra variedad *notoriamente conocida* (énfasis añadido), 2) no haber sido ofrecida o comercializada a la fecha de presentación de la solicitud con el consentimiento del obtentor desde determinados plazos, dependiendo del territorio, 3) ser suficientemente homogénea, 4) estable, y 5) recibir una denominación.

Conforme a los artículos 8, 9 y 10 de la Ley de Obtentores, el derecho de obtención se entregará al cumplirse los requisitos de: 1) novedad (no haber sido comercializada, o haberlo sido sin consentimiento del obtentor desde determinados plazos), 2) distinción de cualquier otra variedad notoriamente conocida, homogeneidad y estabilidad. Como se observa, salvo el requisito de denominación, ambos instrumentos exigen lo mismo. Por su parte, el UPOV 91 exige en sus artículos 5, 6, 7, 8 y 9 para otorgar el derecho de obtención, los mismos requisitos de novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad, en los mismos términos que los instrumentos anteriores.

²⁵ CAMPUSANO y MORAGA. Op. Cit., p. 2.



Como se observa, las diferencias entre el UPOV 78 y el UPOV 91 no vienen dadas por los requisitos de obtención de la variedad vegetal, sino por las consecuencias del otorgamiento de este derecho o el ámbito de protección: el Acta del UPOV 78 establece en su artículo 5 como derechos del obtentor la necesidad de su autorización para: 1) la producción con fines comerciales, 2) la puesta en venta y 3) la comercialización del material de reproducción o multiplicación vegetativa de la variedad. En cambio, el Acta de 1991, en su artículo 14, amplía estos derechos a: 1) la producción o reproducción no sólo con fines comerciales, 2) la preparación a los fines de producción o reproducción, 3) la oferta en venta, 4) la venta o cualquier forma de comercialización, 5) la exportación, 6) la importación y 7) la simple posesión para cualquiera de los fines señalados, todo respecto no sólo del material de reproducción o multiplicación vegetativa, como en el UPOV 78, sino que además respecto del producto de la cosecha y productos fabricados a partir del producto de la cosecha, en ambos casos, obtenidos por utilización no autorizada del producto de cosecha²⁶.

Además, esta protección a los derechos de los obtentores se extiende a: 1) las variedades derivadas esencialmente de la variedad protegida, 2) las que no se distinguen claramente de la variedad protegida y 3) aquéllas cuya producción necesite el empleo repetido de la variedad protegida.

El incremento en la protección de los derechos del obtentor se acerca prácticamente a la protección otorgada por las patentes. La diferencia es que los requisitos serían más laxos que los requeridos en países donde se permiten las patentes sobre las variedades de plantas. En este sentido, el nivel de prolijidad requerido por parte del obtentor no pareciere ser proporcional a los beneficios otorgados. Nuevamente resulta paradójico que siguiendo la misma lógica instrumental que aboga por los derechos de propiedad intelectual, la motivación a innovar se está perdiendo, al otorgar beneficios tan altos sin la necesidad de innovar.

En cuanto al "privilegio del agricultor"²⁷, los Estados miembros de UPOV 91 están capacitados para decidir, de acuerdo al artículo 15.2²⁸, la restricción de los derechos del obtentor a través de este privilegio. Así, los Estados pueden permitir a los agricultores

26 BRENNER. Op. Cit., p. 20.

27 Existen otras excepciones en cuanto al uso privado y al uso para realizar investigaciones (HELPER, op. cit, p. 28), que no son el objeto de éste artículo.

28 BRENNER. Op. Cit. p. 20.

utilizar -dentro de su propia explotación- el producto de la cosecha de variedades protegidas que se hayan adquirido legalmente, con fines de reproducción o de multiplicación. En este sentido cabe recalcar que el producto de una cosecha -o sea sus semillas- se puede utilizar para reproducir o multiplicar la variedad. Esto con tal de que sea sólo dentro de la propia explotación del agricultor, sin poder vender o intercambiar semillas²⁹.

Las disposiciones que rigen el "privilegio del agricultor" fueron utilizadas por el Tribunal Constitucional³⁰ en sus considerandos cuadragésimo séptimo y cuadragésimo octavo para fundamentar que el UPOV 91 permite suficiente flexibilidad para los pequeños agricultores. Sin embargo, se deben mencionar una serie de salvedades. Calificar el "privilegio del agricultor" como aquél que se puede ejercer sólo dentro de la propia explotación del agricultor, implica que la actividad económica de vender semillas a otros agricultores no estaría sujeta a este privilegio. Otra consecuencia que se deriva de esto es que el intercambio de semillas -cuya consecuencia puede derivar en fortalecer la biodiversidad- tampoco estaría sujeto al privilegio y por lo tanto se regiría por los derechos de propiedad del obtentor.

Además, es importante explicar que esta flexibilidad depende de la voluntad de cada Estado miembro (en el caso de Chile, de la ley que se promulgue aplicando UPOV 91 y derogando la Ley N° 19.342). En segundo lugar, el Tribunal Constitucional no menciona que el artículo 15.2 permite esto dentro de "límites razonables". Junto con esto, el Artículo 15.2 requiere que se resguarden los "intereses legítimos" de los obtentores. Autores como Helfer³¹, argumentan que estos dos requisitos podrían implicar restricciones en cuanto a cantidad de semillas y tipo de especies que están sujetas a este privilegio. Estas especificaciones no están estipuladas en el UPOV 91 y por lo tanto se abriría una oportunidad para regular internamente estas flexibilidades, sin restringir el privilegio del agricultor, ni contradecir lo estipulado en el Convenio.

Como vemos, y concordamos con Brenner³², cada revisión de UPOV establece el aumento de protección de los derechos de obtentores, cuyo opuesto es la restricción

29 WATAL, Jayashree. *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*. La Haya: Kluwer Law International, 2001, p. 149. En: HELFER. Op. Cit., p. 26.

30 Tribunal Constitucional de la República de Chile (TC). Sentencia de 24 de junio de 2011. Rol N° 1988 - 11 - CPT. Sobre acción de inconstitucionalidad de los artículos 7, 10 N° 3, 14 N° 2, 15, 16, 17 y 40 del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV 91), contenidos en el Boletín N° 6426-10.

31 HELFER. Op. Cit. p. 29.

32 BRENNER. Op. Cit. p. 19.



al privilegio de los agricultores. Esto cobra especial relevancia a la luz de las posibles restricciones que el TLC con EE.UU. puede traer en cuanto al fortalecimiento continuo de derechos de propiedad intelectual sobre las variedades vegetales.

Sumado a lo anterior, existen disposiciones del TLC con EE.UU. que podrían en el futuro presionar hacia patentar las variedades vegetales. El Artículo 17.9.2. establece que "Cada Parte realizará esfuerzos razonables, mediante un proceso transparente y participativo, para elaborar y proponer legislación dentro de cuatro años desde la entrada en vigor de este Tratado, que permita disponer de protección mediante patentes para plantas a condición de que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial". Si bien esta norma prescribe "realizar esfuerzos razonables", nada obsta a que estos esfuerzos sean concretados en una ley que permita definitivamente patentar una variedad vegetal, en la medida en que cumpla el requisito de susceptibilidad de aplicación industrial, con las consecuencias que ello traería para la biodiversidad y los derechos de los agricultores.

El requisito de susceptibilidad de aplicación industrial nos hace cuestionar el enfoque economicista con que se mide el desarrollo de la agricultura. Este enfoque es el mismo que se manifestó como óptimo en los diferentes foros de negociación mencionados en la primera sección de este artículo. Peter Drahos³³ destaca la utilización de tratados modelo que EE.UU. ha firmado con Chile, Jordania y Singapur, con fines de reducir costos de transacción. La falta de análisis sobre el impacto que estos tratados modelo -con todas las implicancias que hemos descrito- pueden causar al avance de un país en vías de desarrollo, ha sido cuestionada³⁴. A esto nos dedicamos en la siguiente sección.

3. Chile y políticas de desarrollo sustentable

Si bien un gran porcentaje de los miembros del UPOV 91 no contempla a la agricultura como uno de sus fuertes económicos, los Estados que adhieren a él son mayoritariamente países con vocación agricultora que resultan comprometidos a suscribirlo en el marco de una negociación bilateral³⁵. De este modo, países con niveles de desarrollo económico contrastante, se rigen por un Convenio de protección de los derechos de propiedad

33 DRAHOS. Op. Cit., 17.

34 LINDSTROM, Beatrice. *Scaling back trips-plus: an analysis of intellectual property provisions in trade agreements and implications for Asia and The Pacific. International Law and Politics* [en línea] <<http://nyujilp.org/wp-content/uploads/2012/04/42.3-Lindstrom.pdf>> [consulta: 30 mayo 2013] p. 922.

35 Ídem. p. 985.

intelectual estándar. Contrastan así los procesos de los distintos tipos de países en torno a la incorporación al Derecho interno de derechos de propiedad intelectual.

Dutfield describe como los países desarrollados comenzaron su proceso de industrialización en cuanto a propiedad intelectual: EE.UU. obtuvo innovación como *free rider* desde Europa; Corea también realizó la misma obtención no regulada de información proveniente de Japón, información que Japón había obtenido a su vez, desde Europa y EE.UU.³⁶ El mismo UPOV surge tras una reunión convocada por Francia en que se concluye la necesidad de regular la protección de las variedades vegetales en una Convención diferente a la de París sobre Propiedad Industrial³⁷.

Campusano y Moraga destacan que Chile está en "un nivel inferior de generación de capacidad de innovación y de especialización tecnológica a lo que poseen sus principales socios comerciales con quienes se han firmado Acuerdos de Libre Comercio"³⁸. May rescata que la protección de los derechos de propiedad intelectual gatilla por el lado opuesto una carga por parte de los que son afectados por dicha protección³⁹. Las medidas protectoras de los derechos de los obtentores mencionadas en la sección anterior, omiten la etapa por la que pasaron países industrializados para fortalecer sus economías a través de la innovación y funcionan, paradójicamente, como una acción de proteccionismo.

El UPOV 91 pareciera ser aplicable a un modelo de agricultura industrializado y a gran escala. Esto sumado al argumento anterior, nos permite cuestionar si éste contribuye al desarrollo sustentable. La agricultura de pequeña escala representa un porcentaje no menor en Chile. Según la FAO⁴⁰, la agricultura familiar equivale al 25% de la producción agropecuaria. Es importante tomar este factor en cuenta en relación con el impacto que las disposiciones del UPOV91, mencionadas en la sección anterior, puedan tener en la biodiversidad.

36 DUTFIELD, Graham. *Food, Biological Diversity and Intellectual Property: The Role of the International Union for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV)*. Quaker United Nations Office. Global Economic Issue Publications. Intellectual Property Issue. Paper Number 9. [en línea] <http://www.quno.org/geneva/pdf/economic/Issues/UPOV%20study%20by%20QUNO_English.pdf> [consulta: 30 mayo 2013] p. 32.

37 BUGOS, Glenn and KEVLES, Daniel. *Plants as Intellectual Property: American Practice, Law, and Policy in World Context*. The University of Chicago Press on behalf of The History of Science Society. Osiris, 2nd Series, Vol. 7, Science after '40 (1992). [en línea] <<http://www.jstor.org/stable/301768>> [consulta: 30 mayo 2013] p. 91.

38 CAMPUSANO y MORAGA Op. Cit. p. 4.

39 MAY, C. *The Global Political Economy of Intellectual Property Rights*. New York: 2nd Edition, Routledge, Abingdon, 2010, p. 33.

40 FAO. *MERCOSUR y FAO fortalecerán el Fondo de la Agricultura Familiar, FAF* [en línea] <<http://www.rlc.fao.org/en/press/news/mercosur-creo-nuevo-fondo-de-la-agricultura-familiar-para-apoyar-a-los-pequenos-agricultores/>> [consulta: 30 mayo 2013].



Desde el punto de vista científico, la biodiversidad "comprende múltiples niveles de organización biológica". Según Jerry Franklin, sus tres atributos primarios son composición, estructura y función, y se extienden dentro de una jerarquía que incorpora los elementos de cada uno de los atributos en cuatro niveles de organización: paisaje regional, ecosistema de las comunidades, población de especies y genética."⁴¹ Por lo tanto, la importancia de la semilla (que encierra el material genético de una variedad vegetal) viene dada por la composición, estructura y función del nivel jerárquico más básico en la organización biológica⁴².

La importancia de la semilla no se observa en la legislación nacional, pues ni siquiera existe una definición en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente N° 19.300 (LBGMA) de material genético, o recurso genético. El concepto que tenemos es el del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), del cual se desprende que la importancia del material genético responde a consideraciones más bien económicas. Así, material genético es "todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia" y recurso genético es "el material genético de valor real o potencial."⁴³

Dentro de un ecosistema, el material genético que proporciona cada una de las especies que lo conforma es esencial para mantener su preservación, manteniendo así el equilibrio en los ecosistemas. Las variedades desarrolladas por agricultores no son uniformes genéticamente y por lo tanto responden de manera natural a las condiciones adversas, enriqueciendo de esta forma, la diversidad biológica⁴⁴.

41 NOSS, Reed F., "Indicators for Monitoring Biodiversity: A Hierarchical Approach". *Revista Conservation Biology*, 4(4) : 355-364, 1990, p. 1.

42 ARELLANO, G y DONOSO, A. 2013. *Biodiversidad y patrimonio genético: instrumentos de gestión administrativa*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. p. 28.

43 Ídem.

44 DUTFIELD. Op. Cit., p. 4.

Conclusión

El presente artículo intentó explorar la aprobación del UPOV 91 y sus consecuencias en relación a la biodiversidad como objeto de propiedad intelectual. Se indagó en el desarrollo de la regulación de las variedades vegetales desde las negociaciones ante la OMC hasta finalmente la aprobación del UPOV 91 como parte del ordenamiento jurídico chileno. Con el fin de aumentar el nivel de protección de los derechos de propiedad intelectual, se produjo un cambio en el foro de negociación hacia las negociaciones bilaterales. Fue a través de este mecanismo que Chile cerró su posibilidad de optar por un mecanismo *sui generis* de carácter efectivo, como lo permitía TRIPS.

Analizando las diferencias entre UPOV 78 y UPOV 91, se concluye que los efectos de la aplicación de UPOV 91 se acercan mucho más a la protección de variedades vegetales mediante una patente. Esto trae como consecuencias restricciones en cuanto al "privilegio del agricultor" y la disminución de la biodiversidad.

Como futuros desafíos, cabe tomar en cuenta parte del debate en torno al desarrollo sustentable y los posibles riesgos futuros atribuibles al cambio climático. Así, Lindstrom⁴⁵ destaca la necesidad de mantener la biodiversidad frente a adversidades climáticas que puedan producir baja en cosechas de ciertas variedades. Para esto es necesario el conocimiento y desarrollo -que no siempre es individual, sino más bien colectivo- de los agricultores.

45 LINDSTROM. Op. Cit., p. 960.

