

Acceso y propiedad del germoplasma vegetal

Carlos JM Corroa*

Introducción

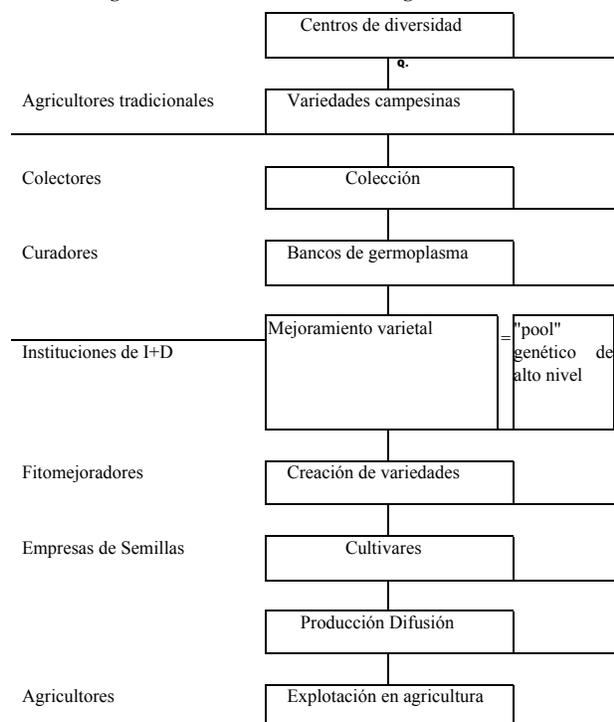
La adopción de la Convención de Diversidad Biológica (CBD), las negociaciones realizadas en el marco de la Organización para la Agricultura y la Alimentación (FAO por sus siglas en inglés) para la revisión del compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos, y la creciente difusión del régimen de protección de las variedades vegetales en países en desarrollo han dado actualidad al tema de la propiedad del germoplasma¹ vegetal. Las condiciones de acceso y uso de tal germoplasma varían según el tipo de material del que se trate y su grado de domesticación o mejoramiento. En este estudio se examina el régimen legal y, en particular, los posibles modos de apropiación de tal material en distintas fases de su desarrollo.

La sección 1 caracteriza el sistema de generación y uso de germoplasma vegetal; la sección 2 analiza los conceptos de propiedad "física" e "intangible" aplicados a los recursos fitogenéticos, en tanto la sección 3 describe el régimen -actualmente en pleno proceso de revisión- relativo al acceso de materiales silvestres y variedades desarrolladas por agricultores tradicionales, también se considera en esta sección el caso de los bancos de germoplasma vegetal; la sección 4 alude a los materiales mejorados por instituciones públicas y liberados para un uso común; la sección 5 examina algunos aspectos del régimen de propiedad, bajo derechos de obtentor, de los materiales producidos con fines comerciales, y las principales conclusiones del estudio se incluyen en la sección 6.

I. Recursos genéticos para la agricultura

Las variedades útiles para la agricultura resultan de un conjunto de actividades en las que participan actores diferentes, en distintas fases de desarrollo de los materiales. La figura 1 ilustra el "sistema" de desarrollo y uso de recursos fitogenéticos. Este sistema muestra el papel diferenciado de distintos actores, desde el mejoramiento de "variedades campesinas"² por agricultores "tradicionales", hasta su explotación comercial en la agricultura.

Figura 1: El sistema de los recursos fitogenéticos



Fuente: adaptado de Glachant y Leveque, 1993.

* Maestría en Política y Gestión de la Ciencia y la Tecnología, Centro de Estudios Avanzados-Universidad de Buenos Aires.

1. Se entiende por "germoplasma" las semillas, plantas y las partes de éstas que son útiles para el mejoramiento vegetal, o la conservación debido a sus atributos genéticos (National Research Council, 1993, p. 409).

2. Conocidas en inglés como "landraces".

Si bien los materiales pueden seguir diferentes "ratas" en el proceso de domesticación y mejoramiento, típicamente participan en ese proceso los colectores y curadores de bancos de germoplasma vegetal, instituciones de investigación y desarrollo, y fito- mejoradores que trabajan sobre los materiales con fines comerciales o no. A partir de estas actividades se hace posible el desarrollo de cultivares comerciales y su difusión en la agricultura. El régimen legal aplicable a los materiales en estas distintas etapas varía significativamente, dependiendo del grado de desarrollo (mejoramiento) del material y de la disponibilidad de títulos de protección específicos, como los derechos del obtentor. Así, puede distinguirse el régimen relativo al acceso y uso de tales materiales según se trate de:

- a) **material no mejorado (silvestre) y variedades campesinas;**
- b) **material mejorado y liberado por instituciones públicas;**
- c) **material mejorado con fines comerciales.**

En las secciones siguientes se examina el régimen legal aplicable a los materiales en estas distintas etapas. Como paso previo, es conveniente precisar el concepto de "propiedad" tal como puede ser aplicado a los recursos genéticos.

Propiedad física e intangible³

Cuando se aborda el tema de los derechos de propiedad relativos al germoplasma, es necesario discriminar entre los derechos sobre un material como tal (propiedad física) y los derechos sobre la información genética⁴ contenida en aquél (propiedad intangible).

En lo que atañe a la propiedad física, el germoplasma vegetal puede estar sujeto a derechos de propiedad pública o privada. Ellos pueden basarse en la propiedad de la tierra donde se encuentran las plantas como consecuencia del tradicional principio legal según el cual cualquier cosa adherida físicamente o por su destino a la tierra pertenece a su propietario. Una vez separados de la tierra, se aplica a las plantas (o a sus partes) el régimen de la propiedad mueble (La- quis, 1979, p. 783).

Sin embargo, los derechos exclusivos que confiere la propiedad física sobre una planta no impiden que un tercero se apropie de un objeto idéntico o similar y que lo reproduzca (obteniendo nuevos ejemplares idénticos), contrariamente a lo que sucede con la materia inerte, el *ius exclusivum* no puede traducirse en un *ius excluendi* (Bergmans, 1991, p. 398), esto es, la propiedad física del bien no otorga derechos para excluir su reproducción en cantidades que pueden ser ilimitadas.

El contenido intangible de los recursos fitogenéticos (su ADN⁵ y la información sobre genes y genotipo) pertenece, en principio, al "dominio público" cualesquiera que sean los derechos de propiedad física que puedan ejercerse sobre los materiales que incorporan tal información. Se trata, en términos económicos, de un "bien público" utilizable por muchas personas al mismo tiempo sin costo adicional y sin reducción de su disponibilidad para otros.

La expresión "dominio público" significa en este contexto que cualquier interesado puede utilizar el conocimiento sin restricción alguna. Es decir, esta expresión no indica que el conocimiento aludido sea "propiedad pública" de un Estado en particular, sino que se trata de un bien que está disponible libremente sin restricciones territoriales. El principio de "dominio público" puede ceder ante reglamentaciones específicas, en especial por la introducción de derechos de propiedad intelectual como mecanismo para crear derechos privados. La atribución o no de derechos de propiedad intelectual constituye, precisamente, una de las manifestaciones de los derechos de soberanía, sujeto a las convenciones internacionales relevantes (ver sección 3, más abajo).

En línea con la distinción antes esbozada, la reciente Decisión 391 del Grupo Andino (julio de 1996) sobre Acceso a los Recursos Genéticos, distingue entre "recursos genéticos" -siguiendo en este punto la definición de la CBD- y el "componente intangible"; se entiende por éste último

"todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético o sus productos derivados o al recurso biológico que lo contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual".

3. Esta sección se basa parcialmente en CORREA, 1995.
4. El material genético está integrado por una combinación de genes (genotipo) que determina las características funcionales de la planta. La información relativa a ese material y a su expresión (fenotipo) es el aspecto relevante en cuanto se refiere a derechos de propiedad intelectual.

5. Acido desoxirribonucleico, molécula formada por un gran número de repeticiones de componentes básicos ("pares de bases"), cuya combinación y orden codifican la información genética.

La apropiación del germoplasma de acuerdo con el sistema de propiedad intelectual está condicionada a la posibilidad de diferenciarlo de manera efectiva del material que está en el dominio público, o sujeto a títulos de terceros. Ello, a su vez, depende de la posibilidad técnica de comparar tales recursos con suficiente certeza.

Existen hoy diversas técnicas⁶ que permiten identificar los materiales genéticos e incluso rastrear la expresión de determinados genes cuando se los introduce en variedades diferentes. Sin embargo, estos métodos no han llegado a caracterizar aún la mayor parte de la diversidad vegetal disponible. Por otra parte, una misma secuencia de ADN puede aparecer en materiales provenientes de fuentes distintas. No existe, por lo tanto, un método seguro para rastrear el origen de una variedad a fin de atribuir derechos de propiedad al país o comunidad de origen (FAO, 1995).

3. Acceso a recursos no mejorados y variedades campesinas

La cuestión del acceso y uso para fines de fitomejoramiento del germoplasma vegetal fue abordado por la organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) en cuyo ámbito se aprobó, en 1983 el Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos.

El compromiso internacional se fundamenta en el reconocimiento de los derechos soberanos de los estados. Aquellos que adhieren al compromiso aceptaron voluntariamente que tales derechos están limitados por el derecho de "libre acceso" a los recursos fitogenéticos de su territorio por parte de nacionales de otros países adherentes al compromiso. Los estados acordaron permitir el acceso a muestras de tales recursos y su exportación cuando dichos recursos se soliciten para la investigación científica, el mejoramiento o la conservación de recursos genéticos. Las muestras se facilitarán sin cargo alguno, como parte de un intercambio mutuo o según los términos que las partes convengan (artículo 5 del Compromiso Internacional).

Además, de acuerdo con la Resolución FAO 4/89, complementaria del compromiso, un Estado sólo puede limitar el libre intercambio de materiales mediante las restricciones mínimas necesarias para Cumplir con sus obligaciones nacionales e internacionales (artículo 2).

Debe hacerse notar que, según los términos mencionados más arriba, los países adherentes al compromiso internacional acordaron ofrecer acceso a las muestras sólo para fines específicos: investigación científica, mejoramiento de especies vegetales o conservación. Se excluye así el acceso con el propósito de reproducir los materiales con fines comerciales, como la propagación de semillas, por ejemplo.

El principio de "libre acceso" en este contexto no implica, por el contrario, que él necesariamente lo sea "sin cargo", según lo aclara el artículo 5 de la Resolución 4/89. De acuerdo con estas disposiciones, los países firmantes no pueden, en principio, impedir el acceso a los recursos fitogenéticos dentro de su territorio, pero sí pueden establecer las condiciones para que dicho acceso se lleve a cabo. Este punto, tal como se explica más adelante, fue completado por la convención sobre Diversidad Biológica, que hace depender el acceso (sin restringirlo a los fines comerciales) a los términos establecidos "de mutuo acuerdo" y del hecho de que los beneficios obtenidos como resultado de la transferencia sean compartidos.

Por último, el compromiso internacional no prejuzga sobre los medios de apropiación que los países puedan establecer con respecto a los recursos fitogenéticos en ejercicio de sus derechos soberanos. Manifiesta que los derechos de los obtentores de variedades vegetales, como se han previsto en la Unión Internacional para la Protección de Nuevas Variedades Vegetales (UPOV), "no son incompatibles con el compromiso internacional" (artículo 1, Resolución FAO 4/89).

Por su parte, el Código de Conducta sobre Recolección y Transferencia de Germoplasma Vegetal (adoptado por la Conferencia de la FAO en 1993, como instrumento no vinculante), prevé que no se debe restringir indebidamente el acceso a los recursos fitogenéticos (artículo 3.2). Los estados gozan del derecho soberano, y aceptan la consiguiente responsabilidad, de establecer e instrumentar políticas nacionales para la conservación y el uso de sus recursos fitogenéticos. Dentro de este marco, los Estados deben configurar un sistema de concesión de permisos a recolectores (artículo 6.1).

6. Estas técnicas comprenden, entre otras, la electroforesis, los marcadores proteicos, la reacción en cadena de la polimerasa (PCR) y polimorfismo de longitud de los fragmentos de restricción (RFLP).

El artículo 7 del Código de Conducta considera, además, el derecho de la "autoridad que otorga el permiso" a "concederlo o rehusarlo" y establece que los recolectores y patrocinantes deben "comprometerse a respetar las leyes nacionales pertinentes". El artículo 8 enumera en qué condiciones debe expedirse un permiso, incluidas las obligaciones financieras que deberá satisfacer el solicitante, si correspondiere.

Por consiguiente, el Código de Conducta ratifica los derechos soberanos de los estados sobre los recursos fitogenéticos y el compromiso de no restringir "indebidamente" el acceso a ellos. Tal como sucede en el caso del compromiso internacional, el carácter voluntario del código le impide incluir mecanismos que garanticen el cumplimiento o permitan resolver eventuales controversias entre los países parte.

Particular importancia adquiere para este análisis la Convención sobre Diversidad Biológica, adoptada en 1992 en Río de Janeiro. El concepto de soberanía sobre los recursos fitogenéticos constituye una de las premisas de la convención. Según lo establecen sus artículos 3 y 15.1, los derechos soberanos están, empero, restringidos por una serie de obligaciones aceptadas por las partes contratantes. En particular,

"Cada Parte Contratante procurará crear Condiciones para facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a los recursos genéticos para utilidades ambientales adecuadas, y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio" (artículo 15.2). Cuando se conceda acceso, éste será en condiciones mutuamente convenidas y estará sometido a lo dispuesto en el presente artículo (artículo 15.4)

J31 acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento informado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa" (artículo 15.5).

Por consiguiente, el derecho de acceso para otras partes contratantes depende de las condiciones establecidas por la legislación y las autoridades competentes de cada país y se encuentra sujeto al consentimiento previo de éste, siempre que, además, las partes hayan alcanzado un "acuerdo mutuo". El texto se refiere a la obligación contraída con respecto al acceso en términos generales, como una obligación de realizar el mayor esfuerzo posible, pero menciona una obligación (negativa), de no imponer restricciones contrarias a los objetivos de la convención.

En otras palabras, el derecho de acceso no es absoluto y su ejercicio se encuentra sujeto a una autorización explícita del país que detenta los derechos

soberanos, pero constituye un derecho exigible que no es posible denegar, de manera arbitraria. Contrariamente al compromiso internacional y al mencionado Código de Conducta, la convención prevé un mecanismo de conciliación de disputas que puede ponerse en funcionamiento para garantizar la aplicación del derecho de acceso y de las otras obligaciones establecidas por la convención.

Una cuestión de particular importancia es la relativa a la propiedad, si la hubiere, de los materiales que han sido recolectados y almacenados en bancos de germoplasma. En particular, el tema de la situación jurídica de las colecciones *ex-situ* de germoplasma ha despertado considerable interés, con miras a clarificar su *status* jurídico y la posibilidad de obtener o no derechos de propiedad intelectual sobre el material almacenado.

Si bien no se puede discutir que la propiedad física de las muestras almacenadas en un banco de germoplasma pertenecen a la institución titular de la colección, no cabe decir lo mismo del contenido intangible del material.

Uno de los principales interrogantes que se plantea es en qué medida pueden aplicarse regulaciones nacionales a colecciones que residen en un determinado país, pero que provienen -como ocurre por lo general- de otros países y que fueron obtenidas ejercitando el principio de libre intercambio de germoplasma. Si un Estado reivindica derechos de propiedad sobre dichas muestras y restringe sin justificación el acceso a ellas, la legitimidad de tales restricciones sería cuestionable a la luz de los principios enunciados en la sección anterior.

Así, los Centros del Grupo Consultivo sobre Investigación Agropecuaria Internacional (CGIAR) acordaron colocar sus colecciones bajo los auspicios de la FAO. Según lo expresa el acuerdo establecido entre la FAO y los centros, se entiende que estos últimos mantienen el germoplasma como "fideicomisarios", para beneficio de la comunidad internacional y que, "por ende, dicho germoplasma no constituye una propiedad de tales centros en el mismo sentido que sus otros bienes. El fideicomiso no implica la transferencia ni el reconocimiento de propiedad legal alguna en favor del fideicomisario sobre los materiales almacenados. Más aún, los centros no podrán reivindicar propiedad legal alguna ni reclamar derechos de propiedad intelectual sobre el germoplasma recolectado ni so-

7. Cabe señalar que la CBD no se aplica a materiales adquiridos antes de la entrada en vigor de la convención.

bre la información relacionada con él, y se asegurarán que las entidades receptoras de muestras acepten las mismas obligaciones. A tal efecto, los centros referidos han elaborado formularios tipo de "transferencia de materiales" bajo cuyos términos el receptor se obliga a no solicitar derechos de propiedad intelectual sobre aquéllos.

4. Material mejorado y liberado por instituciones públicas

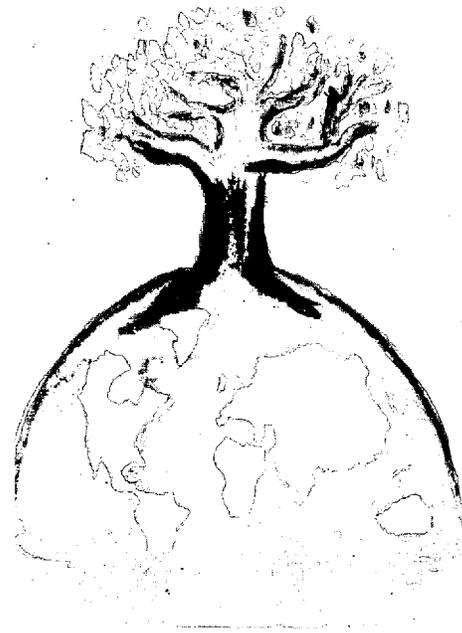
Por su parte, el régimen legal aplicable al germoplasma mejorado de origen público (es decir, mejorado por universidades o institutos de investigación), varía según el grado de desarrollo de aquél y las políticas seguidas por las instituciones respectivas. En algunos casos, ese material permitiría reclamar derechos exclusivos, mas ésta no ha sido hasta hace poco la política de muchas instituciones públicas deseosas más bien de favorecer una amplia difusión de sus desarrollos.

El germoplasma mejorado de origen público juega un papel importante en la oferta de nuevos materiales para la agricultura; tal ha sido el caso en Argentina, con base en la acción del Instituto de Tecnología Agropecuaria (Jacobs y Gutiérrez, 1986). Si bien una tendencia a la "privatización" de la investigación agrícola se ha afirmado en la década de los años ochenta, el germoplasma público ha servido de base al desarrollo, en muchos países, de variedades mejoradas de gran valor económico.

Cuando tal germoplasma ha sido liberado por una institución pública, el pertenece al dominio público, y no puede ser legítimamente "apropiado" por los particulares. Ello sin perjuicio de la posibilidad de utilizarlo como base para ulteriores desarrollos, en la medida que éstos sean suficientemente distinguibles del material de origen (ver siguiente sección).

Tal apropiación puede darse -en el caso de la Argentina- por dos vías principales: mediante la obtención de un título de propiedad bajo la ley 20.247, o por una vía de hecho utilizando el material público como línea parental para el desarrollo de híbridos.

La solicitud y concesión de un derecho privativo sobre un material público sería ilegítima, pues la ley sólo protege al "creador" de una variedad. Si el verdadero creador ha optado por razones de interés público, por la liberación del material para favorecer su difusión aún cuando él reúna los requisitos de protección,⁸ no puede un tercero legítimamente obtener un derecho de exclusiva, el que nacería viciado de nulidad.



En el caso del uso de un material público, como línea parental de un híbrido, la protección de éste último como "secreto industrial" no se extiende al material que le sirve de base, de igual manera que el inventor no se apropia del conocimiento previo que conformaba el "estado del arte" sobre el que desarrolló su invención. En otras palabras, la protección no alcanza a las líneas públicas usadas como parentales en cuanto tales. Ello no obsta a que, si tales líneas son ulteriormente mejoradas, en virtud de la "excepción del fitomejorador" ellas puedan obtener un título independiente, si ellas reúnen los requisitos de protección (ver la siguiente sección).

5. Material mejorado con fines comerciales (derechos de obtentor)

La actividad innovativa en el campo del mejoramiento vegetal se caracteriza por su naturaleza "incrementar, esto es, por proceder sobre la base de la modificación de materiales pre-existentes. Si bien existen esfuerzos deliberados de investigación y desarrollo, por la naturaleza misma de la actividad, el progreso en esta rama se basa en sucesivas mejoras, antes que en eventos discontinuos. Las nuevas variedades vegetales pueden, en principio, ser protegidas por "derechos de obtentor" o pa-

8. Cabe observar que en el régimen de derechos de obtentor la novedad se pierde por la comercialización previa de una variedad, y no por el hecho de hacerla accesible al público.

tentes.⁹ Empero, el régimen de los derechos de obtentor contiene rasgos que adecúan la protección conferida a las características particulares de la innovación en este campo, que lo diferencian del régimen de patentes de invención. Además, en el caso de países como la Argentina, que han adherido al Convenio de UPOV de 1978, no es posible -en virtud de la prohibición contenida en el artículo 2 de aquél- acumular la protección vía derechos de obtentor con la de las patentes.

Cabe examinar cuáles son los requisitos y alcances de la protección de las variedades mejoradas con fines comerciales bajo el régimen de derechos de obtentor. En la Argentina, el tema está regulado por la ley 20.247, su reglamentación y el Convenio UPOV (Acta de 1978). Algunos aspectos relevantes a tal protección se analizan a continuación.

a) "Creación fitogenética"

Si bien se utiliza en ocasiones la expresión "creación fitogenética" (como lo hace la ley 20.247, artículo 20; Decreto 2.183/91 artículo 1., b), en el terreno de las obtenciones vegetales no existe una "creación" en sentido estricto:

"con las entidades vivas ...puede sólo buscarse de obtener, sirviéndose de instrumentos idóneos que realizan mi idea, una novedad, pero no puedo concretizar esa idea en una entidad viviente nueva, porque no me ha sido dado de 'crear'. Sólo puedo influir -en definitiva- para que se verifique una variación que las leyes de la genética ya admiten, es decir, que *in nuce* ya existe en ese grupo de... vegetales" (Vignoli, 1986, p. 205).

Una de las manifestaciones de lo expuesto es que, a diferencia de lo que ocurre en el régimen de patentes, el de derechos de obtentor admite -al menos en algunas legislaciones como la Argentina, Ley 20.247, artículo 20; Decreto 2.183, artículo 1.b)-la posibilidad de proteger un "descubrimiento". Tal posibilidad está vedada en el caso de las patentes, aún a pesar de la admisión de patentes sobre materias biológicas (Bergel, 1993, p. 398).

b) Requisitos de la protección¹⁰

En tanto la obtención de una patente requiere la existencia de novedad, altura inventiva y aplicabilidad industrial, la de una obtención vegetal está sujeta a

la novedad, distintividad, homogeneidad y estabilidad. Aún en el caso del requisito que parece común a ambos regímenes -el de novedad-, las diferencias son significativas.

La novedad universal (no publicación ni ejecución pública previa de la invención en ninguna parte del mundo) del sistema de patentes contrasta, en efecto, con el concepto más flexible del régimen de obtenciones vegetales. El criterio de novedad sólo requiere en este caso que la variedad no haya sido comercializada ni ofrecida a la venta con el acuerdo del mejorador, en el país donde se solicita la protección, o que no lo haya sido por cierto periodo en cualquier otro país. El acceso al material de la variedad misma es esencial para su difusión, por lo que no es relevante (ni necesario) basar la novedad en la publicación de los rasgos de aquélla.

Por otra parte, no se aplica en el régimen de los derechos de obtentor la noción de "actividad inventiva" debido a la propia naturaleza del desarrollo varietal. Cuanto más deseable es una combinación de caracteres conocidos (por ejemplo, para obtener resistencia), más evidente ella aparecerá para un técnico con conocimientos medios. El requisito de protección es, por tanto, sólo una diferencia sustancial respecto de las variedades conocidas.

Si bien la ley argentina 20.247 y su reglamento (decreto 2183/91, se refieren a la diferenciabilidad de manera general, el artículo 6.1.a del Convenio UPOV, Acta de 1968, aprobado por ley 24.37,6 se refiere a la diferencia por caracteres "importantes". Para determinar si una variedad cuya protección se requiere es distinta de las pre-existentes, y por tanto protegible en forma independiente, pueden utilizarse marcadores basados en las características morfológicas externas de las plantas -como el color de las flores-o bien la caracterización del genotipo. Para este último fin, como se ha señalado más arriba, existen diversas técnicas que permiten separar proteínas y caracterizar el ADN. Sin embargo, ninguna de ellas brinda resultados con total precisión. Incluso distintos métodos pueden dar conclusiones diferentes. La utilidad de esas técnicas es aún más limitada cuando un material ha sido objeto de un programa de fitomejoramiento (como ocurre con las variedades comerciales) debido a la falta de polimorfismo del germoplasma resultante de esa actividad (FAO, 1995, p. 30-32).

12. El Acuerdo sobre Aspectos Relacionados con el Comercio de los Derechos de Propiedad Intelectual ("Acuerdo TRIPS"), obliga a los estados miembros a proteger las variedades vegetales por medio de patentes, un régimen *sui generis* efectivo, o una combinación de ambos (artículo 27.3.b.). Véase CORREA, 1996a.
13. Véase sobre este tema GUTIÉRREZ, 1994 y 1996.

11. La revisión de la Convención de UPOV de 1991 introdujo el concepto de "variedad esencialmente derivada" con el objeto de impedir la protección, como variedad independiente, de una modificación no sustancial, o cosmética, de una variedad protegida (véase GUTIÉRREZ, 1996).

c) Materialización

Bajo el régimen de tipo UPOV una variedad es protegida sólo cuando existe físicamente; bajo el sistema de patentes no es necesario, en cambio, que la invención esté materializada. Basta que, conforme a la descripción pertinente, ella sea realizable.

Así, de conformidad con la ley 20.247 es necesario acompañar a la solicitud semillas y especímenes del cultivar (artículo 21).

d) Materia protegible

La protección por el sistema de las obtenciones vegetales no puede ser otorgada para características de una planta en forma independiente, ni para componentes genéticos aislados, hipótesis ambas admisibles en el caso del patentamiento.

La materia protegible bajo dicho régimen es una **variedad** ("cultivar"), esto es, un tipo de planta dentro de una especie cultivada que se distingue por uno o más caracteres.

No son protegibles las semillas híbridas¹² debido a que ellas no son estables en su multiplicación (el agricultor, no puede, por tanto re-usar la semilla obtenida de un cultivo previo). Una cuestión distinta es la de la eventual protección de una línea parental para la producción de un híbrido. Una línea parental es una variedad que cruzada con otras, permite obtener un híbrido. Si bien aquélla puede no llegar a ser comercializada como una variedad independiente, en la medida que reúna los requisitos de la protección, puede ser protegida bajo el régimen de derechos de obtentor.

e) Atribución de derechos

Otra diferencia significativa entre el régimen de patentes y el de derechos de obtentor, radica en la atribución de los derechos. En el régimen de patentes, predomina en el mundo¹³ el sistema del "primer solicitante", esto es, se concede la patente al primero en solicitarla. Si éste no fuere el inventor, podría ejercer una acción reivindicatoria (Di Guglielmo, 1968, p. 24). El primer solicitante prevalece incluso sobre quien, habiendo anticipado a aquél en el desarrollo de la misma invención, no hubiere solicitado el título de patente con antelación.

En el régimen de obtenciones vegetales, el derecho corresponde al "creador o descubridor" (de acuerdo con la terminología del artículo 20 de la ley 20.247) o al "obtentor" (decreto 2.183/91, artículo I.d). Establece en tal sentido el artículo 24 de la ley 20.247: "El derecho de propiedad de un cultivar pertenece a la persona que lo obtuvo". Ello implica que la primera solicitud no confiere derechos cuando distintos obtentores han desarrollado variedades que no pueden diferenciarse por uno o más caracteres. Por esto mismo, la ley prevé la caducidad del título cuando no hubiere sido otorgado a "su legítimo propietario".

f) Carácter cosntitutivo del registro

Finalmente, el régimen de patentes y de derechos de obtentor -en tanto dos categorías dentro de la llamada "propiedad industrial"- convergen en cuanto al **valor constitutivo** que tiene el respectivo registro. Ello significa que la protección ataca con el registro.¹⁴

El bien inmaterial no puede constituirse con independencia del título (Ascarelli, 1970, p. 513).

g) Excepción del fitomejorador

La "excepción del fitomejorador" es una de las diferencias clave entre el régimen de derecho de obtentor y el de patentes. Esa excepción admite la posibilidad de utilizar una variedad protegida como fuente para un ulterior desarrollo, el que una vez puede obtener una protección independiente. Tal excepción puede aplicarse sea que se trate del desarrollo de una nueva variedad o de una línea parental de un híbrido. Así, se ha observado que

"La semilla protegida puede ser usada en investigación. Además, en tanto es una infracción usar semilla protegida para crear un híbrido para comercializar, uno puede usar legalmente esa semilla para carear una línea parental, la que puede ser producida por sí misma o usada comercialmente. Las líneas parentales son protegibles, y los híbridos no los son. Así, un obtentor tiene el derecho a usar una variedad protegida para hacer una línea parental que en sí misma puede ser protegida o usada comercialmente para hacer híbridos" (Bouser,, 1993, p. 108).

12. Se denomina "híbrido" a la progenie de cruza entre dos diferentes cultivares o "líneas parentales".

13. Con la única excepción de los Estados Unidos donde se aplica el principio del "primer inventor".

14. Se plantea en este aspecto una de las principales diferencias con el derecho de autor, el que nace con creación misma de la obra sin necesidad de registro u otras formalidades.

Cabe recordar que, en cualquier caso, esta excepción es aplicable cuando el material utilizado está sujeto a un derecho de propiedad registrado, pues en ausencia de la protección no existe ningún derecho *exclusivo* que pueda oponerse a un tercero. En la producción de híbridos, por ejemplo, es común mantener las líneas parentales en secreto, más la protección de éste no confiere ningún derecho exclusivo sino, meramente, el de tomar medidas contra actos comercialmente deshonestos, en el marco de la competencia desleal (Correa, 1996b).

Conclusiones

Según se ha expuesto el régimen de acceso y apropiación del germoplasma vegetal varía significativamente según su grado de desarrollo.

Como principio general, el "intangible" constituido por la información genética de plantas silvestres, pertenece al dominio público. Lo mismo se aplica al caso de las variedades campesinas ("landraces"), y al de las variedades mejoradas y liberadas por organizaciones públicas para un uso común por parte de mejoradores o agricultores.

El referido intangible, empero, puede estar sujeto a derechos de propiedad, con base en los derechos de obtentor o, en su caso, de patentes de invención. La materia y los alcances de la protección son diferentes, bajo cada uno de estos regímenes. El régimen de derechos de obtentor constituye un sistema *sui generis* de protección, cuyo objeto no requiere "creación" sino mejora expresada en forma material y no abstracta, en beneficio del "obtentor", y sujeto a un registro de carácter constitutivo del derecho.

Recias

ASCARELLI, T., **Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales**, Bosch, Barcelona, 1970.

BERGEL, S., "Análisis crítico de la legislación latinoamericana relativa a invenciones biotecnológicas", *Revista del Derecho Industrial*, Año 15, No. 44/45, 1993.

BERGMANS, Bernhard, **La protection des jnnovations biologiques. Une étude de droit comparé**, Larcier, Bruselas, 1991.

CORREA, Carlos M., "Derechos de soberanía y de propiedad intelectual sobre los recursos genéticos", en *REDES*, No. 4, Vol. 2, Buenos Aires, 1995.

CORREA, Carlos M., **The TRIPs agreement: nuevas reglas internacionales sobre propiedad intelectual**, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996a, (en prensa).

CORREA, Carlos M., "Protección de la información confidencial y competencia desleal", *La Ley*, Año LX, No. 162, Buenos Aires, 1996b.

DI GUGLIELMO, P., *La invención patentable*, Zavalía, Buenos Aires, 1968.

FAO (Food and Agriculture Organization of the United Nations), **Revisión del compromiso internacional sobre los recursos fitogenéticos. Análisis de algunos aspectos técnicos, económicos y jurídicos para su examen en la fase II: acceso a los recursos fitogenéticos y derechos del agricultor**, Comisión de Recursos Fitogenéticos, CPGR-6/95/8 SUP, 1995.

GLACHANT M. y LEVEQUE, F., *L'enjeu des ressources génétiques végétales*, les Editions de l'Environnement, París, 1993.

GUTIÉRREZ, Marta, **El debate y el impacto de los derechos de obtentor en los países en desarrollo. El caso Argentino**, IICA, Buenos Aires, 1994.

GUTIÉRREZ, Marta, **Gestión de la propiedad intelectual en biotecnología. Fundamentos de los derechos de obtentor**, INTA, Buenos Aires, 1996.

HOUSER, David, "Exemptions under patents and certificates covering plants" en *Intellectual property rights: protection of plants materials*, Washington, D.C., 1993.

JACOBS, Eduardo y GUTIÉRREZ, Marta, *La industria de semillas en Argentina*, documentos del CISEA, Buenos Aires, 1986.

LAQUIS, Manuel, *Derechos Reales*, Ed. Depalma, Tomo II, Buenos Aires, 1979.

VIGNOLI, Giulio, *Aspetti Giuridici delle Attivita Genetich e in Agricoltura*, Università Degli Studi di Genova, No. 9, Milano, 1986.