
LA PROTECCIÓN DE LA SEMILLA TRADICIONAL EN EL CASO COLOMBIANO¹

THE PROTECTION OF TRADITIONAL SEEDS IN THE COLOMBIAN CASE

Recibido: 29 de junio de 2023

Aceptado: 03 de agosto de 2023

David Ronderos Gaviria²

Resumen

- 1 El presente artículo de reflexión hace parte del proyecto de investigación INV-DER-3157: “Conocimientos tradicionales en Colombia: una aproximación a las medidas de protección de las decisiones de la Comunidad Andina en torno a la propiedad industrial”, de la Universidad Militar Nueva Granada.
- 2 Abogado Egresado de la Universidad Militar Nueva Granada. Auxiliar de investigación de la Universidad Militar Nueva Granada, Cajicá-Colombia. E-mail: u0602126@unimilitar.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6827-8901>

Desde una perspectiva interpretativa y crítica, el presente artículo busca dar luces generales respecto del marco de protección industrial de la semilla tradicional en Colombia. Sirviéndose de jurisprudencia, legislación comunitaria y, con mayor fuerza, de fuentes científicas originales, se presentarán valoraciones y planteamientos derivados y sustentados en los hallazgos de esta investigación. Así, preliminarmente se define que es una variedad vegetal o planta y, por supuesto, que se entiende por conocimiento tradicional. Acto seguido, a grandes rasgos, se desarrolla la cuestión relativa a los límites de las patentes de invención en relación con las semillas o variedades vegetales en su calidad de seres vivos, desde lo dispuesto en la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones. Con posterioridad, se explica y analiza la figura del derecho de obtentor vegetal, en el contexto de la protección de las semillas de carácter ancestral, fruto de conocimientos tradicionales de comunidades campesinas e indígenas a lo largo del territorio nacional. Finalmente, en el apartado de *conclusiones*, se proyectan algunas reflexiones y demás puntos de vista en relación con el tema de investigación para luego concluir el escrito revalorizando los planteamientos expuestos y examinando el alcance de la investigación.

Palabras clave: Semilla tradicional, Variedad vegetal, Propiedad industrial, Derecho de obtentor, Conocimiento tradicional.

Abstract

From a critical and interpretative perspective, this article hereby intends to illustrate the generalities in regards to the industrial protection scheme of traditional seeds in Colombia. By means of case law, communitarian legislation and, more strongly, original scientific sources, assessments and insights derived and based off on the findings of this investigation shall be presented. As it stands, in broad terms, phrases such as plant varieties and plants are defined and, of course, what traditional know-how is, gets accounted for in order to, thereafter, develop the topic surrounding the limits of invention patents in regards to seeds and plant varieties in their condition as living beings, as imposed by Decision number 486 of the Andean Community of Nations. Hereinafter, the figure of Plant breeder's rights is explained and analyzed in the context of the protection of ancestral seeds, themselves a land. Finally, in the *conclusions* section, a few thoughts and other points of view in relation to the investigation are projected out so to conclude this writing by reflecting upon the exposed findings as well as by examining the reach of the investigation.

Keywords: Traditional seed, Plant variety, Industrial property, Plant breeders' right, Traditional know-how.

Introducción

El derecho de obtentor vegetal es, al menos en el espacio legal colombiano, una ficción jurídica del derecho de propiedad industrial destinada a proteger precisas manifestaciones de la creatividad humana, como lo son las variedades vegetales. Estas creaciones son, entonces, consideradas bajo el seno de la propiedad industrial que, como es sabido, no pretende cosa diferente a salvaguardar derechos reales originados en creaciones diversas que gozan, generalmente hablando, de aplicación en la industria.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, al dirigir la mirada hacia el tratamiento que comunidades campesinas o indígenas otorgan a sus propias semillas, plantas y variedades vegetales, el asunto de su protección adopta un tinte distintivo, pues es aquí que se desdibuja el ideal de industria, a favor de una *cosmovisión colectiva* respecto de la propiedad, como sea que dichas variedades tradicionales obedecen a necesidades o requerimientos socioculturales intrínsecos a la comunidad, siendo extraños a una aplicación industrial.

Luego entonces, si bien es cierto que el derecho de obtentor vegetal deriva del sistema de protección industrial, esto no implica, en teoría, que su ámbito de protección se limite a creaciones con aplicación industrial, pues se trata de una semilla o variedad vegetal de carácter *tradicional*.

Aun así, con este ensayo académico se pretende poner en evidencia el conflicto de intereses al momento de alegar autoría por sobre una determinada variedad, que puede llegar a existir entre comunidades indígenas o campesinas y productores industriales que se sirven de procesos biotecnológicos de creación. El derecho de obtentor vegetal no considera la condición del reclamante sino la naturaleza de la creación, siendo, en este sentido, igualitario entre actores, más no equitativo.

Así las cosas, la discusión a plasmar en líneas ulteriores busca lograr el planteamiento de «aquello que debería ser», en relación con la anterior controversia, de manera tal que sea posible aislar y caracterizar la especial condición de protección que debe ocupar la semilla tradicional en el ordenamiento jurídico colombiano.

En este sentido, tratándose de las semillas y variedades tradicionales, se propone que la identidad cultural y, ciertamente, la seguridad patrimonial de pueblos indígenas y campesinos, se encuentran en un estado febril o expuesto, pues no existe instrumento «único en su especie» o *sui generis*, que, equiparándose al derecho de obtentor vegetal, pueda, adicionalmente, considerar la especial condición social y cosmogónica de aquellos pueblos, de cara a procurar la defensa de sus intereses en el entendido de la semilla tradicional. La jurisprudencia, como se expondrá llegado el caso, ha contentado hasta cierto punto esta laguna.

Es al margen de la teoría del caso delineada previamente y según criterios jurisprudenciales y legales – sometidos al imperio de la supranacionalidad de la norma comunitaria andina –, que se evidenciarán algunas implicaciones y efectos adversos que se generan hacia comunidades indígenas o campesinas, cuando un tercero industrial obtiene el derecho exclusivo de explotación sobre una variedad vegetal o planta, cuyas cualidades físicas y filogenéticas³ son esencialmente derivadas del grano o variedad tradicional.

En gracia de discusión, igualmente, se hará mención de instrumentos especiales de protección que, siendo limitaciones del derecho de obtentor, tienen como objetivo equilibrar la balanza a favor del campesino o indígena, como parte más débil, cuando este pretende explotar una semilla o variedad tradicional industrialmente protegida. Se trata del *privilegio del agricultor*.

Ahora, de lo general a lo particular, entre las referencias que habrán de revestir de sustancia parte de esta labor, resalta la Decisión 486 de la Comunidad Andina, que constituye el Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Es desde su capítulo primero «De los Requisitos de Patentabilidad», de donde se desprende que las plantas y variedades vegetales no son patentables y por lo mismo, la supranacionalidad de este mandato comunitario se sobrepone incluso, a normas locales contradictorias en territorio de Estados miembros.

El vacío percibido por aquella excepción de patentabilidad, es sopesado por la Decisión 345 de la Comunidad Andina que, como extensión de la norma comunitaria, comprende el «Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales» en los Países Miembros de la comunidad. De esta forma, el derecho del obtentor vegetal es, por defecto, la figura que protege a seres vivos vegetales en el derecho industrial. Su ámbito de aplicación, según su artículo segundo, capítulo primero, se circunscribe a todos los géneros y especies botánicas siempre que su cultivo, posesión o utilización no se encuentren prohibidos por razones de salud humana, animal o vegetal.

Metodología

Este artículo se desarrolló mediante una revisión sistemática de fuentes originales desde una perspectiva de análisis e interpretación cualitativa. Se han recolectado y examinado datos de interés científico de alta relevancia para con el eje temático de la investigación. La interpretación crítica de los datos seleccionados y la comparación de posturas conocidas y desconocidas, permitió acercarse a las temáticas tratadas a lo largo del texto. La recolección, selección y estandarización de los datos empleados fue en parte facilitada por el sistema *Descubridor*, de la Red de Bibliotecas de la Universidad Militar Nueva Granada. La interpretación cruzada de los datos obtenidos aproxima el resultado

3 De la filogenia. Parte de la biología que se ocupa de las relaciones de parentesco entre los distintos grupos de seres vivos (Real Academia Española, s.f., definición 1).

de la investigación a la objetividad y a una verdad más perfecta, salvaguardando así el principio de reproducibilidad.

Resultados

El examen analítico y la interpretación cualitativa de la bibliografía recolectada y estandarizada, relativa a la protección de la semilla tradicional en el territorio colombiano, devolvió los siguientes resultados.

1. De las variedades vegetales y plantas

De lo general a lo particular, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), por «planta» se entiende un «ser vivo autótrofo⁴ y fotosintético, cuyas células poseen pared compuesta principalmente de celulosa y carecen de capacidad locomotora» (Real Academia de la Lengua Española, s.f., definición 2).

Una definición no muy distante del término «planta», yace en el diccionario Merriam-Webster (planta – sustantivo) y se lee así:

Cualquiera de un reino (Plantae) de organismos eucariotas⁵ mayormente fotosintéticos que carecen de movimiento locomotor o de órganos nerviosos o sensoriales obvios y que poseen paredes celulares de celulosa (Merriam-Webster, s.f).

Por otro lado, entre las ocho definiciones de la palabra «variedad» que figuran en el Real Diccionario de la Lengua Española, relucen, para los efectos de estas líneas, el número dos (2), cinco (5) y siete (7), que respectivamente la definen como una «diferencia dentro de la unidad»; una «mudanza o alteración en la sustancia de las cosas o en su uso»; y como «cada uno de los grupos en que se dividen algunas especies de plantas y animales y que se distinguen entre sí por ciertos caracteres que se perpetúan por la herencia» (Real Academia de la Lengua Española, s.f., definición 2, 5 y 7).

Así mismo, téngase presente la definición de «variedad» incorporada en el artículo tercero del capítulo segundo de la Decisión Andina 345 (1993), que reza: «*Conjunto de individuos botánicos cultivados que se distinguen por determinados caracteres morfológicos, fisiológicos, citológicos⁶, químicos, que se pueden perpetuar por reproducción, multiplicación o propagación*».

4 Dicho de un organismo: Que es capaz de elaborar su propia materia orgánica a partir de sustancias inorgánicas; p. ej., las plantas verdes (Real Academia Española, s.f., definición 1).

5 Cualquiera de un dominio (Eucaria) o de un grupo taxonómico (Eucariota) por sobre el reino que incluye organismos compuestos de una o más células que contienen núcleo y organelos visiblemente evidentes (Merriam-Webster, s.f.).

6 De la Citología. Parte de la biología que estudia la célula (Real Academia Española, s.f.), definición

Ahora bien, debe aclararse que el término de «variedad vegetal» y el de «planta», no aluden, realmente, a lo mismo.

Una variedad de carácter vegetal no es sino una suerte de consecuencia de la existencia de la primera, ya que, en primer lugar, existe la «planta», para luego y sólo en razón de este hecho trivial, adquirir sentido la terminología de «variedad vegetal», precisamente como una variedad de aquella planta original, siendo pues, un derivado *genotípico*⁷ y *fenotípico*⁸ de aquella y, por ende, incapaz de preceder a la planta de origen.

Sin embargo, sea la anterior una aclaración didáctica, pues como comenta Arcudia (2015):

En el lenguaje ordinario se alude a las plantas por el nombre de su género o especie. El agricultor o el hortelano que cultivan el campo hacen una diferenciación más precisa. No se limitan a plantar patatas o guisantes o a sembrar trigo. Eligen una variedad determinada —una subdivisión de la especie— que prometa mejor calidad o mayor cantidad, u otras ventajas inherentes a las plantas que se cultivan (p. 90).

1.1 El conocimiento tradicional: una noción básica

El término «conocimiento tradicional», pluralmente hablando, refiere a una propiedad *colectiva*, inherente a comunidades indígenas y locales. Por otro lado, generalmente hablando, «la propiedad intelectual otorga derechos exclusivos en cabeza de un titular», lo que supone una *dicotomía* entre ambos (Núñez, 2018, p.111).

Bajo el entendido del artículo 2.5.1.2 del Decreto 1080 del año 2015, aún vigente, se trata de un *patrimonio cultural inmaterial*, compuesto por conocimientos y usos relacionados con la Naturaleza y el universo que «las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan (*sic.*) como parte de su patrimonio cultural. El patrimonio cultural inmaterial incluye a las personas que son creadoras o portadoras de las manifestaciones que lo integran».

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), define a los conocimientos locales e indígenas como aquellos referidos a «las concepciones, habilidades y filosofías que las sociedades han desarrollado a lo largo de generaciones y de una larga interacción con su entorno natural» (UNESCO, 2017, p. 8).

7 Pertenciente o relativo al genotipo: Conjunto de los genes de un individuo, de acuerdo con su composición alélica (Real Academia Española, s.f., definición 1).

8 Pertenciente o relativo al fenotipo: Manifestación variable del genotipo de un organismo en un determinado ambiente (Real Academia Española, s.f., definición 1).

1.2 La cuestión de la biopiratería

La protección de los conocimientos tradicionales se ha manejado desde diversas posturas y enfoques. Uno de ellos, el enfoque ‘defensivo’, propende, como su nombre sugiere, por la defensa del conocimiento tradicional evitando formas de apropiación ilegítima como la *biopiratería*; el enfoque ‘proactivo’, por otro lado, se inclina por un uso sustentable del conocimiento tradicional capaz de generar beneficios compartidos entre las comunidades indígenas locales que lo han producido (Rojas, 2013, p. 118, cursiva fuera del original).

El fenómeno de la biopiratería, de acuerdo a Reyna (2019), tiene lugar cuando «la actividad del aprovechamiento de recursos genéticos en diferentes ambientes naturales» o *bioprospección*, se emplea con el fin último de hacerse con dichos recursos y demás conocimientos, «sin otorgar ningún tipo de beneficio a las comunidades indígenas», lo que genera un desbalance social en el desarrollo sostenible de estas comunidades, al privarles de los beneficios de la *bioprospección* y al impactar la «biodiversidad de distintos ambientes naturales», al tratarse de una «extracción injustificada del conocimiento tradicional» (p. 6).

Por su parte, en “Biopiracy and the right to self-determination of indigenous peoples”, Dörr (2019), entiende a la biopiratería como aquella práctica en la que el conjunto de conocimientos tradicionales e indígenas acerca de la naturaleza, es usurpado por terceros que pretenden obtener un beneficio sin otorgar realmente una contraprestación o reconocimiento a dichas comunidades respecto de las cuales, por supuesto, se carece de permiso (p. 311).

2. Decisión andina 486: límites de las patentes de invención

2.1 Limitaciones a la patentabilidad

El literal «b» del artículo 15 de la Decisión 486 del 2000 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), *no considera como invenciones patentables* «el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural».

A partir del extracto literal anterior, serán patentables el todo o parte de seres vivos *con la condición* de que el estado físico de estos difiera de cómo se les encuentra en la naturaleza. Así, según el literal «c» del artículo 20 de la decisión en cuestión, *no serán patentables* «las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos».

Dada su naturaleza comunitaria, es apenas coherente que la anterior normatividad haga eco en el ordenamiento jurídico de países miembros. Según precisa Rangel (2008), la legislación mexicana de patentes, tras la reforma a la Ley de Propiedad Industria (LPI) de 1994, en su artículo 16, literal V – vigente al plasmar estas líneas–, prohibió expresamente el otorgamiento de patentes sobre una variedad de carácter vegetal, según se desprende del enunciado de dicho artículo, el cual se lee:

Serán patentables las invenciones que sean nuevas, resultado de una actividad inventiva y susceptibles de aplicación industrial, en los términos de esta Ley, **excepto**: i. Los procesos esencialmente biológicos para la producción, reproducción y propagación de plantas y animales; ii. El material biológico y genético tal como se encuentran en la naturaleza; iii. Las razas animales; iv. El cuerpo humano y las partes vivas que lo componen, y v.- **Las variedades vegetales**. (p. 202) (subrayado fuera del original).

2.2 Semillas, plantas y variedades: la necesidad de un sistema de protección único en su especie

Aunque no sea el caso colombiano o el contexto real de la semilla tradicional nacional, una importante justificación para la creación de un régimen *sui generis* de protección, como propone Correa (2016) en “*Sui generis protection for farmers’ Varieties*”, se reduce a que un sistema de tal naturaleza, podría servir de barrera en contra del uso inapropiado por parte de terceros de creaciones e innovaciones de granjeros, campesinos o demás comunidades, efectuado sin consentimiento y sin el pago de regalías. Así mismo, el desarrollo de un sistema *sui generis* para campesinos y comunidades, facilitaría el uso y venta de variedades tradicionales y, de ser el caso, habilitaría a dichas comunidades para almacenar, utilizar e incluso vender semillas que terceros han derivado de las suyas propias (p. 164).

El inconveniente con las patentes es que, por sí mismas, ostentan un espectro de protección mucho más amplio, en tanto cobijan cualquier tipo de invención en cualquier «sector de la técnica». El objeto de protección en lo que incumbe a los derechos de obtención vegetal es *especialísimo*, pues únicamente comprende a la obtención en sí o a sus variedades, por lo que del asunto se desprende que el derecho de patentes sea *generalista*, mientras que el Derecho del Obtentor Vegetal sea, naturalmente, *sui generis* (Manrique y otros, 2019, p. 41).

De esta forma, en términos puntuales, a diferencia del derecho de patentes y otros derechos de propiedad intelectual, los derechos sobre obtenciones vegetales otorgan cobertura especializada a variedades de géneros y especies botánicas, teniendo en cuenta las necesidades del obtentor en un «mercado de alto impacto económico». El objeto de protección vía patente, se circunscribe a invenciones con aplicación industrial (Vargas-Chaves y otros, 2016, p. 103).

En esta línea de discusión y en el caso específico de las variedades vegetales, la Ley de Semillas, en el caso paraguayo, constituye un instrumento único en su especie en lo que respecta a la protección intelectual de variedades vegetales consideradas en la totalidad de su constitución genética. Se trata de una ley que promueve la creación de nuevas variedades vegetales a través del fitomejoramiento en cabeza de los obtentores. La Ley de Patentes, por su parte, protege un elemento genético *único*, creado por el hombre, mediante biotecnología, para lograr resultados como «tolerancia a la aplicación de un herbicida, protección contra ciertos insectos, tolerante al estrés hídrico, contenido nutricional, incremento de productividad, etc.» (Rovira & Modica, 2015, p. 3).

En relación con esto último, bajo la lupa del derecho español y reiterando el tema de las patentes, Martínez (2011) aclara que, si bien es cierto que pueden abarcar «todo el reino animal o incluso todo ser vivo», esto habrá de ser cierto *siempre y cuando*:

Los procedimientos para su obtención no sean esencialmente biológicos (*que consistan íntegramente en fenómenos naturales como el cruce o la selección*), pudiéndose otorgar la patente si el procedimiento de obtención es técnico (como el microbiológico), alcanzando la patente tanto al procedimiento como al producto obtenido (artículo 5.3 Ley de Patentes española). (pp. 12-13).

La anterior precisión cobra aún más sentido, si se lee bajo el contexto del Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual Vinculada al Comercio (1995) y su enmienda del 23 de enero de 2017, del cual Colombia figura como Estado miembro desde el 7 de agosto de 2009. Esto, pues dicho acuerdo «estableció que los países tenían derecho a no otorgar patentes a cerca de animales y vegetales, pero tenían que otorgar, en su caso una protección *sui generis*» (Pérez, 2018, p. 534).

3. El derecho del obtentor vegetal como sistema *sui generis* de protección

3.1 Breve recuento histórico

Preliminarmente, la obtención vegetal es el arte y ciencia consistente en mejorar, mediante modificación genética, a determinada planta. Lo que se entiende por modificación genética, esta estrechamente relacionado con los objetivos del agricultor, los procedimientos empleados o los requerimientos del usuario final (Janis, 2002, p. 14).

Ahora, históricamente resultaría inexacto afirmar que la protección intelectual de plantas o vegetales surgió, en paralelo, con el nacimiento mismo del sistema general de protección intelectual e industrial, por lo que una figura de tal especialidad como el derecho del obtentor no puede traerse a colación en etapas gestacionales tempranas de aquellos sistemas de protección, como lo es la de la creación de la

Unión Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial el 20 de marzo de 1883, en París, Francia, mediante el Convenio de París para la protección industrial (Morais y otros, 2016, p. 152).

No obstante, no son nuevas las *exigencias* de extender sistemas de propiedad intelectual al campo de la agricultura, ya que estas «datan de la época del crecimiento en el comercio de semillas hacia finales del siglo diecinueve en varios países europeos», cuando empezaron a conformarse asociaciones de obtentores, quienes acostumbraban a reivindicar su posición frente a la protección de nuevas variedades frente a la Oficina Internacional de la Unión para la Protección de la Propiedad Industrial (est.1883) que, por su parte, supervisaba el mencionado Convenio de París. Este convenio estableció, en su protocolo final, que el sistema de propiedad industrial habría de interpretarse en sentido amplio, no sólo acogiendo a productos industriales estrictamente hablando sino a su vez, a productos agrícolas (Dhar, 2002, p. 3).

3.1.1 Gestación del sistema del obtentor vegetal: Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV)

La Asociación Internacional de Agricultores para la Protección de las Variedades Vegetales (ASSINSEL, por sus siglas inglesas) propuso, en el año de 1956 y en su Congreso en Semmering, Austria, la constitución de una conferencia internacional para la creación de un sistema internacional para la protección de variedades. En 1957, tiene lugar la primera sesión de la conferencia en la ciudad de París. El acta final de la conferencia legitimó los derechos de los obtentores y estableció que una variedad debía diferir de variedades existentes para ser protegida, debiendo poseer, a su vez, características esenciales estables. La segunda sesión de la conferencia igualmente tomó lugar en París, en 1961. En ella, se crea la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) (Blakeney, 2007, p. 402).

Desde su establecimiento, la Unión se propone premiar, mediante el derecho del obtentor, la innovación en el campo de la producción de variedades mejoradas, caracterizadas por su homogeneidad, estabilidad y novedad, en el contexto de procesos de *hibridación*. «Este sistema de protección a las variedades de semillas, ha sido catalogado como sistema *sui generis*, alternativo al sistema de patentes y específico para variedades vegetales». Aunque la producción de estos híbridos ha impulsado la eficiencia de los cultivos, así mismo, «las características propias que exige el sistema de propiedad intelectual UPOV, de homogeneidad, y de estabilidad, también han contribuido a la pérdida de variedades vegetales y con ella, a una inseguridad alimentaria» (González, 2018, pp. 910-920).

3.2 Antecedentes jurisprudenciales

Sobresalen antecedentes jurisprudenciales como la sentencia de constitucionalidad C-262 de 1996, que declaró exequible el pacto internacional que en su momento

fue objeto de revisión por la «Ley Aprobatoria del tratado para la inserción de Colombia en la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV)»; se trata de la Ley 243 de 1995 (actualmente vigente), «*Por medio de la cual se aprueba el ‘Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales –upov–’ del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978*» (no UPOV 91) (Robledo, 2006, p. 151).

Más recientemente, las sentencias C-501 de 2014 (del delito de usurpación de derechos de obtentores de variedades vegetales) y, *especialmente*, la sentencia C-1051 de 2012, desarrollada más adelante.

3.3 Antecedentes normativos

En la legislación nacional y en orden jerárquico constitucional, notorios son los artículos superiores de la Constitución Política de Colombia; número 61: «El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley» y 65, que estipula lo siguiente:

La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras. De igual manera, el Estado promoverá la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el propósito de incrementar la productividad.

El Decreto Reglamentario 533 de 1994 (compilado en el Decreto Único 1071 de 2015), «*mediante el cual se reglamenta el régimen común de protección de los derechos de los obtentores de variedades vegetales en Colombia*», cuyo artículo 2 (equivalente 2.13.7.1.2 en el Decreto Único 1071 de 2015) designa al ICA como Autoridad Nacional Competente en tratándose de la protección de variedades vegetales y cuyo artículo 8 (equivalente 2.13.7.1.7 en el Decreto Único 1071 de 2015) desarrolla la extensión del derecho del obtentor a las variedades vegetales *esencialmente derivadas* de una variedad protegida.

La Resolución 3168 de 2015 del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) –que deroga y sustituye la resolución 970 de 2010– por medio de la cual se «*reglamenta y controla la producción, importación y exportación de semillas producto del mejoramiento genético para la comercialización y siembra en el país, así como el registro de las unidades de evaluación agronómica y/o unidades de investigación en fitomejoramiento*», y cuyo artículo 22 presenta el denominado –y previamente explanado– «privilegio del agricultor».

Súmese la Resolución 1893 de 1995, que define el término «Obtentor» en su artículo primero.

3.4 Antecedentes supranacionales y otros instrumentos internacionales

A nivel regional, en Colombia regenta la Decisión Andina 345 de 1993, en virtud de la cual tiene aplicación el Convenio de UPOV 1978, y cuyo artículo 26 igualmente consagra la figura del «privilegio del obtentor». El artículo 15, literal «b» de la Decisión 486 de 2000⁹; el artículo 20¹⁰, «Derechos de propiedad intelectual», de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de trascendente importancia en tratándose de semillas tradicionales y pueblos indígenas; así como el Convenio de Diversidad Biológica (CDB) de 1992; el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad en la Biotecnología, y el Protocolo de Nagoya – Kuala Lumpur, sobre responsabilidad y compensación suplementaria al Protocolo de Cartagena.

A pesar de que, en el paraje internacional, el Protocolo de Nagoya – Kuala Lumpur

«sobre responsabilidad y compensación suplementaria al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología»¹¹, se presente como el más notorio avance en relación con los *conocimientos tradicionales y recursos genéticos*, en tanto reglamenta, con detalle, disposiciones afines en el Convenio sobre Responsabilidad Biológica (CBD)¹² de 1992, cierto es que el mismo resulta insuficiente (Pérez & Pichardo, 2017, p. 29).

Cometidos similares –en el sentido de reconocer y proteger tales derechos mediante alguna suerte de sistema *sui generis*– por parte de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) han sido de igual forma, infructuosos, y no puede

9 Artículo 15.- No se considerarán invenciones: [...]

b) el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural.

10 **Artículo XX. Derechos de propiedad intelectual:** 1. Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento y a la plena propiedad, control y la protección de su patrimonio cultural, artístico, espiritual, tecnológico y científico, y a la protección legal de su propiedad intelectual a través de patentes, marcas comerciales, derechos de autor y otros procedimientos establecidos en la legislación nacional; así como medidas especiales para asegurarles status legal y capacidad institucional para desarrollarla, usarla, compartirla, comercializarla, y legar dicha herencia a futuras generaciones. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a controlar y desarrollar sus ciencias y tecnologías, incluyendo sus recursos humanos y genéticos en general, semillas, medicina, conocimientos de vida animal y vegetal, diseños y procedimientos originales. 3. Los Estados tomarán las medidas apropiadas para asegurar la participación de los pueblos indígenas en la determinación de las condiciones para la utilización pública y privada de derechos enumerados en los párrafos 1 y 2.

11 Aprobado en territorio colombiano mediante la Ley 1926 de 24 de julio de 2018, por medio de la cual se aprueba el “Protocolo de Nagoya – Kuala Lumpur sobre Responsabilidad y Compensación Suplementario al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología”, adoptado en Nagoya, Japón, el 15 de octubre de 2010.

12 Aprobado en territorio colombiano mediante la Ley 165 de 1994, reglamentada en el Decreto 2372 de 2010, compilado, a su vez, en el Decreto 1076 de 2015 «por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible».

decirse cosa distinta de propuestas negociadas por el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG), de la misma OMPI¹³, como quiera que aquél no ha logrado avances significativos en años (Pérez & Pichardo, 2017, p. 29).

3.5 La prohibición de la protección cumulativa sobre una misma planta o variedad vegetal: inexecutable del UPOV 91

Con ocasión de la sentencia C-1051 de 2012, y la declaratoria de inexecutable, debido a la falta de consulta previa con las comunidades *afectadas directamente* con su expedición, de la Ley 1518 de ese mismo año –que pretendía incluir al bloque de constitucionalidad la revisión UPOV del 91–, la desaparición de la cláusula de prohibición de doble protección de la UPOV en su revisión de 1991 se tiene por no existente, como quiera que dicha Acta de Revisión no aplica en territorio nacional por vía jurisprudencial, por lo que dicha restricción se mantiene.

Así mismo, según lo descrito por García (2016, p. 77), se mantiene vigente la prohibición a los Estados firmantes del convenio UPOV, de proteger una misma variedad mediante ambas vías (derecho de patentes y título de obtención) de manera cumulativa, al «conceder tutela al obtentor de una variedad vegetal por medio de un derecho de patente o por medio de un título específico» en forma simultánea y facultativa, a la luz del UPOV 61 (del 2 de diciembre).

El Estado colombiano, entonces, está habilitado para ofrecer ambas vías de protección con sus respectivas distinciones de objeto y forma, más no lo está para otorgar protección cumulativa a una misma variedad. Esta realidad se observa inalterada, aún a pesar de la eventual introducción de las revisiones del 10 de diciembre de 1972 y del 23 de octubre de 1978 (artículo 2)¹⁴, vigentes por conducto de la Ley 243 de 1995.

Situación que se contrapone al recuento de García (2016, pp. 77-78), según el cual:

En el Acta del Convenio de la UPOV de 1991 desapareció la prohibición de doble protección que figuraba en las anteriores Actas del Convenio, limitándose el artículo 2 a disponer que «(c)ada Parte Contratante concederá derechos de obtentor

13 El Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG) de la OMPI lleva a cabo negociaciones basadas en textos con miras a finalizar un acuerdo sobre uno o varios instrumentos jurídicos internacionales para la protección de los conocimientos tradicionales (CC.TT.), las expresiones culturales tradicionales (ECT) y los recursos genéticos (RR.GG.).

14 **Artículo 2. Formas de protección: 1)** Cada Estado de la Unión puede reconocer el derecho del obtentor previsto por el presente Convenio mediante la concesión de un título de protección particular o de una patente. No obstante, todo Estado de la Unión, cuya legislación nacional admita la protección en ambas formas, deberá aplicar solamente una de ellas a un mismo género o una misma especie botánica. **2)** Cada Estado de la Unión podrá limitar la aplicación del presente Convenio, dentro de un género o de una especie, a las variedades que tengan un sistema particular de reproducción o de multiplicación o cierta utilización final.

y los protegerá». En consecuencia, se pasó a permitir que una misma variedad estuviese protegida, a la vez, por una obtención vegetal y por una patente, como ya se venía haciendo en determinados países, como los EE.UU. de Norteamérica a raíz de la doctrina de la conocida sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Diamond v. Chakrabarty*¹⁵.

Elaborando el anterior punto, recuerda Pérez (2018), que los Estados Unidos de América y la Unión Europea han acostumbrado a presionar a Estados no firmantes de la revisión UPOV 91 para que le den adopción, ya que esto representaría beneficios para los primeros. Esto, debido a que la revisión del 91 *permite la doble protección cumulativa* «(patente y registro de obtentor), *incorpora las variedades esencialmente derivadas, y no protege los derechos del agricultor a volver a sembrar con el producto de su cosecha si utilizó semillas protegidas*» (p. 534) (cursiva fuera del original).

3.6 El derecho de obtentor vegetal en Colombia: terreno contemporáneo

Aunque inaplicada jurisprudencialmente en Colombia (C-1051-2012), con efectos meramente ilustrativos y dada su universalidad, téngase en cuenta la definición de *obtentor* tal y como figura en el Acta revisada de 1991 del Convenio de la UPOV, cuando en su artículo primero, literal cuarto, lo describe como aquel individuo¹⁶ que reúne las tres siguientes condiciones: primero, como «la persona que haya creado o descubierto y puesto a punto una variedad»; en segundo lugar, como «la persona que sea el empleador de la persona antes mencionada o que haya encargado su trabajo, cuando la legislación de la Parte Contratante en cuestión así lo disponga»; o, en tercer término, «el causahabiente de la primera o de la segunda persona mencionadas, según el caso».

El artículo primero de la Resolución 1893 de 1995 repite la anterior definición, al entender al obtentor como «la persona natural o jurídica que haya desarrollado y terminado una nueva variedad»; «la persona que sea el empleador de la persona antes mencionada o que haya encargado su trabajo, cuando la legislación de la parte contratante en cuestión así lo disponga»; o como «el causahabiente de la primera o de la segunda persona mencionadas, según el caso».

15 Cuestión principal: “La protección, por patente, está disponible para un microorganismo fabricado artificialmente, en vez de para uno en su estado natural”.

16 *Se entenderá que el término “persona”, que figura en el Artículo 1.iv) del Acta de 1991 del Convenio de la UPOV, se refiere tanto a las personas físicas como jurídicas. El término personas e refiere a una o más personas. A los efectos del presente documento (“Notas explicativas sobre la definición de obtentor con arreglo al acta de 1991 del convenio de la UPOV”), la expresión “persona jurídica” se refiere a una entidad objeto de derechos y obligaciones en virtud de la legislación del miembro pertinente de la Unión.*

A la luz del artículo 4 de la Decisión CAN 345, el derecho de obtentor se concede mediante un certificado que otorga un derecho de explotación exclusiva cuya duración, según el actual Decreto Reglamentario 2687 de 2002, en su artículo primero «por el cual se modifica el artículo 7 del Decreto 533 de 1994», es así:

El término de duración de la protección, será de veinticinco (25) años, para el caso de las vides¹⁷, árboles forestales, árboles frutales incluidos sus portainjertos y de veinte (20) años para las demás especies, contados a partir de la fecha de su otorgamiento.

La jurisprudencia entiende al derecho de obtentor como «un derecho de propiedad intelectual, subjetivo, real, absoluto, temporal, patrimonial, exclusivo y excluyente, que, como tal, es objeto de protección constitucional y legal» (Sentencia C-501/14).

El derecho de obtención vegetal tiene por objeto a una «materia viva, presente en el medio natural y capaz de mutar por sí misma», o a organismos perfeccionados por el ser humano en un nivel evolutivo, por lo que se trata de un sistema *sui generis* de protección industrial diferente al de las patentes, pues entre otras cosas, «las obtenciones vegetales no cumplen los requisitos de las invenciones patentables», no requiriéndose, inclusive, una aplicación industrial que se equipare a la requerida en la normativa de patentes, siendo que «no se exige para el registro de la variedad vegetal que ésta tenga interés agronómico» (Saldaña, 2013, pp. 153-154).

Esto último se deriva del artículo 7 de la Decisión 345 según el cual, los *únicos* requisitos para registrar una determinada variedad son: novedad; distinguibilidad; homogeneidad y estabilidad (artículos 8-12), sumando la presentación de una «denominación genérica adecuada» o nombre.

3.7 El privilegio del agricultor como limitación al derecho del obtentor

El privilegio del agricultor, como limitación al derecho del obtentor, se encuentra reglamentado por el artículo 22 de la Resolución 3168 de 2015 del Instituto Nacional Agropecuario (ICA) y consiste en que, de requerirlo el agricultor o labriego que carezca del título de obtentor, este podrá, al estar interesado en una variedad protegida por el derecho de obtentor, utilizarla en una proporción o *mínimo razonable* en el desarrollo de su propia cosecha o explotación. La resolución en cuestión determina los mínimos razonables o *áreas por especie* así: «Arroz hasta 5 has (una tonelada), soya hasta: 10 has (800 kilos), algodón hasta 5 has (60 kilos)» (has de *hectáreas*).

17 De vid. Planta vivaz y trepadora de la familia de las vitáceas, con tronco retorcido, vástagos muy largos, flexibles y nudosos, cuyo fruto es la uva (Real Academia Española, s.f., definición 1).

Cabe aclarar que la figura del privilegio del agricultor no es una creación del derecho colombiano, en Chile, por ejemplo, el privilegio del agricultor dicta que los derechos del obtentor no se observarán vulnerados por el uso que agricultores otorguen a la variedad protegida en el contexto de su explotación personal, con la condición de que las semillas protegidas, adquiridas debidamente por el agricultor, no entren el comercio o se transfieran a cualquier título (Concha, 2019, p. 346).

Desarrollando la idea interior, Barrera y Donoso (2013) recuerdan que, hacer hincapié en la explotación *personal* como requisito sin el cual no opera el privilegio del agricultor, implica, entonces, que actividades comerciales como vender semillas a terceros, no están contempladas por la figura. Así mismo, el acto de intercambiar semillas, al superar la esfera de lo personal, tampoco estaría cobijado bajo el privilegio del agricultor – a pesar de que podría favorecer a la biodiversidad – y «por lo tanto se registraría por los derechos de propiedad del obtentor» (p. 229).

En Colombia, el derecho de *propagación comercial de semillas protegidas* es exceptuado del privilegio del agricultor por el parágrafo del mencionado artículo 22 de la resolución ICA de 2015, así:

Se exceptúa de este privilegio la utilización **comercial** del material de multiplicación, reproducción o **propagación**, incluyendo plantas enteras y sus partes, de las especies frutícolas, ornamentales y forestales, de conformidad con la Decisión CAN 345 de 1993. Así mismo, por bioseguridad también se exceptúan las semillas modificadas genéticamente por ingeniería genética u obtenidas por mutaciones espontáneas o inducidas artificialmente. (negrilla fuera del original).

Por otro lado, la inexequible revisión UPOV 91 va más allá, pues como precisa Uribe Arbeláez (2016), esta «cercena el derecho de paisanaje de reservar semilla, guardarla para utilizarla y resembrarla en una nueva cosecha, *intercambiarla con sus vecinos* e incluso venderla en el mercado local» (cursiva fuera del original). El *derecho de paisanaje* es una práctica ancestral de comunidades campesinas a lo largo del mundo que constituye el eje central o «núcleo del llamado “privilegio del agricultor” o excepción en favor del agricultor, entendiendo por tal no al agro-empresario sino al campesino o pequeño agricultor» (p. 160).

3.8 Las variedades esencialmente derivadas como extensión del derecho del obtentor

La definición de «variedad esencialmente derivada», dispuesta en la definición cuarta del artículo tercero de la Decisión Andina 345 (*ibidem*), se lee así:

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* (cursiva fuera del original).

Por otro lado, en lo que respecta a las variedades esencialmente derivadas de una variedad protegida, como extensión del derecho del obtentor en Colombia, el artículo 8 del Decreto 533 de 1994 (compilado en el Decreto Único 1071 de 2015, artículo 2.13.7.1.7) dispone de lo siguiente:

El obtentor de una variedad inscrita en el Registro Nacional de Variedades Vegetales Protegidas tendrá el derecho de impedir que terceros realicen sin su consentimiento los actos iniciados el artículo 24 de la Decisión 345 de 1993¹⁸, respecto a las variedades protegidas y de las esencialmente derivadas de la variedad protegida, *salvo que esta sea a su vez una variedad esencialmente derivada*. (cursiva fuera del original).

El artículo 25 de la Decisión 345/93 desarrolla la cuestión inmediatamente anterior. Su enunciado se lee: «el derecho de obtentor no confiere a su titular el derecho de impedir que terceros usen la variedad protegida, cuando tal uso se realice:», literal «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».

Entonces, la extensión del derecho del obtentor encuentra su límite legal en el uso de la variedad protegida con el propósito de engendrar una innatamente nueva, en la medida en que el obtentor de la variedad protegida *carece* de acción en derecho en contra del anterior cometido. Debe comprenderse, que esta excepción se desdibujará una vez se pretenda confeccionar una variedad vegetal que no resultare ser *auténticamente* nueva, sino *esencialmente derivada* de aquella protegida, caso en el cual procederá la figura de la extensión del derecho a favor del obtentor, tal y como dispone el artículo 2.13.7.1.7, *ibidem*.

Tratándose de esto último, como precisa Arcudia (2016), el agricultor o productor que, pretendiendo ser obtentor, confeccione una variedad vegetal que sea, en esencia, derivada de una protegida, deberá *entablar negociaciones* con el auténtico titular de la variedad protegida u original, de cara a la obtención de una licencia. De no ser este el caso, entonces, «se podrá seguir utilizando cualquier variedad protegida para desarrollar nuevas variedades, salvo que caiga dentro de la categoría bien delimitada de las variedades esencialmente derivadas». Esto, sin pagar compensación alguna al obtentor de la primera variedad (p. 195) (cursiva fuera del original).

18 “24. La concesión de un certificado de obtentor conferirá a su titular el derecho de impedir que terceros realicen sin su consentimiento los siguientes actos respecto del material de reproducción, propagación o multiplicación de la variedad protegida [...]”.

En su artículo titulado “Do New Breeding Techniques in Ornamentals and Fruits Lead to Essentially Derived Varieties?”, Krieger y otros (2020), describe a la variedad esencialmente derivada como una verdadera extensión del derecho del obtentor vegetal, ya que habilita al obtentor para excluir a otros de la ejecución de actos específicos como lo son el producir, vender, exportar o importar una variedad protegida y, claro está, una variedad *esencialmente derivada* de esta. Así, la figura de la variedad que en esencia es derivada, hace necesario contemplar el alcance de la protección otorgada al obtentor, de cara a no infringir su derecho (p. 1).

4. Breves consideraciones en el empleo de semillas, plantas y variedades vegetales protegidas: protección penal de la semilla tradicional

La infracción *dolosa* que pretenda usurpar derechos de obtención vegetal, constituye al tercero que manipule o use determinada variedad protegida, en sujeto activo del tipo penal dispuesto en cual fuera el artículo 306, Ley 599 de 2000¹⁹, relativo a la «usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales».

De acuerdo con la sentencia C-501 del 16 de julio del año 2014, el mencionado tipo penal precisa una exteriorización de voluntad *dañosa*, en relación con derechos de obtención vegetal, en la conducta desplegada por aquel que usa o manipula una variedad protegida para provecho comercial.

Sobre el particular, el anterior fallo aclara lo siguiente, en relación con la configuración del delito:

En las mismas penas incurrirá quien financie, suministre, distribuya, ponga en venta, comercialice, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación, bienes o materia vegetal, producidos, cultivados o distribuidos en las circunstancias previstas en el inciso anterior.

La norma no sanciona las conductas de pueblos y comunidades indígenas, afrodescendientes, raizales, tribales y campesinas, cuando los mismos, en desarrollo del proceso de explotación sostenible de los recursos naturales, ejercen la actividad agrícola para su consumo y subsistencia, de acuerdo con las prácticas y conocimientos ancestrales.

19 El que, fraudulentamente, utilice nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial, o usurpe derechos de obtentor de variedad vegetal, protegidos legalmente o similarmente confundibles con uno protegido legalmente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

5. El estado de protección de la semilla tradicional en Colombia

La Decisión Andina 345, nombrada en diversas oportunidades, contiene una serie de disposiciones interesantes en relación con el derecho de agricultores para multiplicar variedades protegidas por el derecho de obtención vegetal. La cuestión es que «no contempla mecanismos de protección sobre las variedades tradicionales» (Pertuzé y otros, 2014, p. 42).

En el ámbito nacional, nada impide, realmente, como se observará a continuación –de la mano con el fallo C-1051/12 y otros–, que terceros e industriales se constituyan en obtentores de «nuevas» variedades vegetales cuyas características genóticas no son más que un reflejo de aquellas propias de una variedad vegetal o semilla de carácter eminentemente tradicional, cuya arquitectura y gestación *obedece* a la labor ancestral de comunidades campesinas o indígenas del territorio nacional, mas no a maquinaciones biotecnológicas o de ingeniería genética, exponiendo así la potencial precariedad *de las semillas tradicionales en Colombia*.

Siguiendo estos lineamientos, a continuación, se citan algunos extractos textuales de la sentencia de constitucionalidad C-1051 del año 2012, mencionada en diversas ocasiones.

En lo concerniente al mejoramiento genético y aludiendo al UPOV 91:

[...] El proceso de mejoramiento genético que aplican las comunidades diferenciadas se desarrolla conforme a las prácticas y conocimientos tradicionales, esto es, a partir de enfoques y principios diferentes a los que son utilizados por los fitomejoradores modernos, quienes a su vez hacen uso de las nuevas tecnologías existentes que son precisamente las acogidas por el UPOV de 1991 (p. 132).

Enalteciendo el aspecto meramente tradicional – más no comercial –, de las semillas, plantas, variedades vegetales y demás subproductos de los conocimientos tradicionales:

[...] Los grupos étnicos, acorde con sus costumbres y formas de vida, no se dedican a la explotación comercial de los conocimientos ancestrales, ni tampoco los referidos conocimientos se encuentran contenidos o registrados en solicitudes de derechos de obtentor, dado que los mismos tienen un uso comunitario y, como tal, se acercan más al concepto de propiedad colectiva (pp. 132-133).

Respecto de una de las principales y más gravosas consecuencias, en tratándose del DOV, para los pueblos campesinos, indígenas, tribales o autóctonos, con ocasión de las «reglas de juego» derivadas del hoy *inexequible*, UPOV 91:

[...] podría ocurrir, conforme a las reglas previstas en el citado convenio, que variedades vegetales producto de prácticas milenarias, por el hecho de no haber

sido comercializadas por las comunidades o entregadas con fines de explotación, sean presentadas como creadas o puestas a punto por parte de fitomejoradores formales, quienes serían entonces los beneficiarios de los derechos de obtentor, desplazando a los pueblos autóctonos en el ejercicio de tales derechos, lo que sin duda implicaría una seria afectación a su identidad, autonomía y subsistencia (p. 133).

Referenciando las dificultades técnicas en que habrían de encontrarse dichas comunidades indígenas y campesinas, al pretender acogerse a un régimen legal de protección intelectual como lo era el expuesto en el ya nombrado UPOV 91:

[...] Las variedades que durante siglos han sido desarrolladas y mejoradas por tales grupos, y que constituyen fuente importe de su subsistencia, pueden no obtener la protección que el Convenio UPOV de 1991 reconoce, en razón a que las mismas no están en capacidad de cumplir los requisitos técnicos impuestos por el régimen del citado convenio (“novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad”) (p. 132).

Los segmentos eludidos, se refieren a situaciones de hecho y derecho que perturban la seguridad del agricultor en el contexto tradicional.

Súmese a esto el hecho de que con ocasión de la Resolución 3168 de 2015 del Instituto Colombiano Agropecuario, toda actividad de recolección de frutos, «empezando por la obtención de semillas», se ha de realizar en forma *regulada*. Esto incluye tanto a la persona jurídica como a la persona natural encargada de producir, comprar o comercializar semillas (Riaño, 2020, p. 14).

Así, basta con dar una transversal lectura a la Resolución ICA 3168 de 2015 para luego observar el *inquietante* hecho de que, bajo su mandato legal, no se puedan registrar semillas con fines comerciales «que sean similares o confundibles; ya que solo es posible producir, registrar y comercializar semillas *autorizadas*, que sean *certificadas*, *registradas* y debidamente *rotuladas*». (Caballero y otros, 2019, p. 99), (cursiva fuera del original).

Inquietante, en tanto que:

La norma no especifica claramente quienes son las personas autorizadas, pero se puede inferir que los agricultores y comunidades locales que permanentemente están produciendo, seleccionando, intercambiando, compartiendo y comercializando semillas, estarían violando esta norma, puesto que sus semillas no están certificadas ni rotuladas. También sería ilegal, comercializar una variedad criolla con su nombre originario, puesto que según la norma podría “inducir a error, confusión y engaño al consumidor” (Caballero y otros, 2019, p. 99).

En un sentido similar y a modo enunciativo, nótese el caso mexicano, en donde la seguridad y soberanía alimentaria se ha visto efectivamente afligida a causa de

regulaciones y figuras de la propiedad industrial como lo son el derecho del obtentor vegetal (DOV) en razón a que, como dice Acuña (2016):

Estas obtenciones vegetales están orientadas principalmente hacia la producción agrícola de forma industrial a la cual solo logran acceder los grandes y medianos productores agrícolas. Varias de las semillas híbridas requieren ser compradas cada época de cosecha, y muchas de ellas para su correcto crecimiento deben a campañas con agroquímicos que son vendidos por las mismas empresas. Todo esto hace que el modo de producción agrícola de forma industrial requiera una inversión de capital que los pequeños productores agrícolas no pueden asumir (p. 47).

CONCLUSIONES

Del análisis crítico, interpretativo y comparativo de fuentes originales, legales, comunitarias y jurisprudenciales, es dable concluir lo siguiente, a manera de *reflexión*:

A pesar de que el desarrollo de figuras del derecho de propiedad industrial como el Derecho del Obtentor Vegetal es completo en la legislación nacional y extenso en la norma comunitaria, lo cierto es que esto no incide, sustancialmente, en la protección del conocimiento tradicional agrario de comunidades de orden diverso. Aunque el derecho del obtentor sea *sui generis* debido a que protege única y especialmente a semillas, plantas y variedades vegetales, no es *sui generis* en el sentido de proteger a semillas, plantas y variedades vegetales de *carácter eminentemente tradicionales*.

El conocimiento tradicional agronómico de comunidades locales, campesinas e indígenas sufre, con cierto grado de intensidad, de una incertidumbre jurídica fruto de la ausencia de un sistema de protección industrial integral para semillas, plantas y variedades tradicionales, que considere el especial contexto cosmogónico de aquellas comunidades, en relación con el uso y la propiedad *colectiva* de los recursos naturales. En Colombia no existe un régimen *sui generis* de protección que contemple y dignifique a la semilla tradicional, en el marco de un mercado de alto tráfico e interés industrial, como lo es el agrícola.

Por su parte, la Resolución ICA 3168 de 2015, desde la perspectiva del agricultor campesino, indígena o local, resulta ser un obstáculo al pretender ejercer actos de comercio respecto de sus propias variedades, pues exige estándares biotecnológicos y burocráticos altamente técnicos y por lo mismo, extraños a la condición tradicional o de explotación personal, lo que imposibilita la concesión de una autorización a la semilla desde el Instituto Nacional Agropecuario para su circulación en el mercado.

En la práctica, entre muchos otros, la resolución en cuestión somete el registro de variedades tradicionales al cumplimiento de requisitos como la rotulación y certificación, que las semillas y variedades tradicionales no pueden cumplir, lo que supone una especie de marginación estatal en contra de los derechos de tales comunidades.

Por otro lado, si bien es cierto que el fallo C-1051 de 2012 salvaguardó la semilla tradicional de disposiciones comunitarias lesivas, al impedir la entrada de la revisión UPOV de 1991 en el bloque de constitucionalidad, el esquema de defensa del conocimiento tradicional agrícola no puede limitarse a sólo existir en los confines de una sentencia de constitucionalidad. Los antecedentes fácticos específicos al fallo y que derivaron en el particular pronunciamiento de la Corte Constitucional, implica que el alcance erga omnes de la decisión pueda llegar a tener sus límites, por lo que el legislador debería, en principio, hacer lo suyo propio y crear un auténtico e integral sistema de protección *sui generis* concebido en exclusiva para el grano tradicional.

Sin embargo, la problemática no sólo reposaba exclusivamente sobre el inexecutable UPOV en su revisión de 1991, ni en la Resolución ICA 3168 de 2015 y sus exigencias técnicas, sino que más bien, se insiste, el problema se refleja en *la falta de un sistema de protección intelectual e industrial, de carácter sui generis y naturaleza integral*, engendrado con el fin último de cobijar incondicionalmente a los pueblos indígenas, tribales o campesinos.

Así mismo, la figura de la variedad vegetal esencialmente derivada, tiene el potencial de jugar una mala pasada en contra de la defensa de la semilla tradicional. Como se trajo a colación en su momento, nada impide que un tercero se haga con los derechos de obtención sobre una determinada variedad vegetal que, a la larga y a ciencia cierta, no es otra cosa que una variedad esencialmente derivada de una originalmente tradicional que, en gracia de discusión, carece de rotulación, registro y, en consecuencia, de autorización para circular en los mercados, lo que ciertamente, a su vez, comprendería una modalidad de *biopiratería*.

Ahora bien, la falta de seguridad jurídica plena, en lo tocante a la semilla tradicional, dista de ser una realidad exclusivamente nacional, pues se trata de una cuestión que va más allá de los límites territoriales. Una apreciación inductiva del contenido de este escrito en el contexto de lo comunitario, ha de ser lo suficientemente dicente como para inferir que el escaso desarrollo legislativo en cuanto a la protección de las semillas y conocimientos tradicionales, bajo el entendido de estas líneas, no es sino una desventura común entre comunidades indígenas o campesinas, generalmente hablando.

Esto, pues considérese que, sólo en el contexto indígena y según la UNICEF, existen actualmente 522 pueblos indígenas en 21 países del continente latinoamericano, *«desde la Patagonia y la Isla de Pascua hasta Oasisamérica en el norte de México, pasando por distintas áreas geográficas como Chaco Ampliado, Amazonía, Orinoquía, Andes, Llanura Costera del Pacífico, Caribe Continental, Baja Centroamérica y Mesoamérica»*.

Finalmente, la principal debilidad de esta investigación radica en el paso del tiempo. La eventual introducción de una nueva normatividad especial, integral y *sui generis* de la naturaleza descrita en este aparte es, naturalmente, incierta e impredecible, por lo que, con posterioridad a la publicación de este trabajo, es posible que el sentido de las

líneas que lo componen y, por ende, el alcance del mismo, se torne algo impreciso. No obstante, analizando el caso colombiano, es prudente afirmar que la probabilidad de introducción de dicha normatividad no es realmente alta, aunque no deja de ser cierto que esta es una interpretación subjetiva con base en los hallazgos de la investigación.

Referencias

- Acuña, D. (2016). “Efectos del régimen de propiedad intelectual de obtenciones vegetales en la seguridad y la soberanía alimentaria de México (20 años del TLCAN)”. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, pp. 1-59.
- Arcudia Hernández, C. E. (2015). “El régimen de protección jurídica de las obtenciones vegetales en México: propuestas para una mejor adaptación al sistema Cupov”. Revista *La Propiedad Inmaterial* n.º 19, Universidad Externado de Colombia, enero-junio, 2015, pp. 89-112. DOI: 10.18601/16571959.n19.05
- Arcudia Hernández, C. E. (2016). “Límites a los Derechos de Obtención Vegetal en la Ley Federal de Variedades Vegetales de México”. Revista *La Propiedad Inmaterial*, 22, pp. 194–195.
- Barrera Miranda, Alejandra, y Donoso Cáceres, Alejandra. (2013). “La aprobación del UPOV 91: La biodiversidad como objeto de propiedad intelectual. Análisis crítico en justicia ambiental”. *Revista de Derecho Ambiental* (Nº 5), pp. 219-234.
- Blakeney, M. (2007). *Plant Variety Protection, International Agricultural Research, and Exchange of Germplasm: Legal Aspects of Sui Generis and Patent Regimes, Intellectual Property Management in Health and Agricultural: A Handbook of Best Practices*. Recuperado de: <http://www.iphandbook.org/handbook/ch04/p07/>
- Caballero, E., Duarte, O. and Álvarez, L. (2019). “Despojo de las semillas en los pueblos indígenas de Colombia”. Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales BIEC, pp. 1-42.
- Concha, R. (2019). “Algunos problemas del régimen de propiedad intelectual de las obtenciones vegetales en Chile”. 2nd ed. *Revista Ius et Praxis*, pp. 341-358.
- Correa, C. (2016). *Sui generis protection for farmers' varieties*. Taylor & Francis Group, 1, pp. 156-183. Recuperado de: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.4324/9781849775663-18/sui-generis-protection-farmers-varieties-carlos-correa>

Corte Suprema de los Estados Unidos (JUSTIA). (s.f). *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980). Recuperado de: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/303/>

Dhar, B. (2002). *Sistemas Sui Generis para la Protección de Variedades Vegetales*. Recuperado de: <https://quno.org/sites/default/files/resources/Sui-Generis-Systems-for-Plant-Variety-Protection-Spanish.pdf>

Dörr, D. (2019). *Biopiracy and the right to self-determination of indigenous peoples*.

Phytomedicine, 53, pp. 308–312. Recuperado de: <https://doi.org/10.1016/j.phymed.2018.10.019>

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). (s.f). *UNICEF presenta el Atlas sociolingüístico de pueblos indígenas en América Latina*. Recuperado de: <https://www.unicef.es/prensa/unicef-presenta-el-atlas-sociolingüístico-de-pueblos-indígenas-en-américa-latina>

García, Á. (2016). “El material vegetal protegido por una patente o un derecho de obtentor y el empleo del producto de su cosecha con fines de propagación: agotamiento y privilegio del agricultor en Europa y en los EE.UU.” *Revista Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT), Vol. 8, No. 1 (2016), pp. 76-100.

González, A. (2018). “El sistema de propiedad intelectual sobre variedades vegetales. ¿El sistema UPOV vigente atenta contra los derechos de los agricultores y la seguridad alimentaria?” *Alegatos*, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana, (100), pp. 910-920.

Janis, Mark. (2002). *Intellectual Property Issues in Plant Breeding and Plant Biotechnology, Biotechnology, Gene Flow, and Intellectual Property Rights: An Agricultural Summit, Purdue University*. Recuperado de: http://www.agriculture.purdue.edu/arp/ag_summit.pdf

Krieger, E., De Keyser, E., & De Riek, J. (2020b). *Do New Breeding Techniques in Ornamentals and Fruits Lead to Essentially Derived Varieties?* *Frontiers in Plant Science*, 10. <https://doi.org/10.3389/fpls.2019.01612>

Manrique, G., Verduzco, G., Hernández, A., Martín, M., Martínez, F., & Vigo, A. (2019). *La propiedad intelectual de variedades vegetales. Una legislación nacional (México) en el marco internacional* (1st ed., pp. 1-148). Ciudad de México: Pearson Educación de México, S.A. de C.V.

Martínez, A. (2011). *La protección dual de la propiedad industrial de las plantas transgénicas: como invenciones y como variedades vegetales*. (pp. 1-29). Islas Baleares: InDret.

- Morais, J., dos Santos, N. & Amat, P. (2016). “Protección jurídica de la materia biológica vegetal. Transgénicos, patentes y obtenciones vegetales”. *Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, pp. 145-168.
- Núñez, J.R. (2018). “La perspectiva del derecho al desarrollo en la constitución colombiana como garantía de la protección del conocimiento tradicional sobre recursos de la biodiversidad”. *Revista Ambiente Jurídico* (23), pp. 99-117.
- Pérez, R. & Pichardo, Q. (2017). “Conocimientos tradicionales y de los vegetales en el código de los conocimientos de Ecuador”. 95th ed. Ciudad de México: *Alegatos*, pp. 27-44.
- Pérez, R. (2018). “La disputa internacional por los recursos genéticos”. *Alegatos - Revista Jurídica de La Universidad Autónoma Metropolitana*, 100, pp. 515-538.
- Pertuzé, R., Covacevich, D., Muñoz, C., Millaleo, S. and Magarinos, B. (2014). *Estudio sobre alternativas de protección jurídico – normativa y de otra índole para semillas y prácticas tradicionales relacionadas con la agricultura, utilizadas y mantenidas por agricultoras y agricultores de nuestro país*. Oficina de Estudios y Políticas Agrarias (ODEPA) del Ministerio de Agricultura, Gobierno de Chile, pp. 1-108.
- Rangel, H. (2008). *La materia viva en el derecho de patentes mexicano*. Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Año III No 4, 199-228. Recuperado de: <http://www.anuarioandino.com/Anuarios/Anuario04/Art08/ANUARIO%20ANDINO%20ART08.pdf>
- Reyna Carrera, M. J. (2019). *Biopiratería: Otro reto para el desarrollo sostenible*. Revista Auctoritas Prudentium, 20, pp. 1-13.
- Riaño, J. (2020). *Protección legal del ingenio productor de semillas y la responsabilidad civil derivada de su creación, registro, producción y comercialización*. Universidad Santo Tomás de Tunja, p.14. *recursos genéticos y conocimiento tradicional. Elementos críticos para una política y legislación en Chile*. Revista de Derecho Ambiental (Nº 4), pp. 117-140.
- Rovira, G., & Modica, F. (2015). *Sistema de protección legal de las obtenciones vegetales y las invenciones biotecnológicas aplicadas a las plantas en la República del Paraguay* (6th ed., pp. 1-13). Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual (RIPI).
- Saldaña, B. (2013). *Cuestiones en Torno a la Extensión de la Protección Provisional del Obtentor de una Variedad Vegetal en el Reglamento (CE) Núm. 2100/94*. Cuadernos de Derecho y Comercio, 59, pp. 147-182.

UNESCO. (2017). *Conocimientos Locales, Objetivos Globales*. UNESCO: París, pp. 1-48.

Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV). (24 de octubre de 2013). *Notas explicativas sobre la definición de obtentor con arreglo al acta de 1991 del convenio de la UPOV*. https://www.upov.int/edocs/expndocs/es/upov_exn_brd.pdf

Uribe Arbeláez, M. (2016). *Derechos de los agricultores y convenio UPOV/91*.

Revista La Propiedad Inmaterial, 21, pp. 139–171.

Vargas-Chaves, I., Rodríguez, G.A., & Gómez-Rey, A. (2016). *Las obtenciones vegetales y el rol de la consulta previa en las problemáticas asociadas a su regulación*. En G. A. Rodríguez, & I. Vargas-Chaves (Eds.) *La prevención en materia ambiental* (pp. 97-134). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.