

La usurpación de los derechos de obtentores vegetales en Colombia: un análisis desde el error de prohibición

■ *The usurpation of plant breeders' rights in Colombia: a prohibition error analysis*

■ *A usuração dos direitos dos obtentores vegetais na Colômbia: uma análise a partir do erro de proibição*

• Fecha de recepción: 2023/11/09
• Fecha de evaluación: 2024/03/19
• Fecha de aprobación: 2024/04/24

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo: Vargas-Chaves, I. (2024). La usurpación de los derechos de obtentores vegetales en Colombia: un análisis desde el error de prohibición. *Revista Criminalidad*, 66(2), 109-123. <https://doi.org/10.47741/17943108.608>

Iván Vargas-Chaves

Doctor en Derecho
Dottore di Ricerca (Dott. Ric.)
Profesor Facultad de Derecho
"General Luis Carlos Camacho Leyva"
Universidad Militar Nueva Granada
Bogotá D.C., Colombia
ivan.vargas@unimilitar.edu.co
ivanguillermo.vargas@alu.uclm.es
<https://orcid.org/0000-0001-6597-2335>

Resumen

El presente artículo tiene por **objetivo** analizar el escenario crítico que se da en el artículo 306 del Código Penal, que penaliza el delito de usurpación de los derechos de obtentores vegetales; ello, desde la figura del error de prohibición. Se analiza la forma en cómo los campesinos incurren en esta situación jurídica, en tanto que, como grupo de especial protección, dependen de prácticas tradicionales que a diario utilizan, así como de las semillas nativas o criollas para garantizar su soberanía alimentaria. La **metodología** de análisis documental escogida permitió estudiar y realizar un análisis externo desde un enfoque interpretativo sistemático, el conjunto de normas de derecho interno, internacional y supranacional sobre obtenciones vegetales, así como la jurisprudencia y la doctrina especializada en este ámbito. Como aporte, el artículo **concluye** que, en un Estado de Derecho, el error de prohibición como figura es clave para que todos los individuos, incluidos los campesinos, actúen con seguridad y confianza, sin temor a ser penalizados por actos que además de considerar son lícitos, son fundamentales para su subsistencia y soberanía alimentaria.

Palabras clave:

Usurpación de derechos de obtentores vegetales, obtenciones vegetales, derechos de los campesinos, soberanía alimentaria, error de prohibición

Abstract

The **aim** of this article is to analyse the critical scenario that occurs in article 306 of the Penal Code, which criminalises the offence of usurpation of plant breeders' rights, based on the figure of the error of prohibition. The way in which peasants incur in this legal situation is analysed, insofar as, as a specially protected group, they depend on traditional practices that they use on a daily basis, as well as on native or creole seeds to guarantee their food sovereignty. The documentary analysis **methodology** chosen made it possible to study and carry out an external analysis based on a systematic interpretative approach, the set of norms of domestic, international and supranational law on plant varieties, as well as jurisprudence and specialised doctrine in this field.

As a contribution, the article **concludes** that, in a State governed by the rule of law, the error of prohibition as a figure is key for all individuals, including peasants, to act with security and confidence, without fear of being penalised for acts that, in addition to being considered lawful, are fundamental for their subsistence and food sovereignty.

Keywords:

Usurpation of plant breeders' rights, plant varieties, farmers' rights, food sovereignty, prohibition error

Resumo

O **objetivo** deste artigo é analisar o cenário crítico que ocorre no artigo 306 do Código Penal, que criminaliza o delito de usurpação de direitos de obtentores vegetais, com base na figura do erro de proibição. É analisada a forma como os camponeses incorrem nessa situação jurídica, na medida em que, como grupo especialmente protegido, dependem de práticas tradicionais que utilizam cotidianamente sementes nativas ou crioulas para garantir sua soberania alimentar. A **metodologia** de análise documental escolhida permitiu estudar e realizar uma análise externa, a partir de uma abordagem interpretativa sistemática, do conjunto de normas de direito interno, internacional e supranacional sobre obtenções vegetais, bem como da jurisprudência e da doutrina especializada nesse campo. Como contribuição, o artigo conclui que, em um Estado de direito, o erro de proibição como figura é fundamental para que todos os indivíduos, o que inclui os camponeses, possam agir com segurança e confiança, sem medo de serem penalizados por atos que, além de serem considerados lícitos, são fundamentais para sua subsistência e soberania alimentar.

Palavras chave:

Usurpação dos direitos dos obtentores vegetais, obtenções vegetais, direitos dos camponeses, soberania alimentar, erro de proibição

Introducción

Las obtenciones vegetales corresponden a una categoría de variedades vegetales modificadas por el hombre, a través de métodos tradicionales como el injerto, o métodos no convencionales como la inserción de ADN en una variedad mediante técnicas de ingeniería genética. En ambos casos, se busca modificar las variedades vegetales ya existentes, con el fin de mejorar sus propiedades nutricionales, apariencia estética, resistencia a enfermedades, condiciones de estrés ambiental o plagas. Los derechos que se reconocen a favor del obtentor se protegen como un tipo de propiedad intelectual, que le otorga el derecho exclusivo de usar y explotar comercialmente una nueva variedad vegetal, así como de oponerse a que terceros las usen o exploten.

El régimen de obtentores vegetales se estandariza desde las Actas del Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (por sus siglas UPOV), fijando unos lineamientos para que los Estados miembros de este organismo internacional definan los mecanismos para garantizar esa exclusividad. En el caso de Colombia, estos lineamientos se incorporan desde la normatividad comunitaria-andina con la Decisión 345 de 1993, las resoluciones reglamentarias del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) y el Código Penal.

El presente artículo analiza el contexto y alcance del artículo 306 del Código Penal de Colombia, que sanciona el delito de usurpación de derechos de obtentores vegetales, y que se integra al conjunto de compromisos asumidos

por el Estado colombiano en el derecho supranacional e internacional para armonizar los estándares de su régimen de obtenciones vegetales. Se analiza también cómo el artículo 306 puede caracterizarse como una norma penal selectiva, ya que ha sido utilizado para perseguir a los campesinos, quienes llevan a cabo prácticas tradicionales y utilizan semillas nativas o criollas para su sustento de vida.

Lo anterior se estudia en un contexto en el que la biodiversidad y los conocimientos tradicionales agrícolas son fundamentales para la soberanía alimentaria, ya que permiten a los campesinos adaptarse a las condiciones cambiantes del clima y del entorno. Además, las semillas criollas o nativas, y las prácticas tradicionales, son un legado que debe ser protegido como bien jurídico tutelado, así como se salvaguardan los derechos de los obtentores vegetales que se sitúan dentro de la misma categoría del derecho penal.

El problema de investigación se formuló desde la siguiente pregunta: ¿La sanción prevista por el delito de usurpación de derechos de obtenciones vegetales es congruente con el bien jurídico tutelado por el derecho penal, atendiendo a la cosmovisión y prácticas tradicionales que durante generaciones han llevado a cabo los campesinos? De allí, que el objetivo propuesto fuera estudiar un escenario crítico sobre el artículo 306 del Código Penal desde la figura del error de prohibición, el cual se puede presentar por parte de los campesinos quienes a diario realizan sus prácticas tradicionales, por ejemplo, a través de la resiembra o el mejoramiento de variedades por métodos convencionales.

Por lo demás, en el artículo –que es producto del ejercicio académico como profesor de la Universidad Militar Nueva Granada, y de su itinerario investigativo en el marco del programa de Doctorado en Economía y Empresa de la Universidad de Castilla-La Mancha– se logra destacar que el error de prohibición adquiere una especial relevancia para el derecho penal, pues su objetivo no es otro que el de salvaguardar el interés de aquellos que actúan de buena fe, como lo son los campesinos que llevan a cabo sus prácticas tradicionales a diario sin saber que están cometiendo un delito.

La metodología propuesta se basa en un análisis documental del conjunto de información recopilada sobre el régimen de las obtenciones vegetales en el derecho interno colombiano, supranacional e internacional, además del contexto y antecedentes del delito de usurpación de derechos de obtentores vegetales. Al tratarse de un tema de estudio con varios niveles de calificación en forma simultánea, se llevó a cabo un análisis externo con un enfoque interpretativo sistemático, el cual orbitó en torno a la problemática aquí planteada.

La información se recopiló de bases especializadas de normas y de jurisprudencia, así como de los buscadores en sistemas de indexación, como Scopus (SJR) y Web of Science (JCR). Para ello, se utilizaron como palabras clave: ‘obtenciones AND vegetales’, ‘delitos AND propiedad AND intelectual’, ‘usurpación AND derechos AND obtentores’, ‘derecho AND penal AND selectivo’, entre otras. De una primera búsqueda se identificaron 90 documentos relevantes en un rango temporal –definido por la promulgación del Acta de 1991 de la UPOV hasta el día de hoy 1991-2024–, incluyendo textos obtenidos directamente en catálogos de bibliotecas. Gracias a lo anterior, se pudo ampliar la búsqueda a la normatividad, estudios e informes.

Con la finalidad de seleccionar las fuentes de trabajo, se adoptó el criterio propuesto por Wallis (2007) desde tres niveles de análisis bibliométricos, a saber: *in-degree* –corresponde al número de citas de un documento–, *out-degree* –corresponde al total de citas generadas desde el documento analizado; hacia otros documentos– y el nivel *betweenness* –o nivel de tejidos en centro de redes e intermediación de citas–. Gracias a ello, fue posible delimitar categorías de análisis sobre el alcance de la protección de los derechos del obtentor en el ámbito penal, con un enfoque desde el error de prohibición y de derecho penal selectivo por el delito de usurpación de obtenciones vegetales.

Desde el nivel *in-degree* se sustentaron las aproximaciones iniciales a las obtenciones vegetales como bien jurídico tutelado por el derecho penal, versus las problemáticas a las que se enfrenta el campesinado con la entrada en vigor de estos estándares. En el nivel *betweenness* se ubicaron documentos especializados que citaban información sobre análisis puntuales desde el error de prohibición, y, por último, en el nivel *out-degree* se delimitó la búsqueda a las consecuencias de una política criminal basada en el derecho penal selectivo.

Los resultados se presentan como una revisión teórica y una discusión sobre la pregunta de investigación, de modo que el artículo se encuentra dividido en cinco apartados. En primer lugar, se realiza una aproximación al régimen de protección de las obtenciones vegetales en Colombia. En segundo lugar, se analiza el artículo 306 del Código Penal desde su contexto y antecedentes. El tercer apartado se refiere al derecho penal selectivo como un fenómeno que puede estudiarse desde el delito de usurpación de los derechos de obtentores vegetales, y desde la situación de vulnerabilidad y persecución que se ha dado contra el campesinado en Colombia. En el cuarto apartado, se desarrolla la discusión propuesta en el objetivo, caracterizando el error de prohibición y estudiando su situación respecto a este tipo penal. Por último, en el quinto apartado, se presentan las

conclusiones y perspectivas del debate a modo de reflexión final.

El artículo concluye que, en un Estado de Derecho, el error de prohibición como figura es fundamental para que todos los individuos actúen con seguridad y confianza, sin temor a ser penalizados por actos que creen lícitos. Además, se abre un espacio para futuras investigaciones que aborden el escenario del conocimiento que se pudiera tener de la pena contemplada en el artículo 306 del Código Penal, en tanto que no está lo suficientemente difundida en el núcleo social del campesinado, como para aseverar que no se pueden separar la conciencia de la antijuridicidad, por una parte, y el conocimiento típico, por la otra. Esta situación es cuanto menos reprochable, ya que las semillas nativas y las prácticas tradicionales agrícolas son fundamentales para la seguridad alimentaria de la nación.

La protección de las obtenciones vegetales en Colombia

Las obtenciones vegetales abarcan aquellas variedades de plantas que han sido creadas o mejoradas por el ser humano a través de la historia, y por medio de procesos de selección y mejoramiento genético. Estos procesos, además de tener un valor económico, requieren de una importante inversión en tiempo, infraestructura y recursos económicos, por lo que se han contemplado sistemas de protección a través de la propiedad intelectual para incentivar la innovación en el sector agrícola (Sanderson, 2017).

Con las obtenciones vegetales, se han desarrollado nuevas variedades con características como resistencia a enfermedades, a condiciones de estrés ambiental, una mejoría en la productividad y en las características organolépticas, entre otras (Prasanna et al., 2023). Esto ha tenido un impacto positivo para la industria agrícola, pues se ofrecen alimentos y variedades vegetales con mejores condiciones que, en muchos casos, obtienen una mejor acogida en el mercado por los bajos costos que suponen para los consumidores (De Souza Silva et al., 2021; Evenson y Gollin, 2003).

Sin embargo, al concebirse a través de este régimen de propiedad intelectual una exclusividad como mecanismo para incentivar la innovación, se ha generado a la par un escenario restrictivo que impide ciertos usos que, de forma tradicional, los campesinos les han dado a las variedades a lo largo de generaciones (Ebert et al., 2023; Holt-Giménez y Altieri, 2013; Yu y Chung, 2021). Es el caso de la resiembra de semillas o la modificación de las obtenciones por medio de métodos convencionales como el injerto o la sucesiva selección de semillas (Perelmuter, 2018). Ello implica un

panorama no tan favorable para este grupo de especial protección constitucional, como sí para la agroindustria (Vargas-Chaves et al., 2018).

El régimen de obtenciones vegetales como subsistema de protección de la propiedad intelectual para las variedades vegetales modificadas, tanto por vía convencional y no convencional, tiene por objetivo otorgar al obtentor o fitomejorador un derecho exclusivo sobre su creación por un período de tiempo determinado. Este derecho de exclusividad le permite obtener una remuneración por el uso exclusivo de su variedad, pudiendo producirla y comercializarla directamente, o licenciarla a terceros para que la exploten.

Los obtentores vegetales o fitomejoradores pueden ser personas naturales, empresas o incluso instituciones públicas. Como se indicó en líneas anteriores, su trabajo consiste en el desarrollo continuo de nuevas variedades de plantas y en su introducción al mercado, de tal modo que compitan con las variedades nativas o criollas, en términos de productividad, resistencia a las enfermedades como plagas u hongos, y variaciones climáticas o ambientales.

En Colombia, el régimen de obtenciones vegetales se sustenta en normas del orden interno, supranacional e internacional, teniendo como primer antecedente el Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) del cual el Estado colombiano forma parte¹, así como de la normatividad comunitaria-andina mediante la Decisión 345 de 1993.

En el ámbito interno, se ha establecido por medio del Decreto 533 de 1994, la normativa que regula el régimen común de derechos de los obtentores vegetales, además de las Resoluciones 1893 de 1995 y 1974 de 1994 del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), desde donde se le asignan a esta entidad funciones en el ámbito de las obtenciones vegetales y se crea el Registro Nacional de Variedades Vegetales Protegidas; entre otras normas².

Con este régimen de protección, que ha logrado un grado de desarrollo avanzado en comparación con el de otros países, Colombia se encuentra a la par de los estándares del sistema de comercio internacional, y de las exigencias regulatorias de los países que hoy son sus principales socios comerciales, principalmente de Estados Unidos (Silva Garzón y Gutiérrez Escobar, 2020;

1 La ratificación se dio a través de la Ley 243 de 1995, por medio de la cual el Estado colombiano incluye en su aparato normativo el Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) del 2 de diciembre de 1961, revisado el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978.

2 Se pueden citar, por ejemplo, la Ley 1032 de 2006, la Ley 1564 de 2012, la Resolución 3328 de 2015 y la Resolución 3594 de 2015; estas dos últimas del Instituto Colombiano Agropecuario.

Tripp et al., 2007). En efecto, en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Estados Unidos, una de las exigencias se enmarcaba en la implementación de medidas para favorecer los intereses de la agroindustria, y de multinacionales como Syngenta, Dupont y Monsanto (Gutiérrez Escobar, 2015).

De este Tratado de Libre Comercio surgen disposiciones como la Resolución 970 de 2010 del ICA, que buscaban restringir la práctica tradicional de resiembra de semillas a partir de un segundo ciclo de reproducción, así como prohibir la siembra de semillas criollas o nativas, en tanto que estas no se encontraban certificadas por el ICA. Esto derivó en un Paro Nacional Agrario en el 2013, que logró la suspensión de la citada resolución, aunque sus estándares se introdujeron nuevamente con la Resolución 3168 de 2015 del ICA, manteniendo las restricciones antes mencionadas y poniendo a la pequeña y mediana agricultura en una situación desfavorable (Coscione y García Pinzón, 2014).

Como resultado, se empezó a evidenciar una concentración en el mercado de obtenciones vegetales en manos de unas pocas empresas y multinacionales, además de limitarse el acceso a semillas convencionales y de bancos de semillas comunitarios; pues con las citadas normas quedó prohibida no solo la resiembra, sino también la tenencia y comercialización de productos derivados de obtenciones legalmente protegidas (Bejarano Barrera, 2005). Algunos sectores han expresado una fuerte crítica ante esta situación, argumentando que estos mecanismos restringen el acceso a las semillas y a los conocimientos tradicionales agrícolas (Vargas-Chaves et al., 2020).

Y aunque en la actualidad se debate sobre el equilibrio entre la protección de las obtenciones vegetales a través de un régimen de derechos de propiedad intelectual versus el acceso a las semillas, existen algunos casos concretos de legislaciones que han adoptado sistemas de protección de las obtenciones vegetales más flexibles (Ranjan, 2009), de tal forma que los agricultores puedan conservar, utilizar e incluso intercambiar semillas protegidas, con la única condición de hacerlo para su propia subsistencia, es decir, sin ánimo de lucro (Blakeney, 2020; Thanopoulos et al., 2024).

Como se indicó, no es el caso de Colombia, donde esta situación llevó a un paro nacional agrario, y a movimientos de reivindicación social-campesina en defensa de los derechos campesinos, la diversidad biológica y el conocimiento tradicional. Pero también llevó incluso a la Corte Constitucional a declarar inexecutable la norma que incorporaba el Acta de 1991 del Convenio UPOV, que buscaba actualizar el régimen de obtenciones vegetales en detrimento de los derechos

de los agricultores, y especialmente de los pueblos indígenas y comunidades étnicas, quienes no habían sido consultados antes de iniciar el trámite de ratificación *in situ* de la referida Acta de 1991 en el ordenamiento interno colombiano (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1051 de 2012).

En efecto, considera el Alto Tribunal Constitucional que con la normatividad que se viene implementando en materia de obtenciones vegetales, el nuevo régimen de protección desconoce las prácticas y conocimientos tradicionales de estos grupos, que son fuente de obtenciones vegetales, ya que han desarrollado y mejorado sus propias variedades durante generaciones. Pese a ello, con la actualización del Acta de 1991, estas variedades no lograrían cumplir los requisitos técnicos impuestos por la UPOV, lo que les impediría acceder a la protección que este convenio ofrece.

Señaló también la Corte Constitucional que el proceso de mejoramiento genético que aplican los grupos étnicos –incluidos los campesinos– se basa en enfoques diferentes a los que utilizan los fitomejoradores modernos, y que son contemplados en el Acta de 1991. Esto se explica por el hecho de que las comunidades tradicionales utilizan prácticas y conocimientos tradicionales que difieren de las técnicas modernas de ingeniería genética introducidas a finales de la década de los ochenta, y que buscaban adaptarse al sistema internacional de la UPOV.

En consecuencia, para el Alto Tribunal, estas disposiciones que trae consigo el Acta de 1991 del Convenio UPOV-91 puede afectar negativamente los intereses de los pueblos indígenas y comunidades étnicas en Colombia, quienes gozan del derecho fundamental a la consulta previa en los términos consagrados por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre derechos de pueblos indígenas y tribales (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1051 de 2012).

Así, al no haber sido consultados con anterioridad, la norma que incorporaba el Acta al ordenamiento interno era inconstitucional, pues el citado Convenio 169 es parte del bloque de constitucionalidad, teniendo el mismo rango que las disposiciones de la Carta Política (Arango Olaya, 2004). Es de resaltar que, si bien esta declaratoria de inconstitucionalidad tomaba únicamente como referente a los pueblos indígenas y comunidades étnicas reconocidas por el Estado (Courtis, 2009), de forma indirecta benefició a los campesinos, a quienes, pese a no ampararles la consulta previa, los cobija, ya que es un grupo de protección especial que viene desarrollando e implementando métodos y prácticas tradicionales en la agricultura.

El artículo 306 del Código Penal: contexto y antecedentes

La Sentencia C-1051 de 2012 de la Corte Constitucional resulta clave para comprender la problemática del régimen de obtentores vegetales, y el alcance de las restricciones que este régimen impone, así como sus impactos en la soberanía y seguridad alimentarias, la biodiversidad y los conocimientos tradicionales agrícolas. En este sentido, es importante tener presente que, aunque este Alto Tribunal declaró inexecutable el Acta de 1991, los estándares de esta norma ya se contemplaban con anterioridad; esto es, desde el mismo régimen común-andino y con los compromisos suscritos por el Estado colombiano en el marco del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos.

En este sentido, es pertinente comprender que este escenario restrictivo ya se incorporaba en otros instrumentos que reglamentaban la citada Decisión 345 de 1993 de la Comunidad Andina, el Tratado de Libre Comercio y el Acta de 1978 de la UPOV. Estas normas se estructuran desde aspectos como la bioseguridad con el Decreto 4525 de 2005, la innovación agropecuaria con la Ley 1876 de 2017 que creó el Sistema Nacional de Innovación Agropecuaria (SNIA) y, entre otras, la Resolución 3168 de 2015 del ICA que derogó la Resolución 970 de 2010 de esta entidad, como parte de los compromisos asumidos por el Gobierno Nacional en el marco de los diálogos del Paro Nacional Agrario de 2013.

En el caso de esta última norma, cuyo objetivo era regular y ejercer un control directo sobre la producción y distribución de semillas, además de coordinar el registro de las unidades de investigación en fitomejoramiento, mantuvo un enfoque restrictivo al igual que el conjunto de normas “tanto de propiedad intelectual, como las que controlan la producción, uso y comercialización de semillas, constituyendo instrumentos de despojo que amenazan todo el sistema de semillas, los derechos de las comunidades locales y la soberanía alimentaria del país” (Grupo Semillas, 2018, p. 1).

Esto se evidencia en sanciones y multas que le son impuestas a los campesinos colombianos que infrinjan las disposiciones contempladas en la citada normatividad; por ejemplo, conforme al artículo 306 del Código Penal, se llegan a contemplar multas hasta por 1 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Esto, sin duda alguna, se convierte en un régimen que favorece la privatización de los bienes comunes, al tiempo que vulnera los derechos de las comunidades y los pueblos indígenas.

Para autores como Caballero et al. (2016), Hernández Vidal y Gutiérrez Escobar (2019) y López Arboleda et al. (2022), esta regulación, además de profundizar en la crisis económica del sector agrícola –especialmente de los pequeños y medianos agricultores– al facilitar la importación de semillas no convencionales, también constituye un instrumento de despojo que amenaza la biodiversidad del país, así como su soberanía y seguridad alimentarias. Si a lo anterior se suma la falta de políticas públicas de desarrollo rural que impulsen la agricultura solidaria y comunitaria, es evidente que el panorama no resulta muy alentador.

En este contexto y con estos antecedentes, se promulgó la Ley 1032 de 2006 como un mecanismo legal que entró a reforzar las prohibiciones ya contempladas hasta entonces. Mediante esta norma se modificó el artículo 306 del Código Penal³, donde se encuentra tipificado el delito de usurpación de los derechos de propiedad industrial y de los obtentores vegetales.

Aunque en Colombia no se incorporara el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV, tras la declaratoria de inconstitucionalidad por la Corte Constitucional, en la práctica, la normatividad vigente –y ya incorporada por otras vías, por ejemplo, por aplicación directa de la normatividad comunitaria-andina, en tanto sus normas tienen carácter supranacional– no varía sustancialmente respecto a los estándares del Acta de 1991.

Señala al respecto la Misión Permanente de Colombia ante la Organización de las Naciones Unidas, en su *Informe de Colombia sobre la situación en el campo legislativo administrativo y técnico 2012*, que todas estas disposiciones que aquí se han enunciado, hacen que en la práctica ya se apliquen las reglas previstas en la citada Acta de 1991:

[...] en la práctica la integración de toda la normatividad referida anteriormente hace que Colombia esté aplicando las reglas previstas en el Acta de 1991 ya que nuestro régimen jurídico nos ubica dentro del espectro y los márgenes trazados por el Convenio UPOV de 1991. (Misión Permanente de Colombia ante las Naciones Unidas, 2012)

Volviendo al artículo 306 del Código Penal, modificado por la Ley 1032 de 2006, se dispuso que aquellos que de forma fraudulenta usurpen derechos de

³ Además del citado artículo, con la Ley 1032 de 2006 se modificaron los artículos 257, 271 y 272 del Código Penal. Véase Congreso de la República de Colombia, Ley 1032 de 2006.

obtentores de variedades vegetales que se encuentren registrados –o que similarmente fueren confundibles con uno registrado–, incurrirán en una pena privativa de la libertad de cuatro a ocho años, debiendo pagar una multa que va desde los 26.66 a los 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esta misma norma establece que incurrirán también en estas penas “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” del citado artículo 306 del Código Penal (véase Congreso de la República de Colombia, Ley 1032 de 2006, art. 4°).

Al respecto, es preciso resaltar que la Corte Constitucional en Sentencia C-501 de 2014 resolvió una demanda de inconstitucionalidad parcial contra la expresión “variedad vegetal similarmente confundibles con una protegida legalmente”. En el fallo, concluyó que esta expresión era en efecto amplia, vaga y no estaba delimitada de forma precisa. Por lo demás, señaló que esta disposición podía llegar a vulnerar otros derechos, como es el caso de los agricultores que usaran o tuvieran en posesión semillas nativas.

Al final, atendiendo a esas consideraciones, el Alto Tribunal decidió que “se debía retirar del ordenamiento jurídico la interpretación de la expresión ‘similarmente confundibles con uno protegido legalmente’, aplicable a los derechos de obtentor de variedad vegetal” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-501 de 2014). Lo cierto es que este fallo, más allá de abordar las falencias que había tenido el legislador en la redacción de la referida expresión, fue un llamado de atención sobre el alcance y los impactos que podría ocasionar esta disposición en el campesinado en Colombia, y en las prácticas tradicionales asociadas con las semillas criollas como patrimonio biodiverso y cultural de la nación y de la humanidad.

Aunque el artículo 306 del Código Penal de forma expresa no prohíbe la utilización o posesión de semillas nativas o criollas, sí terminaba penalizando el uso de aquellas que estuvieran en una situación de potencial confusión con aquellas que gozaban de la protección conferida por este régimen. Como consecuencia, esta limitación promovía la exclusividad en el uso de las semillas registradas “legalmente”, castigando a los agricultores de las semillas que se confundían con aquellas ya registradas.

Desde otra perspectiva, la redacción original de la norma representa una extralimitación por parte del legislador, pues no solo no tuvo en cuenta otras opciones preventivas respecto a este bien jurídico tutelado.

[...] el legislador se extralimitó en la expedición de la norma, además (sic) de desconocer otras vías alternativas como la prevención en el ámbito penal, condujo a la monopolización de la actividad agrícola que, ciertamente, condena a la desaparición a los pequeños y medianos productores, y reduce considerablemente los recursos fitogenéticos disponibles por la no renovación de la conservación de las semillas y plantas adaptadas localmente. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-501 de 2014, s.p.)

Este panorama por lo menos lleva a cuestionar si con la modificación introducida al Código Penal en su artículo 306 se protege, o no, este bien jurídico; máxime teniendo en cuenta que se trata de un bien común, un patrimonio tradicional y de uso público, no debiendo existir restricciones de ningún tipo para su utilización y disposición, salvo aquellas que por cuestiones de bioseguridad o en aplicación del principio de precaución en materia ambiental lleven al Estado a adoptar medidas restrictivas. Por ejemplo, para evitar una erosión genética o la proliferación de especies vegetales invasoras que alteren el equilibrio de los ecosistemas.

En suma, aunque con la declaratoria parcial de inconstitucionalidad y con las críticas que desde diversos sectores de la sociedad civil y la academia se dieron sobre el contenido y alcance del artículo 306 del Código Penal, la norma se viene aplicando como parte de los compromisos suscritos por el Gobierno colombiano en el marco del Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos, y también como parte de su labor de armonización de la normatividad interna con las normas de derecho comunitario e internacional.

El derecho penal selectivo del delito de usurpación de derechos de obtentor vegetal

El derecho penal como institución busca regular la conducta humana, establecer cuáles son las conductas prohibidas y sancionarlas con penas, tiene por objetivo salvaguardar los bienes jurídicos esenciales para la sociedad, en esta categoría, junto con otros bienes, la vida, la propiedad o la libertad. Pese a ello, una crítica que se genera desde esta misma disciplina se da respecto a la aplicación del derecho penal, la cual no es siempre uniforme en todos los ciudadanos.

Este problema de selectividad penal se ha abordado desde el fenómeno y las consecuencias que se presentan cuando las sanciones penales se conciben o se aplican

de forma desigual, llegando a afectar –en algunos casos desproporcionadamente– a ciertos grupos sociales. Así, mientras para Eugenio Zaffaroni, “la discriminación en el ejercicio del poder punitivo es una constante derivada de su selectividad estructural” (Zaffaroni, 2017, p. 172), para otros autores como Liberatore (2019), tal desigualdad en el tratamiento acaba por atingir de forma grave a aquellos individuos situados más allá de los delitos que busca perseguir el derecho penal.

No en vano, el derecho penal se ha llegado a estructurar desde instrumentos punitivos selectivos que se utilizan para controlar a los sectores más vulnerables de la sociedad, o incluso a aquellos sectores sociales que pueden ser un obstáculo para las clases sociales, políticas o económicas con una mejor posición de diálogo con el legislativo o ejecutivo (Cruz Rodríguez, 2016). Es el caso de los conglomerados empresariales que tienen una importante representatividad a través de cabildantes, o como financiadores de campañas políticas.

Hablar de la tesis de selectividad del derecho penal sobre los pequeños y medianos campesinos en el contexto del artículo 306 del Código Penal, es un escenario que se podría llegar a plantear desde la tesis del derecho penal selectivo que concibe la idea de que el derecho penal puede llegar a constituirse en un instrumento de dominación, útil para mantener un orden social establecido. En este caso, un orden social y económico pactado desde normas supranacionales e internacionales, y desde acuerdos de libre comercio.

Volviendo a Zaffaroni (1998), el derecho penal puede llegar a ser un derecho selectivo en tanto que, dependiendo del contexto y de las circunstancias históricas, socioculturales e incluso económicas, no se aplica de manera uniforme a todos los individuos. Esta selectividad se puede observar en una serie de factores, como la aplicación de las normas penales por las autoridades policiales o judiciales, quienes suelen ser más severos con los sectores más vulnerables.

También se observa una selectividad en los sistemas penitenciarios, con condiciones de privación de libertad más duras para los sectores más vulnerables, cuyos individuos suelen caracterizarse por cometer delitos del mismo tipo, como hurto u homicidio, y reclusos en cárceles con problemas de hacinamiento o insalubridad; mientras que las clases más privilegiadas –como la clase política– que suelen incurrir en otros delitos asociados a corrupción o fraude, suelen ser castigados con penas menos severas y en otras condiciones de reclusión (Carnevali Rodríguez, 2008).

Pero en cuanto al análisis del presente artículo, la selectividad que se presenta respecto a los pequeños y medianos campesinos se explica en la tipificación de los delitos. Señala Brandariz (2014), que ciertos delitos

que son tipificados como tales, obedecen a otros factores e intereses, los cuales se distancian de la necesidad de perseguir las conductas que afectan los bienes jurídicos tutelados. Incluso, en este último escenario de selectividad del derecho penal, se debe validar si ese comportamiento afecta un bien jurídico tutelado, o su tipificación termina lesionando otros bienes jurídicos tutelados; máxime cuando el tipo penal es una creación posterior al bien jurídico a proteger.

Este puede ser el caso de delito tipificado en el artículo 306 del Código Penal, donde la histórica desigualdad social de los sectores más vulnerables en el campo se hace evidente ante los intereses de un sector económico en ascenso, como lo es el sector de los fitomejoradores y la gran agroindustria. Sin duda, la histórica discriminación que ha sufrido el campo colombiano, tal como lo describe Gutiérrez Sanín (2014), también contribuye a la selectividad del derecho penal en el ámbito de las obtenciones vegetales.

La fragmentación social ocasionada por la selectividad de esta norma, sin duda ha contribuido a movimientos reivindicatorios como el que se gestó en el Paro Nacional Agrario del 2013. Los campesinos, como uno de los sectores más vulnerables de la sociedad, han manifestado sentirse excluidos y marginados con un régimen de obtentores vegetales que está pensado más en fortalecer la agroindustria e incentivar el desarrollo de nuevas variedades a través de métodos no convencionales, que en proteger el conocimiento tradicional agrícola, las semillas criollas y la soberanía alimentaria.

Como conclusión, y siguiendo la tesis de Zaffaroni sobre la selectividad del derecho penal, es necesario reducir este fenómeno en aras de lograr una sociedad más justa. El derecho penal como institución debe centrarse en la prevención de los delitos, y en lograr salvaguardar los bienes jurídicos tutelados –sin lesionar gravemente otros– en lugar de la represión. De lograrse una reforma estructural del artículo 306 que, si bien pretende perseguir a los usurpadores de derechos de obtentores vegetales, logre excluir las prácticas tradicionales de los pequeños y medianos campesinos, sin duda se logrará avanzar en dirección a una verdadera justicia agroalimentaria y social.

Las prácticas tradicionales y el error de prohibición

El principio de progresividad es un principio clave en el ordenamiento jurídico, que establece que el Estado tiene la obligación de mejorar progresivamente el nivel de protección otorgado al medioambiente como un bien jurídico tutelado. Este principio, que se encuentra

consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio sobre Diversidad Biológica y en el Protocolo de San Salvador de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha sido también desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La progresividad se sustenta en el ideal de que el derecho a gozar de un ambiente sano es un derecho humano progresivo; esto es, se desarrolla y es apto de mejorarse con el tiempo. Mientras que el estado de la ciencia y el conocimiento que como especie vamos adquiriendo sobre nuestro entorno se encuentra en constante evolución (Amaya Arias, 2015).

Este principio no solo tiene una serie de implicaciones importantes para el derecho constitucional o el derecho ambiental, pues además de exigir al Estado la adopción de medidas legislativas, mecanismos de protección ambiental por vía administrativa, así como decisiones judiciales acordes con el interés jurídico que representa el ambiente, también tiene unas implicaciones muy importantes para el derecho penal; pues no en vano, esta disciplina ubica al ambiente sano y la protección de los recursos naturales como bien jurídico tutelado. Así, se genera una obligación continua de mejorar progresivamente el nivel de protección que se le confiere al medioambiente, incluso si ya se han adoptado medidas para salvaguardarlo.

Del análisis de la Sentencia C-501 de 2014 de la Corte Constitucional, que declaró inconstitucional de forma parcial el artículo 306 del Código Penal, es posible extraer una serie de reflexiones sobre la inobservancia del principio de progresividad en la regulación del tipo penal en el marco del delito de usurpación de obtenciones vegetales.

[...] al penalizar la actividad de los agricultores frente al uso de las semillas e imponer gravámenes arbitrarios en contra de los mismos, (se) desconoce el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC-, específicamente en lo que tiene que ver con la prohibición de adoptar medidas regresivas que atenúen el andamiaje de protección ya existente en la materia. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-501 de 2014)

De manera particular, en el apartado de la demanda se enfatiza en que esta disposición desconoce las obligaciones que el Estado colombiano adquirió en el derecho internacional y que también se consagran en la Carta Política de “respetar, proteger y realizar, en otros, los derechos a la alimentación, a la seguridad alimentaria, a la nutrición, a la participación”, así

como también a la protección de la biodiversidad y al patrimonio inmaterial que representa el conocimiento tradicional agrícola; el cual, de hecho, se salvaguarda desde el Convenio 169 de la OIT sobre derechos de pueblos indígenas y tribales, situado dentro del bloque de constitucionalidad.

Y el principio de progresividad como principio dinámico se puede concebir a partir de una amplia gama de cuestiones ambientales, como también adaptarse a los cambios que se producen desde los nuevos desarrollos técnicos y científicos. Ello, en aras de no desmejorar las condiciones de la sociedad respecto a su entorno, y en particular de los grupos de especial protección constitucional, como son los campesinos y pueblos indígenas en calidad de guardianes de las semillas criollas y nativas; esto es, en calidad de guardianes de la biodiversidad.

En este sentido, el artículo 306 va en contravía del principio de progresividad al prohibir una serie de prácticas que los campesinos vienen realizando desde hace siglos, producto del conocimiento tradicional que les ha sido transmitido de generación en generación, pasando por sus padres, abuelos y bisabuelos, hasta llegar a las comunidades precolombinas que domesticaban la agricultura por medio de conocimientos tradicionales que aún hoy en día persisten, y que garantizan la soberanía alimentaria a quienes la practican.

La pregunta que, desde luego, cabe hacerse es ¿si los campesinos están obligados a abstenerse de realizar estas prácticas –tipificadas en el art. 306 del Código Penal– que han sido transmitidas de generación en generación, cuando de las mismas depende su subsistencia? Y si a ello se le suma el desconocimiento que cientos de familias campesinas tienen de esta prohibición, pues todas sus vidas han concebido que esta es la única alternativa para obtener su sustento, la cuestión trasciende más allá de simplemente perseguir a quienes infringen en estricto sentido este bien jurídico tutelado por el derecho penal.

No se debe desconocer que tanto las semillas nativas o criollas, como las prácticas tradicionales agrícolas que han desarrollado los campesinos desde hace generaciones, son cimientos fundamentales para la agricultura. Para los pequeños y medianos campesinos, esto representa un bien esencial para su subsistencia, ya que al cultivar con métodos propios alimentos para su consumo y para la venta, garantizan su soberanía alimentaria y, al mismo tiempo, cuidan la diversidad genética que ha sido desarrollada a lo largo de siglos de selección y adaptación.

Volviendo a la pregunta formulada, es claro que el campesino no tiene conocimiento de que con su conducta afecta ilegítimamente un derecho ajeno,

ni siquiera teniendo consciencia de la identidad del titular del bien jurídico tutelado, que en este caso es el fitomejorador sobre el cual existiría una lesión en los términos del artículo 306 del Código Penal.

Atendiendo a las anteriores consideraciones, es viable considerar la figura del error de prohibición como explicación y efecto del desconocimiento de la conducta tipificada por los campesinos. Este error se produce cuando un individuo incurre en un tipo penal sin saber que se trata de un delito, bien porque asume que se trata de un acto que no está prohibido, o bien porque cree que está habilitado para obrar de ese modo. En sistemas normativos como el español, se concibe que no será punible el error invencible sobre la ilicitud de un hecho en las circunstancias aquí contempladas.

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal [...]
2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.
3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados. (Reino de España, Jefatura de Estado, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, art. 14)

En el mismo sentido, el Código Penal colombiano dispone que hay ausencia de responsabilidad penal; esto es, que no habrá lugar a una responsabilidad en varios supuestos, entre ellos cuando:

[...] 10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la Ley la hubiere previsto como culposa. [...] Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad. (República de Colombia, Código Penal, art. 32)

Respecto a la clasificación de los errores de prohibición, la doctrina ha contemplado dos escenarios. En el primero, se habla de error de prohibición directo cuando el individuo desconoce la existencia de un mandato o de sus alcances (Hruschka, 2005). En el segundo, se considera que hay un error de prohibición indirecto cuando el individuo asume que cuenta con una causa de justificación, sin que exista dicha causa (Velásquez, 1989).

Por ejemplo, en el primer supuesto, un nacional de otro país desconoce que existe una prohibición para

las mujeres de conducir sin el permiso respectivo en un territorio donde las autoridades así lo exigen. En el segundo supuesto, se puede ilustrar el caso de un individuo que asume como propio el derecho de defensa en una situación de agresión física, cuando en realidad no se llega a generar una agresión.

La diferencia entre ambos tipos de error es relevante, ya que solo el error de prohibición directo da lugar a un escenario en el que los sujetos pueden ser eximentes de culpabilidad; mientras que en el caso del error de prohibición indirecto, en cambio, pueden ser eximentes o atenuantes, dependiendo de la gravedad del error. De hecho, el citado artículo considera que “el error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente” (Congreso de la República de Colombia, Código Penal, art. 32).

Así, pues, un error de prohibición sobre el delito de usurpación de derechos de obtentores vegetales, se presentaría cuando el campesino que lleva a cabo una de las prácticas tradicionales que se acoplan al tipo penal del artículo 306, sin ser consciente de ello, termina incurriendo en una conducta sancionable y prohibida por el derecho penal.

Siguiendo esta línea argumentativa, Arias Gutiérrez habla de “plena conciencia de la concurrencia del sentido auténtico de los elementos típicos en el caso concreto”, en supuestos como el caso de un sujeto que

pide a un amigo, quien ha adquirido licencias para cultivar una variedad protegida de rosa, que le entregue material de reproducción de la misma con el fin de cultivarla y vender eventualmente las flores sin tener que pagar por ello al obtentor de dicha variedad el valor de la respectiva licencia. (Arias Gutiérrez, 2015, p. 154)

En el caso en concreto, el sujeto que adquiere y mantiene la plena conciencia de que no le pertenece la variedad –justamente por no haber accedido a la licencia–, incurre, por ende, en el tipo penal al tomar la decisión de producirla y comercializarla. En el caso contrario, si no ha sido consciente de que al realizar esta conducta incidiría en un tipo penal, estaría amparado por la figura del error de prohibición.

Desde luego que no se podría hablar de un error de tipo, pues no se da un escenario en el que el sujeto no tiene conocimiento de la concurrencia del sentido auténtico de los elementos del tipo penal en este caso puntual; esto es, si cree erróneamente que no existe un derecho a favor de terceros sobre la obtención vegetal, en tanto que ya cesó su protección luego de los 20 años estipulados en la normatividad vigente. De hecho, si en la práctica tan solo han transcurrido 10 años –situación

que podría ignorar el sujeto– se configuraría un error de tipo, pues desconoce que la obtención vegetal aún está bajo un régimen de exclusividad dentro del tiempo previsto para ello.

En el caso de los errores de subsunción que también adquirirían una relevancia práctica como errores de prohibición, se configurarían cuando el mismo sujeto llega al convencimiento de que su conducta podría subsumirse en el tipo penal, como consecuencia de una interpretación errónea de este. Piénsese en el supuesto de haber sido asesorado por un abogado especialista que le suministra información errónea, a partir de la cual toma una decisión que supone una usurpación de un derecho de obtentor vegetal.

Esta situación podría presentarse cuando el sujeto, tras haber recibido una asesoría jurídica deficiente, tiene la convicción de que su conducta de comercialización de una variedad protegida de palma africana, pese a constituir una infracción del derecho de propiedad industrial, no es típica. Su razonamiento se basa en que, según su asesor, al incluir el tipo la expresión “protegidas legalmente”, sólo castiga conductas referidas a variedades vegetales que han sido objeto [de] una declaración de libre disponibilidad por parte del Estado, de quien se debería obtener la licencia de explotación. (Arias Gutiérrez, 2015, p. 155)

A modo de paréntesis, este concepto –el error de subsunción– podría resultar equívoco, por lo que para ser más precisos podría hablarse de “error sobre la definición del concepto” siguiendo la tesis de Díaz y García Conlledo (2008), quien sostiene que este error se genera cuando al conocerse la concurrencia del sujeto en la conducta tipificada, considera, no obstante, que esta conducta no se contempla dentro del tipo penal, puesto que se trata de un error sobre el concepto que en abstracto es empleado en este.

Volviendo a la Sentencia C-501 de 2014 de la Corte Constitucional, el delito tipificado en el artículo 306 del Código Penal se configura en el momento en que se da una usurpación de la obtención vegetal de forma fraudulenta; es decir, cuando existe una apropiación deliberada del derecho de exclusividad sobre esta obtención, valiéndose de este bien jurídico tutelado para su propio uso o aprovechamiento sin autorización del titular.

En cuanto al calificativo delimitado en el artículo 306 del Código Penal, que caracteriza la acción de “usurpar fraudulentamente”, haría de esta conducta un tipo penal imposible o muy complejo de diferenciar –para el caso de los campesinos–, atendiendo a la conciencia de la antijuridicidad que estos pudieran tener, y respecto a sus prácticas tradicionales.

No en vano la conciencia que se espera que adquieran los campesinos sobre este bien jurídico tutelado y la sanción penal contemplada, no será suficiente, pues su subsistencia se basa en una actividad que han realizado a diario, y a lo largo de generaciones. Además, el conocimiento que se pudiera tener de la pena contemplada en el referido artículo, no se encuentra difundida en su núcleo social y de forma suficiente, como para aseverar que no se pueden separar la conciencia de la antijuridicidad, por una parte, y el conocimiento típico, por la otra.

De acuerdo con Arias Gutiérrez, para que se configure un error de prohibición sobre lo dispuesto en el artículo 306, no es necesario que el campesino sepa, en abstracto, cuáles son las características, el contenido y el alcance de un certificado de obtentor vegetal que le otorga un titular los derechos sobre una obtención vegetal que entrará en conflicto –y presuntamente se lesionarán sus derechos– con la práctica tradicional, que de forma reiterada ha realizado este campesino durante generaciones (Arias Gutiérrez, 2015).

Tampoco es necesario que el campesino

conozca los procedimientos por los cuales concurre el elemento en el caso concreto (el trámite de solicitud del certificado –COV– y las características que fueron verificadas en el examen correspondiente –DHE–); ni las reglas constitutivas en virtud de las cuales el elemento adquiere su sentido (la normatividad nacional e internacional sobre la materia). (Arias Gutiérrez, 2015, p. 151)

En definitiva, al campesino no se le exige ser consciente de que no posee el derecho a efectuar tal conducta, ya que el derecho sobre una obtención vegetal que no le pertenece está en riesgo de lesionarse por su conducta.

[...] el sujeto no debe saber que con su conducta “usurpa” de un derecho ajeno sobre la variedad vegetal en cuestión (ahora tanto el material vegetal como los bienes fabricados con el producto de la cosecha), sino simplemente que su conducta recae sobre material vegetal o productos derivados de una variedad vegetal objeto de usurpación. Es decir, que el objeto de la conducta fue producido, cultivado o distribuido sin tener derecho a ello. (Arias Gutiérrez, 2015, p. 153)

En conclusión, este error de prohibición goza de la característica propia de un error invencible, ya que, en el ADN del campesinado en Colombia, las prácticas tradicionales como la resiembra, la sucesiva selección de semillas o el uso libre de estos bienes comunes,

sustentan su soberanía alimentaria, así como son el corazón del patrimonio inmaterial que representan la biodiversidad y los conocimientos tradicionales para la nación y la humanidad. Perseguir esta conducta, teniendo en cuenta estas consideraciones, sin duda generaría un desgaste innecesario del aparato estatal y judicial.

A modo de reflexión final: conclusiones y perspectivas de debate

La biodiversidad y los conocimientos tradicionales agrícolas son fundamentales para la soberanía y la seguridad alimentaria, no solo porque le han permitido al sector agrícola adaptarse a las condiciones cambiantes del clima y del entorno a lo largo de generaciones, sino también porque representan para los campesinos su sustento de vida.

En este contexto, la soberanía alimentaria se materializa como el derecho que tienen los campesinos –así como todos los pueblos– a definir sus propios sistemas alimentarios, según sus prácticas, usos y costumbres, con autonomía e independencia de cualquier externalidad o modelo de desarrollo. Este derecho implica desde el acceso a alimentos nutritivos y culturalmente apropiados, hasta la posibilidad de decidir de forma soberana sobre el acceso a los mismos.

Las semillas nativas o criollas han formado parte de la humanidad desde tiempos ancestrales, y para los pequeños y medianos agricultores han representado la forma de acceder a una gran diversidad de productos, al sembrarlas y mejorarlas por medio de técnicas convencionales como el injerto. Sin embargo, en las últimas décadas se ha evidenciado una concentración del mercado de semillas en manos de unas cuantas multinacionales o empresas fitomejoradoras, lo que ha influido en acuerdos de libre comercio impulsados desde el norte económico, como es el caso de los tratados suscritos entre Estados Unidos y países como Colombia o Perú.

Esto ha llevado a los países a actualizar la normatividad en el ámbito de las obtenciones vegetales para cumplir con los compromisos pactados en el marco de estos instrumentos, pero también ha exigido actualizar las normas internas a los estándares del derecho internacional y supranacional. El derecho penal no ha sido la excepción y, en el caso analizado en el presente artículo, con la Ley 1032 de 2006 se modificó el artículo 306 del Código Penal, con el fin de actualizar los estándares punitivos respecto al delito de usurpación de los derechos de obtentores vegetales.

Este cambio significó la introducción de estándares prohibitivos para las prácticas tradicionales que los campesinos colombianos vienen realizando para

garantizar su sustento de vida; prácticas tradicionales que además han heredado de sus padres, abuelos y de generaciones anteriores, quienes las transmitían como parte de un legado cultural, pero también como parte de su rol como guardianes de las semillas y de la vida.

Esta norma llegó a ser tan ambigua a tal punto que la Corte Constitucional declaró parcialmente inexecutable uno de sus apartados, donde se sancionaba a aquellos que usurparan variedades vegetales “similarmen te confundibles con una protegida legalmente”. En el fallo, el Alto Tribunal concluyó que esta expresión no estaba delimitada de forma precisa, pudiendo llegar a vulnerar otros derechos, como es el caso de los agricultores que usaran o tuvieran en posesión semillas nativas, o realizaran prácticas tradicionales que fueran en contravía de los supuestos contemplados en este tipo penal.

Pese a esta declaratoria de inconstitucionalidad parcial, la norma siguió en firme y fue uno de los detonantes del Paro Nacional Agrario del 2013, donde quedó patente la fragmentación social ocasionada por la selectividad de esta norma. Al final, la crítica que conviene plantear en este sentido, gira en torno a la selectividad con la que el derecho penal terminó persiguiendo a los campesinos, siendo uno de los sectores más vulnerables de la sociedad. El derecho penal no puede constituirse en una herramienta para excluir y marginar a una práctica tradicional agrícola, en aras de fortalecer la agroindustria e incentivar el desarrollo de nuevas variedades mediante métodos no convencionales.

De hecho, al concebir este tipo penal para salvaguardar un bien jurídico tutelado, como lo es el derecho de los obtentores sobre sus variedades vegetales, se terminan por lesionar otros bienes jurídicos tutelados. Surgen entonces preguntas como las siguientes: ¿hasta qué punto el derecho penal está para perseguir este tipo de peligros?, o ¿si el derecho penal debe actualizarse para sancionar este tipo de conductas, cuando el tipo penal es una creación posterior al bien jurídico a proteger?

En cuanto al error de prohibición que se puede presentar por parte de los campesinos que a diario realizan sus prácticas tradicionales a través de la resiembra o el mejoramiento de variedades por métodos convencionales, entre otros, es preciso destacar que esta figura adquiere una especial relevancia para el derecho penal, pues su objetivo no es otro que el de salvaguardar el interés de aquellos que actúan de buena fe, sin saber que están cometiendo un delito.

Y como se afirmó en líneas anteriores, en cuanto al calificativo delimitado en el artículo 306 del Código Penal, que caracteriza la acción de “usurpar fraudulentamente”, haría de esta conducta un tipo penal imposible o muy complejo de diferenciar –para

el caso de los campesinos–, atendiendo a la conciencia de la antijuridicidad que estos pudieran tener, y respecto a sus prácticas tradicionales. No en vano, no será suficiente la conciencia que se espera que adquieran los campesinos sobre este bien jurídico tutelado y la sanción penal contemplada, pues su subsistencia se basa en una actividad que vienen realizando a diario, y a lo largo de generaciones.

En un Estado de Derecho, el error de prohibición como figura es fundamental para que todos los individuos actúen con seguridad y confianza, sin temor a ser penalizados por actos que creen lícitos. Además, el conocimiento que se pudiera tener de la pena contemplada en el artículo 306 del Código Penal, no se encuentra suficientemente difundida en el núcleo social del campesinado, como para aseverar que no se pueden separar la conciencia de la antijuridicidad, por una parte, y el conocimiento típico, por la otra.

Como reflexión final, para garantizar la soberanía alimentaria y poder salvaguardar las semillas criollas o nativas y las prácticas tradicionales, es necesario entender el contexto del campesinado como un grupo de especial protección constitucional, defendiendo los derechos de los agricultores a guardar, intercambiar y usar semillas; esto es, asumiendo que este también es un bien jurídico tutelado que puede llegar a verse afectado por un tipo penal que protege otro.

El artículo 306 del Código Penal que castiga el delito de usurpación de derechos de obtentores vegetales no puede convertirse en una solución perversa, con la que el Estado inclina aún más la balanza a favor de un conglomerado económico, y en contra de los campesinos. La selectividad de la que aquí se ha hablado, si bien tiende a incrementarse conforme se marcan las diferencias sociales y económicas dentro de la sociedad, no puede ser un pretexto para marginar a un grupo vulnerable, y lesionar sus intereses bajo el pretexto de un modelo de desarrollo económico que ignora la realidad del campo.

Conflicto de interés

No se presentó conflicto de interés en el desarrollo de la presente investigación académica. Declaro que no tengo ninguna relación financiera o personal que pudiera influir en el diseño de los experimentos realizados, así como la interpretación y publicación de los resultados obtenidos. Asimismo, aseguro cumplir con las normas éticas y de integridad científica en todo momento, de acuerdo con las directrices establecidas por la comunidad académica y las dictaminadas por la presente revista.

Referencias

- Amaya Arias, A. (2015). *El principio de no regresión en el derecho ambiental* (tesis doctoral). Universidad de Zaragoza.
- Arango Olaya, M. (2004). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Precedente. Revista Jurídica*, 79-102. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1406>
- Arias Gutiérrez, N. (2015). El error sobre elementos normativos del tipo penal: el caso de la usurpación de derechos de obtentores de variedades vegetales (art. 306, C. P.). *Nuevo Foro Penal*, 85, 122-156. <https://doi.org/10.17230/nfp.11.85.4>
- Bejarano Barrera, E. (2005). La agricultura colombiana y el TLC con Estados Unidos. *Oasis*, 10, 279-297. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/oasis/article/view/2381>
- Blakeney, M. (2020). *Intellectual property and agricultural innovation*. Springer.
- Brandariz, J. (2014). *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*. Dykinson.
- Caballero, E., Duarte, O. y Álvarez, L. (2016). Despojo de las semillas en los pueblos indígenas de Colombia. *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, 39, 61-102. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/BIEC/article/view/1280>
- Carnevali Rodríguez, R. (2008). Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional. *Ius et Praxis*, 14(1), 13-48. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100002>
- Coscione, M. y García Pinzón, V. (2014). Paro Nacional Agrario en Colombia: TLCs y perspectivas del movimiento social y popular. *Revista Nera*, 24, 167-190. <https://doi.org/10.4000/nuevomundo.67127>
- Courtis, C. (2009). Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 6, 52-81. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23739.pdf>

- Cruz Rodríguez, E. (2016). El ciclo de protesta 2010-2016: en Colombia. Una explicación. *Jurídicas CUC*, 12(1), 31-66. <https://revistascientificas.cuc.edu.co/index.php/juridicascuc/article/view/1114>
- De Souza Silva, E. J., Silva-Mann, R. y Calazans, C. C. (2021). Royalties para cultivaes, legislação e regulação: Uma meta-análise. *Research, Society and Development*, 10(4), e31710414231-e31710414231. <https://doi.org/10.33448/rsd-v10i4.14231>
- Díaz y García Conlledo, M. (2008). *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. La Ley.
- Ebert, A. W., Engels, J. M., Schafleitner, R., Hintum, T. V. y Mwila, G. (2023). Critical review of the increasing complexity of access and benefit-sharing policies of genetic resources for genebank curators and plant breeders—a public and private sector perspective. *Plants*, 12(16), 2992. <https://doi.org/10.3390/plants12162992>
- Evenson, R. y Gollin, D. (2003). Assessing the impact of the Green Revolution, 1960 to 2000. *Science*, 300(5620), 758-762. <https://doi.org/10.1126/science.1078710>
- Grupo Semillas. (2018). Las normas de semillas, un instrumento para el despojo de los derechos de comunidades étnicas y campesinas. *Revista Semillas*. <https://www.semillas.org.co/es/las-normas-de-semillas-un-instrumento-para-el-despojo-de-los-derechos-de-comunidades-tnicas-y-campesinas>
- Gutiérrez Escobar, L. (2015). Soberanía alimentaria. La red de semillas libres de Colombia. *[Con] textos*, 4(13), 11-24.
- Gutiérrez Sanín, F. (2014). *El orangután con sacoleva. Cien años de democracia y represión en Colombia (1910-2010)*. Debate.
- Hernández Vidal, N. y Gutiérrez Escobar, L. (2019). Resistencias epistémico-políticas frente a la privatización de las semillas y los saberes colectivos. *Revista Colombiana de Antropología*, 55(2), 39-63. <https://doi.org/10.22380/2539472X.798>
- Holt-Giménez, E. y Altieri, M. A. (2013). Agroecology, food sovereignty, and the new green revolution. *Agroecology and Sustainable Food Systems*, 37(1), 90-102. <http://dx.doi.org/10.1080/10440046.2012.716388>
- Hruschka, J. (2005). *Imputación y derecho penal*. Editorial Aranzadi.
- Ley 1032 de 2006. (Congreso de la República). “Por la cual se modifican los artículos 257, 271, 272 y 306 del Código Penal”. *Diario Oficial* 46.307.
- Ley 1564 de 2012. (Congreso de la República). “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial* 48.489.
- Ley 243 de 1995. (Congreso de la República). “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”. *Diario Oficial* 42.171.
- Ley 599 de 2000. (Congreso de la República). “Por la cual se expide el Código Penal”. *Diario Oficial* 44.097.
- Liberatore, A. (2019). El derecho penal entre eficacia y garantías: los reflejos de la política criminal de control de la corrupción para el sistema penal brasileño. *Caderno de Relações Internacionais*, 10(18). <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1031>
- López Arboleda, B., Barrera-Bassols, N. y Vélez-Torres, I. (2022). Resistiendo a los agroextractivismos: análisis de actores y trayectorias en defensa de los territorios mayas y emberá libres de transgénicos (2002-2020). *Agrociencia Uruguay*, 26(3), e969-e969. <https://doi.org/10.31285/AGRO.26.969>
- Misión Permanente de Colombia ante las Naciones Unidas. (2012). *Informe de Colombia sobre la situación en el campo legislativo administrativo y técnico*. https://ginebra-onu.mision.gov.co/sites/default/files/Ginebra-onu/informe_de_colombia_sobre_la_situacion_en_el_campo_legislativo_administrativo_y_tecnico_2012_presentado_en_octubre_de_2013.pdf
- Perelmuter, T. (2018). Apropiación de semillas: soberanía alimentaria y tecnológica en riesgo. *Ciencia, Tecnología y Política*, 1, e008. <https://doi.org/10.24215/26183188e008>

- Prasanna, P. A., Rao, L. V., Prasad, A. S., Waris, A. y Kumar, S. A. (2023). Essentially derived variety concept in plant variety rights protection system: Underlying economic theories, and issues in implementation. *Agricultural Economics Research Review*, 36(1), 77-86. <http://dx.doi.org/10.5958/0974-0279.2023.00006.X>
- Ranjan, P. (2009). Recent developments in India's plant variety protection, seed regulation and linkages with UPOV's proposed membership. *The Journal of World Intellectual Property*, 12(3), 219-243. <https://doi.org/10.1111/j.1747-1796.2009.00365.x>
- Reino de España, Jefatura de Estado, Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre.
- Resolución 3594 de 2015. (Instituto Colombiano Agropecuario). "Por la cual se modifica la resolución No. 003328 del 22 de septiembre de 2015". <https://www.ica.gov.co/normatividad/normas-nacionales/resoluciones/2015/modr3328>
- Resolución 3328 de 2015. (Instituto Colombiano Agropecuario). "Por la cual el Instituto Colombiano Agropecuario ICA, asume funciones jurisdiccionales en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 1564 de 2012". <https://www.ica.gov.co/normatividad/normas-nacionales/resoluciones/2015/r3328-2015>
- Sanderson, J. (2017). *Plants, people, and practices: The nature and history of the UPOV Convention*. Cambridge University Press.
- Sentencia C-1051 de 2012. (Corte Constitucional). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-1051-12.htm>
- Sentencia C-501 de 2014. (Corte Constitucional). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-501-14.htm>
- Silva Garzón, D. y Gutiérrez Escobar, L. (2020). Revolturas: Resisting multinational seed corporations and legal seed regimes through seed-saving practices and activism in Colombia. *The Journal of Peasant Studies*, 47(4), 674-699. <https://doi.org/10.1080/03066150.2019.1668780>
- Thanopoulos, R., Negri, V., Pinheiro de Carvalho, M. A. A., Petrova, S., Chatzigeorgiou, T., Terzopoulos, P., ... y Bebeli, P. J. (2024). Landrace legislation in the world: Status and perspectives with emphasis in EU system. *Genetic Resources and Crop Evolution*, 1-41. <https://doi.org/10.1007/s10722-023-01824-0>
- Tripp, R., Louwaars, N. y Eaton, D. (2007). Plant variety protection in developing countries. A report from the field. *Food Policy*, 32(3), 354-371. <https://doi.org/10.1016/j.foodpol.2006.09.003>
- UPOV – Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales. *Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales - UPOV del 2 de diciembre de 1961*. https://www.upov.int/edocs/pubdocs/es/upov_pub_221.pdf
- Vargas-Chaves, I., Gómez-Rey, A. y Rodríguez, G. A. (2018). La invocabilidad de la acción de cumplimiento frente a los compromisos suscritos en el Paro Nacional Agrario de 2013: un análisis desde la regulación de las semillas certificadas en Colombia. *Jurídicas*, 15(1), 28-45. <https://doi.org/10.17151/jurid.2018.15.1.3>
- Vargas-Chaves, I., Rodríguez, G. A. y Blumenkranc, H. (2020). *Propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales agrícolas*. Universidad del Rosario.
- Velásquez, F. (1989). Teoría del error de prohibición para la praxis judicial. *Cuadernos de Derecho Penal y Criminología*, 10, 27-52. https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/issue/download/41/40
- Wallis, W. (2007). *A beginner's guide to graph theory*. Springer.
- Yu, J. K. y Chung, Y. S. (2021). Plant variety protection: Current practices and insights. *Genes*, 12(8), 1127-1148. <https://doi.org/10.3390/genes12081127>
- Zaffaroni E. (1998). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Ediar.
- Zaffaroni, E. (2017). El enemigo en el derecho penal. En C. Barrios Leal & J. Morales (Eds.), *Serie Estudios en Ciencias Penales y Derechos Humanos, Tomo VI*. (pp. 125-174). Expressão Gráfica e Editora.

