

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.

Las obtenciones vegetales y el rol de la consulta previa en la prevención de las problemáticas asociadas a su regulación

Iván Vargas-Chaves*
Gloria Amparo Rodríguez**
Andrés Gómez Rey***

Introducción

Los pueblos indígenas han intercambiado semillas desde tiempos ancestrales, de manera libre, sin ningún tipo de sometimiento o frontera. Ello no solo ha impulsado su soberanía y autonomía alimentaria, sino que además les ha permitido integrar a sus condiciones geográficas y climáticas propias, una

* Abogado de la Universidad del Rosario, máster en Derecho de la Università di Genova, Italia. Profesor adscrito de la Universidad Nacional Autónoma de México y de postgrado en la Universidad del Rosario. Contacto: ivargas@outlook.com.

** Abogada especialista en Derecho Ambiental, Negociación, Conciliación y Arbitraje y en Derecho Médico y Sanitario de la Universidad del Rosario. Magíster en Medio Ambiente y Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia. Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Profesora principal de carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, donde además es directora del Grupo de Investigación en Derecho Público y de la Especialización y Línea de Investigación en Derecho Ambiental. Contacto: gloria.rodriguez@urosario.edu.co.

*** Abogado de la Universidad de la Sabana, especialista en Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario, magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Profesor de cátedra de pregrado y postgrado de diversas instituciones y asesor de entidades públicas y privadas. Autor de diversas publicaciones sobre derecho ambiental y servicios públicos domiciliarios. Contacto: agomezrey@icloud.com.

mayor diversidad de productos. Con las propuestas reglamentarias que se han querido implementar en los últimos años, esta realidad ha estado a punto de cambiar, en tanto se ha buscado privatizar esta práctica sin su consulta.

Esta consulta, al igual que el intercambio de semillas, ha estado siempre presente en el día a día de los pueblos indígenas. No en vano el ejercicio de la consulta yace en su tradición de respeto al otro dentro de sus dinámicas sociales, llevándoles a solicitar autorización a los mayores para desarrollar actividades tan cotidianas como cazar, transitar por los territorios de otras comunidades o incluso para cortejar a otras mujeres indígenas (Rodríguez, 2014, p. 23).

Según se analizará a lo largo de este texto, la tendencia regulatoria en materia de obtenciones vegetales en Colombia, no solo va en contravía de los pueblos indígenas, sino además de su patrimonio colectivo, que les ha garantizado una gran diversidad que hoy es el sustento de su alimentación. En efecto, siguiendo la misma línea de Matiz, Rodríguez y Zuluaga (2007, p. 152), consideramos que es obligatorio un ejercicio de profundización en los aspectos relacionados con la propiedad intelectual, las obtenciones vegetales y el respeto a este patrimonio colectivo.

Es por lo anterior que la estructura propuesta en este ejercicio nos lleva, en primer lugar, a analizar a profundidad la figura de la obtención vegetal, su alcance, dimensión, requisitos y caracterización con respecto a otros derechos de propiedad intelectual, para así detenernos en su ámbito de protección y su tratamiento en el contexto internacional. En particular, nos detendremos en el sistema de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), que es el sistema prevalente en este ámbito.

Aunque este sistema sea más accesible que la protección por patente, y por ende sea el que aparentemente mejor se enmarque para los pueblos indígenas, no es tampoco el que más les beneficia; todo lo contrario, les sitúa en una evidente situación de desventaja frente al sector privado, por la misma dificultad técnica y por la inversión que debe realizarse para demostrar que la variedad reúne los requisitos de cara a obtener su protección. Es pues, un sistema que para un amplio sector doctrinal impulsado por Posey y Dutfield (1999, p. 97) menoscaba los derechos de estos pueblos.

En el apartado siguiente¹ se realizará un balance de las obtenciones vegetales en el derecho colombiano, a través de una óptica crítica y de un recuento histórico, el cual nos llevará hasta la Ley 1518 de 2012, que será abordada posteriormente a través del análisis de la Sentencia C-1051/12, en donde la Corte Constitucional colombiana, tras reconocer la obligatoriedad de la consulta previa, admite que el sistema de protección de las obtenciones vegetales, tal y como se diseñó, limita el desarrollo natural de la biodiversidad y de las condiciones étnicas y culturales propias de los pueblos indígenas, en tanto son obtentores vegetales, y procede a declarar su inexequibilidad por no haber sido consultada previamente.

En este sentido, y con el ánimo de adentrarnos previamente en la sentencia, se hace necesario analizar el rol de la consulta previa aplicada a las obtenciones vegetales, realizando para ello un acercamiento al ejercicio de la participación ciudadana y de la consulta previa en la prevención de los conflictos agrícolas. Por último, plantharemos una serie de lineamientos para llevarla a cabo en futuros escenarios, respetando siempre el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas.

Desde ya advertimos que este capítulo no agota el asunto, y que el análisis del rol de las políticas públicas y de los intentos por regular las vías de protección de las obtenciones vegetales, sin desconocer el rol de los pueblos indígenas, deberá complementarse con otros temas conexos como, por ejemplo, la distribución de beneficios, fitomejoramiento, agricultura de subsistencia y responsabilidad estatal por daños causados por variedades certificadas como estables.

Indefectiblemente, debimos limitar el eje de estudio, aunque sabemos que cualquier avance en estos temas contribuirá a la solución, bien del problema en su conjunto, o bien de un caso en particular. Se trata, en todo caso de llevar adelante un singular esfuerzo para tratar de forma comprensiva este asunto, buscando que prime un consentimiento libre, previo e informado.

¹ Este documento es resultado del proyecto de investigación “Conflictos ambientales en territorios indígenas colombianos a partir de la Constitución de 1991”, que tiene como objetivo identificar, describir y analizar las causas de este tipo de confrontaciones en los territorios, con miras a establecer las implicaciones en los aspectos sociales, culturales y ambientales.

1. Dimensión de la obtención vegetal

La primera aproximación que debe hacerse hacia la obtención vegetal, es a través del alcance del concepto de variedad. No obstante, a pesar de que este concepto aún no se encuentra integrado al régimen de obtenciones vegetales en el derecho colombiano —pues este se rige por el Acta de 1978 del Convenio de la UPOV—, sí nos es posible remitirnos a su actualización, esto es, al Acta de 1991 del mencionado Convenio, en donde se encuentra plasmada la definición de variedad que hoy por hoy ha encontrado mayor recepción en las legislaciones internas,² y a partir de la cual podemos plantear la real dimensión de dicho concepto.

En esta norma se define la variedad como un conjunto de plantas de un único taxón, que pertenece al rango botánico más bajo. Se añaden además unas características adicionales que deben cumplirse, indistintamente de si la variedad se ajusta o no a los requisitos de la concesión de la obtención.

De acuerdo con el artículo 1º (iv) de la citada norma, la variedad “debe definirse por la expresión de los caracteres resultantes de un cierto genotipo o de una cierta combinación de genotipos”. Debe además “distinguirse de cualquier otro conjunto de plantas por la expresión de uno de dichos caracteres por lo menos”; y por último, “considerarse como una unidad, habida cuenta de su aptitud a propagarse sin alteración”.

Esta definición ha desempeñado un rol destacado en el fomento de la innovación y el desarrollo de nuevas variedades. Ello en el contexto del examen de la distinción, pues en los términos del artículo 7º, una variedad es distinta si se diferencia notoriamente de cualquier otra variedad, cuya existencia sea manifiestamente conocida para la fecha de solicitud del registro. Dicho de otra forma, con la definición y el alcance dados se pretende que los obtentores innoven, descartando por ende cualquier intento de registro de variedades ya existentes.

En este sentido, atendiendo a las notas explicativas del Acta de 1991, no es variedad una única planta, aunque sí lo es una variedad que esté re-

² A tal punto de incluirse en las notas explicativas adoptadas por el Consejo de la UPOV el 21 de octubre de 2010, que tienen como propósito ser la guía para que los Estados miembros regulen las obtenciones vegetales en sus sistemas normativos (cfr. UPOV (2010). *Notas explicativas sobre la definición de variedad con arreglo al Acta de 1991 del Convenio de la UPOV*, adoptadas por el Consejo en su 44ª sesión ordinaria, el 21 de octubre de 2010).

presentada por una única planta, o por una parte o varias partes de esta y que puedan utilizarse para reproducir o multiplicar dicha variedad; tampoco lo es un rasgo específico como su resistencia a ciertas plagas, ni una sustancia propia, ni tampoco una tecnología de fitomejoramiento asociada (UPOV, 2010, p. 4).

Las notas explicativas a manera de ejemplo descartan la resistencia a las enfermedades o el color de la flor como un rasgo, el aceite o el ADN como sustancia química y un cultivo de tejido como tecnología de fitomejoramiento.

De otro lado, tampoco son variedades aquellas que, en términos del artículo 1º, “no logren definirse por la expresión de los caracteres resultantes de un cierto genotipo o de una cierta combinación de genotipos”. A estos efectos debe entenderse que el concepto de combinación de genotipos, abarca híbridos y variedades sintéticas, tan solo para citar dos ejemplos.

De esta forma, el espectro de la protección de la nueva variedad vegetal se puede llegar a extender a casi todas las variedades botánicas cultivadas de género y especie. En el derecho colombiano esto se encuentra consignado en el artículo 2º de la Decisión 345 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones y en el artículo 1º del Decreto 533 de 1994 incorporado al Decreto 1071 de 2015; claro está, siempre y cuando sean nuevas, distintas, homogéneas y estables y no se encuentren restringidas por motivos de salud humana, animal o vegetal.

Por último, según se estipula en el artículo 1º del Decreto 533 de 1994 (Decreto 1071.2015), no se protegerán las especies vegetales silvestres, ni tampoco aquellas en las que el hombre, o más bien su actividad inventiva, no ha interferido.

Ahora bien, de forma complementaria a la primera aproximación, creemos que un segundo acercamiento a su dimensión debe abarcar el concepto del obtentor. A este respecto, y no obstante los efectos de la normativa colombiana, señalamos que ante la ausencia de este concepto como definición en el Acta de 1978 del Convenio UPOV, suscrita por Colombia, es preciso remitirnos nuevamente al Acta de 1991.

En el artículo 1º (v) de la citada norma se define al obtentor como toda persona que tanto haya creado, como descubierto y puesto a punto una variedad. Se admite de igual forma como obtentor a quien sea su empleador o contratante, y a su causahabiente, tanto de la primera persona mencionada como de quien lo contrató.

Cuando en esta definición se habla del que crea o descubre, queda claro que para la existencia de un obtentor debe estar presente el elemento de innovación, ya que el sistema de propiedad intelectual está diseñado para amparar el espíritu creativo e innovador del ser humano. Se trata en efecto de un inventor que logró desarrollar una variedad en los términos de la Resolución 1893 de 1995 del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), y que además logró ponerla a punto.

La inclusión de la expresión *puesta a punto* por parte del Convenio UPOV encuentra su origen, según Robledo del Castillo (2001, p. 21), en el mero hecho del descubrimiento de las variedades, que no va a admitir ningún espectro de protección. No obstante, si las variedades fueron además puestas a punto por su creador, la protección sí le cobijará, más allá de aquella tesis sobre las variedades descubiertas que “nos indica que hoy en día no son registrables por cuanto el concepto se introdujo en el Convenio UPOV 1991 al cual Colombia no ha adherido”, en tanto la definición de obtentor que trae el Convenio UPOV 1991 es explicativa y aplicable a todos.

Al igual que en otros derechos de propiedad intelectual, como los derechos de autor, el ámbito de protección del obtentor contempla un amplio panorama de situaciones en las que este interviene. La primera es en calidad de obtentor por sí mismo, asumiendo todos los derechos y obligaciones que le asisten en tal calidad, teniendo todas las facultades para transferir sus derechos a sus causahabientes o pudiendo incluso ser estos embargados. Ante el fallecimiento del obtentor, si los derechos de explotación de la obtención estuvieren aún vigentes, la titularidad sería asumida por sus herederos.

Cuando el obtentor tuviese un empleador o fuere contratista, estos derechos le pertenecerían a quien le tuviera contratado. Incluso el Estado asumiría la titularidad de los derechos de la obtención como obtentor, pues tanto en el ámbito público como en el privado, a estos contratantes les asiste el derecho a que su nombre aparezca como obtentor y titular del trámite administrativo de registro (Robledo del Castillo, 2001, p. 22).

No en vano, con miras a estimular la actividad inventiva, la Decisión 345 de 1993 en su artículo 15 y el Decreto 533 de 1994 actual Decreto 1071 de 2015 en su artículo 14 admiten que el Estado ceda a sus empleados un porcentaje de la explotación económica resultante de la obtención.

Para finalizar este apartado, cuando hay una afluencia común o por separado de obtentores suelen aplicarse dos soluciones bastante distintas entre

sí. En el primer caso, los obtentores en común deben solicitar el registro de la obtención, el cual les será otorgado conjuntamente. Esta es una solución muy propia de las obras colectivas en el régimen autorral.

En el segundo caso, cuando se presenten dos o más obtentores que hayan puesto a punto una variedad por separado, le será otorgado el derecho a aquel que antes que otro hubiere presentado el registro. Sin duda alguna, esta es una solución que se ajusta al régimen de propiedad industrial, donde la titularidad de un signo distintivo o nueva creación le asiste al primero que la solicita: *Prior in tempore, potior in iure*.

2. Caracterización con respecto a otros derechos de propiedad intelectual

El reconocimiento de nuevas categorías de derechos de propiedad intelectual —distintas de las tradicionales patentes, marcas y derechos de autor— se ha venido dando de forma dispar (Tawil, 2010, p. 1) y a la vez gradual durante todo el siglo xx. De esta manera, los datos de prueba, certificados complementarios de protección u obtenciones vegetales, entre otros, se han constituido como derechos inmateriales, a través de la consagración expresada por instrumentos de derecho internacional, tales como el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, o Acuerdo ADPIC, que hoy por hoy se reviste como el tratado de mayor relevancia en este sentido.

La protección de los derechos sobre las obtenciones vegetales encuentra su razón de ser en su ámbito de individualización, pues a diferencia de otros derechos de propiedad intelectual —especialmente del derecho de patentes—, lo que buscan es otorgar una cobertura especializada a las variedades de géneros y especies botánicas, teniendo presentes las reales necesidades del obtentor en un mercado con alto impacto económico.

Teniendo presente lo anterior, procederemos a establecer un paralelo en la protección de los derechos de propiedad intelectual y de las obtenciones vegetales. En primer lugar, si nos remitimos a la protección vía patente, encontramos que su objeto son las invenciones con aplicación industrial, en tanto que el objeto de las obtenciones es la propia variedad vegetal.

Con respecto al alcance, vemos que (i) las patentes están determinadas por las reivindicaciones o la descripción técnica que el inventor plasme en la solicitud y, a su vez, las obtenciones vegetales deben estar fijadas

por la legislación interna o por el Convenio de la UPOV; y (ii) el uso de las invenciones o variedades para desarrollar nuevos productos puede requerir la autorización del titular en el caso de las patentes, mientras que en el caso de las obtenciones no lo requiere.

De hecho, en Colombia, de acuerdo con la Resolución 970 de 2010 del ICA —la cual nos ocupará en líneas posteriores— no es necesario solicitar una autorización para la propagación de las variedades protegidas que fueron cultivadas para utilizarla en la misma explotación, tal y como lo analizaremos posteriormente, siempre que el terreno cultivable no exceda las cinco hectáreas.

Para concluir este apartado, hacemos énfasis en el aspecto por caracterizar más importante de las obtenciones vegetales, el cual consiste en los requisitos de protección, no en las condiciones formales como *a priori* podría creerse. Ello toda vez que tanto el examen de documentación como el ensayo de campo y el depósito del material vegetal, como condiciones formales, no son obligatorios para las patentes ni para las obtenciones.

Antes de desarrollar el ámbito y los requisitos de protección —también llamados condiciones fundamentales (Cabrera Medaglia, 2011, p. 31)—, y su carácter delimitador con relación a otros derechos, es preciso advertir que no consideramos que la denominación de la variedad sea un requisito *per se*, como en repetidas ocasiones lo ha sostenido la doctrina (Pagliano, 1999, p. 56; Canaval, 2008, p. 96; Alarcón y Quiróz, 2000, p. 20), apoyada en una errónea interpretación del artículo 7º de la Decisión 345 de 1993.

A nuestro juicio, la acción de asignación de un nombre de libre uso a una variedad no implica que se esté cumpliendo con un requisito, como sí con una condición formal-obligatoria, pues el primero está estrechamente ligado al nivel creativo y al esfuerzo económico e intelectual que representa una obtención novedosa, distintiva, homogénea y estable, mientras que el segundo está vinculado a una denominación o nombre apenas necesario para diferenciar una variedad de otra.

En efecto, la propiedad intelectual, y a su vez los regímenes de patentes y modelos de utilidad,³ recompensan el fruto de la capacidad creativa y del

³ Al referirnos a los requisitos de las patentes y los modelos de utilidad, a saber: (i) novedad, (ii) aplicación industrial, (iii) no obviedad y (iv) suficiencia en la descripción técnica, nos es posible comprender el real esfuerzo intelectual y económico del inventor. Los requisitos entre estos dos regímenes

esfuerzo intelectual, el cual es la base legítima para que una empresa o persona natural obtenga una ventaja comercial (Shiva, 2003, p. 93). De hecho, esta es una postura asimilada por el artículo 5.1 del Convenio de la UPOV, al admitir los ya referidos cuatro requisitos o supuestos condicionales para que una variedad sea protegida.

Es por lo anterior que la concesión del derecho de obtentor no puede depender de condiciones suplementarias o diferentes de las cuatro ya mencionadas, y que seguidamente ampliaremos. Lo anterior, a reserva de que la variedad vegetal sea designada por una denominación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 (Convenio de la UPOV, 1991, art. 5.2).

3. Requisitos y ámbito de protección

Una vez planteados el contexto en el que abordaremos los requisitos y el ámbito de protección de las obtenciones vegetales, nos referiremos anticipadamente al requisito de la novedad, el cual evita que cualquiera pueda registrar aquellas variedades notoriamente conocidas o que ya hayan sido comercializadas. A partir del Acta de 1978 de la UPOV, se puntualiza un número tope de años en los que previamente se pueden haber realizado actividades de comercialización tales como la venta. Este tope varía de acuerdo con las clases de plantas y, en cualquier caso, si esta se llevara a cabo o no en el territorio del Estado miembro del solicitante.

No obstante, para el sistema propuesto por el Acuerdo ADPIC, es claro que si la protección de la obtención se realiza vía patente, sí primará aquel conjunto de conocimientos que ya hacen parte de la técnica previa. Será labor de la oficina de registro correspondiente determinar si se cumple o no con este requisito, a partir de la dificultad de acceso a estos conocimientos en la época de solicitud del registro.

Para citar tan solo un ejemplo, en Estados Unidos el requisito de novedad no sería satisfecho si la invención que se pretende patentar, ya se

son por regla general los mismos, con la salvedad de que en algunos países la protección otorgada por los modelos de utilidad cubre únicamente algunos campos tecnológicos, y únicamente a productos, no a procesos (Zavaleta Carrillo, Barrera Cámara y Fuentes Penna *et al.*, 2013, p. 49). En este sentido, los modelos de utilidad son utilizados para proteger una nueva creación de menor rango inventivo en relación con una patente (Oficina Española de Patentes y Marcas [OEPM], 2014, p. 4) En la práctica, los modelos de utilidad suelen ser considerados para las pequeñas y medianas empresas que tienen su nicho de negocio en la realización de mejoras menores —usualmente de aparatos o herramientas ya conocidos— o adaptaciones a invenciones ya existentes.

hubiere descrito previamente en una publicación, incluso si esta se llevara a cabo en otro país (35 u.s.c. § 102-b).

Esta postura es compartida por el apartado 33 (1) del Reglamento del Tratado de Cooperación de Patentes (PCT), con lo cual, si seguimos a la doctrina, vemos que a pesar de que las innovaciones vegetales sean tanto conocidas como utilizadas y divulgadas por un medio que no sea escrito, resultaría plausible obtener la protección de la obtención vía patente (Helfer, 2005, p. 52; Correa, 2000, pp. 188 y 189; Dutfield, 2000, p. 64).

Retomando la protección del Convenio de la UPOV: Acta de 1978, la novedad vista desde el enfoque de la comercialización tiene dos matices. De un lado, el margen de máximo un año que tiene cada obtención para haber sido comercializada. Si supera este tope, es decir, si esta fuese puesta en venta o comercializada por un mayor tiempo, perdería toda novedad.

De otro lado, en el caso de las vides y árboles, este tope se incrementa en seis años, y cuatro años en el caso de otras plantas. En Colombia, en lo que a topes se refiere, encontrándose sujeta al Convenio y regulada en este sentido por el artículo 8º de la Decisión 345 de 1993, se estipula un año en el primer caso y cuatro y seis años respectivamente en los otros dos casos planteados por el Convenio, aunque por fuera del territorio andino.

En segundo lugar, la distinción o distintividad en la variedad exige que esta no sea igual a otra variedad, cuya existencia sea notoriamente conocida para la fecha en la que se presenta la solicitud. A este efecto, por notoriedad se excluye toda variedad que se encuentre registrada, que sea local o un ecotipo, en los términos del artículo 6.1 del Convenio en el Acta de 1978. Del mismo modo, el criterio de la notoriedad contempla el cultivo en sí de la variedad, su comercialización o inscripción tanto efectuada como en trámite para registro.

Se contempla además la existencia previa de una colección de referencias o, como ya se ha advertido, de su presencia en publicaciones que den a conocer la variedad. La Decisión 345 de 1993 señala sobre este requisito que la variedad debe diferenciarse claramente de cualquier otra, que ya fuese comúnmente conocida en el momento de la solicitud del registro o de la prioridad reivindicada. Indica además que la solicitud en cualquier país implica que la variedad pase a ser comúnmente conocida, ello si se concediese el registro de la variedad.

En atención a los caracteres que distinguen una variedad de otra, cabe anotar que estos deben ser susceptibles de ser descritos y también identi-

ficables con total precisión. La importancia de este requisito radica en que ante la errónea concesión del registro de una variedad que no fuese distinta, le sobreviene una nulidad.

Es por lo anterior que existen elementos de distintividad reconocidos por la UPOV a través de sus directrices para clasificar las variedades, de acuerdo con múltiples valores cuantitativos y cualitativos de referencia; por ejemplo, su color, grosor, extensión o forma de la hoja y del tallo, entre otros.

En tercer lugar, la homogeneidad como requisito de protección hace referencia a la uniformidad en el conjunto de los caracteres pertinentes de una variedad, teniendo en cuenta su mecanismo de reproducción, a reserva de la variación que se pueda prever de este, bien como mecanismo reproductivo sexuado o de multiplicación vegetativa, estando por demás la variedad limitada de tal forma que un examinador sea capaz de determinar su carácter distintivo.

En efecto, si llevamos el concepto de semilla a la órbita que se formula en el requisito de la homogeneidad, nos encontramos con que dicho concepto se amplía tanto a la reproducción sexual como a la multiplicación vegetativa. De hecho, siguiendo la línea propuesta por Sánchez y Vanegas (2008, p. 337) sobre la referida órbita, y atendiendo a un sentido botánico amplio, podemos hablar de homogeneidad en cualquier estructura vegetal o biotecnológica apta para actividades de siembra, plantación o propagación.

A nivel normativo, el Acta de 1978 del Convenio UPOV ha señalado expresamente en el artículo art. 6.1 (c) que, con la finalidad de que un Estado miembro le otorgue cobertura a una variedad sometida a estudio, debe ser lo suficientemente homogénea, de acuerdo con las particularidades que presente su reproducción asexual.

En otros términos, una variedad vegetal puede ser considerada homogénea si la variación propuesta por el obtentor es lo suficientemente limitada para que la distinción pueda describirse y evaluarse correctamente por parte del examinador (Elena-Roselló, 1996, p. 42); y si además su población vegetal presenta: o bien trazas iguales entre sí, o algunas variaciones razonables que de manera previsible admitan una multiplicación de la variedad.

En cuarto y último lugar, la estabilidad como requisito técnico, temporal y conexo a la homogeneidad exige que la variedad permanezca estable en sus caracteres esenciales al final de los ciclos de reproducciones a los que sea sometida. Se espera por ende que el obtentor pueda demostrar que los

caracteres de la variedad son homogéneos, siendo capaces de permanecer inalterados y uniformes a lo largo del tiempo.

A manera de aclaración, situamos a la estabilidad como un requisito conexo de la homogeneidad, pues por lo general, cuando una muestra de variedad se presenta ante el examinador, quien determina su homogeneidad, suele también considerarla estable. Por esta razón, según como lo señalan Leskin y Flitner, “la condición de estabilidad ha suscitado el mismo tipo de críticas que la homogeneidad en su prohibición de la protección de las variedades locales cultivadas y otras plantas” (1997, p. 52).

Sin embargo, coincidimos con Elenea-Roselló en que durante la evaluación es el examinador quien debe prestar una cuidadosa atención a la estabilidad, cultivando para ello “una generación complementaria o un nuevo lote de semillas con el fin de verificar que presentan las mismas características que el material anteriormente suministrado” (1996, p. 42). Por lo tanto, en caso de que se reporten anomalías sobre la falta de estabilidad, el derecho sobre la obtención se extinguiría.

Una vez cumplidos los anteriores requisitos, se emite una resolución de concesión que le otorga vida jurídica a la obtención vegetal, de acuerdo con la cual el obtentor adquiere una serie de derechos mínimos sobre (i) el material vegetal; (ii) de reproducción y producción; (iii) de multiplicación; y (iv) de propagación. En los cuatro casos con fines de comercialización, oferta en venta, importación, exportación o posesión para cualquiera de estos fines, antecedidos por una prerrogativa de trato nacional y reciprocidad.

En el caso de Colombia, como Estado miembro de la UPOV, los titulares de los derechos sobre las obtenciones reciben igual trato de parte de los demás Estados miembros en relación con un catálogo mínimo de derechos exclusivos y una protección estándar también mínima, que se establece en la Decisión 345 de 1993 y en el Acta de 1978 de la UPOV, donde quedó plasmado un periodo de dieciocho años para las vides y los árboles forestales, frutales y ornamentales, al igual que de quince años para las demás variedades.

El Acta de 1991 de la UPOV, a diferencia de su antecesora, contiene un ámbito de protección más amplio y reforzado. Es así como, además de extender el periodo mínimo de protección de las variedades antes mencionadas a veinticinco años, y a veinte años para las demás variedades, trae consigo una definición de “variedad”, como lo advertíamos en el primer apartado

del presente texto, y adicionalmente amplía el ámbito de protección al producto de la cosecha.

No obstante, es importante mencionar que cualquier Estado miembro de la UPOV está facultado para conceder discrecionalmente derechos adicionales a los obtentores. Colombia, por ejemplo, a pesar de ser un Estado miembro adscrito al Acta de 1978 del Convenio UPOV, prevé a través del artículo 24 de la Decisión 345 de 1993, el modelo de protección amplia, incluyendo el derecho de explotación económica sobre el producto de la cosecha.

En el ámbito de las excepciones y limitaciones,⁴ nos encontramos con dos escenarios. El primero de ellos, referido a la excepción del obtentor, prohíbe que los Estados miembros concedan a los obtentores el derecho a autorizar o impedir que terceros utilicen la variedad para crear nuevas variedades. El segundo, conocido como el privilegio del agricultor, le permite utilizar la semilla y el material vegetal de multiplicación, siempre y cuando este tenga un fin no comercial y se rija bajo ciertos supuestos; por ejemplo, que el terreno de siembra no supere un número determinado de hectáreas.

Finalmente, el ámbito de protección cesa cuando a la obtención le sobreviene alguna de las siguientes cuatro causales: (i) la renuncia expresa del derecho de protección por parte del obtentor; (ii) la cancelación del certificado; (iii) la anulación del derecho sobre la obtención; o (iv) la expiración del periodo de protección. Adicionalmente a lo anterior, el artículo 24 de la Resolución 1893 de 1995 del ICA señala que la entidad podrá de oficio, o a solicitud de parte, declarar nulo el derecho de obtentor cuando se compruebe que la variedad no cumplía con los requisitos de novedad, distintividad, homogeneidad o estabilidad al momento de su otorgamiento, o si el certificado de la obtención le fue conferido a un tercero que no tenía derecho a este.

4. Tratamiento en el marco jurídico internacional

Los tratados internacionales establecidos bajo el auspicio de la UPOV constituyen hoy en día uno de los dos ejes sobre los que se regulan las obtenciones

⁴ A la par de las excepciones, las licencias obligatorias también responden al fin social de las obtenciones vegetales cuando el interés público lo amerite, por un periodo máximo establecido en la ley, y siempre atendiendo a una justa compensación al obtentor. En Colombia esto se encuentra regulado en la Resolución 1893 de 1995 del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA).

vegetales a nivel internacional. Su principal aporte, desde que se firmara el primer Convenio UPOV en 1961,⁵ ha sido la estructuración de un sistema de protección propio a favor de los obtentores en el ámbito internacional y su correspondiente ámbito nacional.

En virtud de las obligaciones suscritas, los Estados miembros a su vez han dado alcance interno al Acuerdo, bien por la vía legislativa, con una norma propia que integra su ámbito de protección, o bien por la vía automática, al surtir efecto las disposiciones del Acuerdo a través de su aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales y del poder ejecutivo. En todo caso, deberán contar con mecanismos que les permitan a los obtentores registrar sus nuevas obtenciones.

La vía escogida por la UPOV en 1961 para proyectar las que serían las bases de la protección de obtenciones vegetales fue la instrumentalista. Esta vía encuentra su sustento en un corte filosófico de la propiedad intelectual bajo la misma denominación, y en el que los inventivos para titulares y creadores desempeñan un papel crucial de toda política pública que pretenda abordar este ámbito. Se busca con ello que los incentivos recibidos repercutan en la producción constante de nuevas invenciones o creaciones.

En este sentido, si no existiesen tales incentivos, no sería necesario hacer inversiones realmente valiosas, pues cualquiera podría limitarse a la aplicación de tecnologías baratas para reproducir y comercializar las invenciones o creaciones de otros, al precio que mejor le convenga (Helfer, 2005, p. 2). Así, el fin de la UPOV era fomentar la investigación y el desarrollo de obtenciones de calidad, estimulando además el fitomejoramiento en todos los géneros y especies de plantas, sin predeterminedar los géneros y especies en los que este sería o podría ser útil (UPOV, 2005, p. 21).

Al tenor de lo anterior, era previsible que con el Acta de la UPOV de 1978 se incluyeran disposiciones similares a las contenidas en otros acuerdos internacionales de propiedad intelectual, tales como el ámbito temporal de protección, los derechos exclusivos, un régimen de excepciones⁶ o la

⁵ Cabe señalar que desde entonces se han aceptado posteriores adhesiones, y el Convenio ha sido revisado a través de nuevas actas a partir de 1978 (véase, en este sentido, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 2000, p. 99; Paarlberg, 2001, p. 13).

⁶ En este último caso, dando cumplimiento al fin social que deben tener las patentes, derechos de autor y derechos conexos, en pro del interés público. En este sentido, autores como Melero Alonso (2006, p. 103) y Salvador-Crespo (2005, p. 231) aciertan al afirmar que el objetivo último de la

aplicación industrial-comercial que deben tener las nuevas obtenciones, ya que la protección de las obtenciones comercialmente viables será otro factor determinante que conducirá a una mejor disponibilidad de obtenciones nuevas, sin las cuales no se podrían satisfacer las demandas de una sociedad que se enfrenta a una escasez cada vez mayor de alimentos.

Resulta interesante ver cómo también para la propia Unión esta equiparación con la propiedad intelectual puede ser la llave del desarrollo económico global, especialmente en el caso de los países en desarrollo, donde la economía del campo les permite a los agricultores salir del círculo de la agricultura de subsistencia en el que están inmersos.

No en vano para este organismo la evolución observada en los veinte Estados miembros más antiguos de la UPOV denota la importancia del alcance internacional del sistema de protección de obtenciones vegetales (UPOV, 2005, p. 16), lo que equivale a que todos los agentes inmersos en la creación y explotación tengan acceso a las mejores versiones provenientes de cualquier miembro de la Unión.

Ya habíamos mencionado que el Convenio de la UPOV es uno de los dos ejes regulatorios de las obtenciones vegetales a nivel internacional. El otro eje se estableció en el seno de la Organización Mundial del Comercio, en el Acuerdo ADPIC. Este acuerdo, a diferencia del Convenio, no propone un sistema propio de protección, en cambio, utiliza el régimen vigente de patentes como una opción.

Con respecto a la interacción entre uno y otro instrumento de protección, Helfer acierta al señalar que “dada la flexibilidad que el Acuerdo sobre los ADPIC concede a los Estados y su incierta relación con los convenios de la UPOV, adoptados con anterioridad, los gobiernos nacionales se hallan ante una amplia gama de opciones a la hora de elegir el régimen de propiedad intelectual aplicable a las variedades vegetales” (2005, p. 24). En cualquier caso, no hay que olvidar el hecho mismo de la protección que por casi

protección a estos derechos recae en la búsqueda permanente de un mejor nivel de vida, siendo por tanto la propiedad intelectual uno de los medios de los que se vale el Estado para cumplir su fin esencial, que no es otro sino el bien común, por tanto, sí, y sólo si, este es capaz de garantizarlo, entonces ya se justifica la protección otorgada a los autores, inventores y titulares, entre otros. Por lo demás, el fin social principal deberá tener su punto de partida en el favorecimiento de la creación científica y cultural.

aplicación industrial-comercial que deben tener las nuevas obtenciones, ya que la protección de las obtenciones comercialmente viables será otro factor determinante que conducirá a una mejor disponibilidad de obtenciones nuevas, sin las cuales no se podrían satisfacer las demandas de una sociedad que se enfrenta a una escasez cada vez mayor de alimentos.

Resulta interesante ver cómo también para la propia Unión esta equiparación con la propiedad intelectual puede ser la llave del desarrollo económico global, especialmente en el caso de los países en desarrollo, donde la economía del campo les permite a los agricultores salir del círculo de la agricultura de subsistencia en el que están inmersos.

No en vano para este organismo la evolución observada en los veinte Estados miembros más antiguos de la UPOV denota la importancia del alcance internacional del sistema de protección de obtenciones vegetales (UPOV, 2005, p. 16), lo que equivale a que todos los agentes inmersos en la creación y explotación tengan acceso a las mejores versiones provenientes de cualquier miembro de la Unión.

Ya habíamos mencionado que el Convenio de la UPOV es uno de los dos ejes regulatorios de las obtenciones vegetales a nivel internacional. El otro eje se estableció en el seno de la Organización Mundial del Comercio, en el Acuerdo ADPIC. Este acuerdo, a diferencia del Convenio, no propone un sistema propio de protección, en cambio, utiliza el régimen vigente de patentes como una opción.

Con respecto a la interacción entre uno y otro instrumento de protección, Helfer acierta al señalar que “dada la flexibilidad que el Acuerdo sobre los ADPIC concede a los Estados y su incierta relación con los convenios de la UPOV, adoptados con anterioridad, los gobiernos nacionales se hallan ante una amplia gama de opciones a la hora de elegir el régimen de propiedad intelectual aplicable a las variedades vegetales” (2005, p. 24). En cualquier caso, no hay que olvidar el hecho mismo de la protección que por casi

protección a estos derechos recae en la búsqueda permanente de un mejor nivel de vida, siendo por tanto la propiedad intelectual uno de los medios de los que se vale el Estado para cumplir su fin esencial, que no es otro sino el bien común, por tanto, sí, y sólo si, este es capaz de garantizarlo, entonces ya se justifica la protección otorgada a los autores, inventores y titulares, entre otros. Por lo demás, el fin social principal deberá tener su punto de partida en el favorecimiento de la creación científica y cultural.

medio siglo ha facilitado el Convenio de la UPOV a sus Estados miembros al día de hoy.

Del ADPIC debe señalarse siempre un interés en instituir parámetros mínimos en los que se resguarden los derechos de propiedad intelectual. En el ámbito de las obtenciones vegetales, como ya lo enunciamos, busca hacer extensivo el modelo de las patentes, en lo que denomina sistema eficaz, aunque también admitiendo la estructuración de un sistema propio, o de una combinación de ambos, según se lee en el apartado b del artículo 27.3. De acuerdo con la postura oficial de la Unión, basada en una intervención efectuada en el Consejo de los ADPIC el 19 de septiembre de 2002, esta es una disposición normativa que se encuentra satisfecha con el sistema planteado en el Convenio.

En dicha postura se reconoce además que el Convenio por sí mismo es capaz de proporcionar un sistema propio y eficaz, tanto a escala nacional como a escala internacional, a través de la armonización. De hecho, la Unión reconoce que si se llegara a introducir un sistema que pudiera diferir de una manera significativa del planteamiento original y armonizado, basado en este Convenio, la aplicación del ADPIC resultaría muy difícil. Al margen de esta primera postura, nos encontramos con una segunda, en la cual la Unión abordó la relación entre ambos instrumentos y el Convenio sobre Diversidad Biológica, instando de la misma manera a trabajar coordinadamente para fomentar el acceso a los recursos genéticos.

Con todo y ello, puede afirmarse que los esfuerzos de la Unión han estado desde sus inicios encaminados a armonizar todo un sistema, no a competir con la propuesta de la OMC. En este sentido, concluye que el fomento de la armonización internacional es un instrumento indispensable para la protección de las obtenciones vegetales (UPOV, 2002), ampliando este margen al comercio internacional y a la transferencia de tecnología.

En efecto, para la Unión “si un país introdujera un sistema que no fuera compatible con el sistema armonizado internacionalmente y no estuviera basado en el Convenio de la UPOV, se crearían barreras al comercio y a la transferencia de tecnología, y los obtentores de los Estados miembros de la UPOV dudarían en divulgar sus variedades en dicho país” (UPOV, 2002, p. 1).

Retomando el apartado b del artículo 27.3 del citado instrumento, nos encontramos con un sistema que concibe a la patente como una vía idónea

de protección, aunque sin desconocer las otras dos vías ya mencionadas; a saber: la vía *sui generis* y la que admite una combinación de estas dos.

Es preciso, por lo tanto, referirnos al debate que ha suscitado la idoneidad de la patente sobre las obtenciones vegetales, pues la libertad de elección que en teoría tienen los Estados miembros, les daría un margen muy importante para armonizar internamente las obtenciones vegetales en relación con otros compromisos adquiridos a través de tratados internacionales.

Ello sin dejar de lado la problemática que este contexto le plantea a aquellos que deseen explotar sus obtenciones en distintos países, ya que si hay algo por lo que destaca el Acuerdo, es la ausencia de una obligación en la que se inste a los Estados miembros a implementar un ajuste de sus normativas internas al Convenio de la UPOV. Creemos, al igual que Helfer (2005, p. 44), que el motivo por el cual no se creó un único estándar de protección que integrara ambos instrumentos, fue por la poca afluencia en aquel entonces de Estados miembros de la OMC que además fuesen parte de la UPOV.

Con los Acuerdos ADPIC Plus, al forjarse medidas más estrictas en la esfera de la propiedad intelectual, se ha querido acelerar la armonización y un marco de protección superior de las obtenciones vegetales. Del mismo modo, Colombia, Chile, México y algunos países de Centroamérica, a través de tratados de libre comercio están obligados a integrar un nivel de protección superior, en el que adquieren el compromiso de ratificar el Acta de la UPOV de 1991.

De este compromiso resulta preocupante el escaso margen que tendrían los países forzados a ser parte o a integrar normas del Convenio, toda vez que no tendrían las condiciones para contar con un sistema propio de regulación de obtenciones vegetales. Y, en caso de insistir en contar con uno, si este llegase a estar en conflicto con los estándares de un Acuerdo ADPIC Plus, sería impugnado en el sistema de solución de conflictos de la OMC (Helfer, 2005, p. 61; Castro y Westerhaus, 2006, p. 32).

De esta revisión normativa nos surgen principalmente dos inquietudes. La primera de ellas indubitablemente tiene que ver con la regulación propia o *sui generis* que un Estado quisiera estructurar, con un trato favorable a quienes practican la agricultura artesanal o se autoabastecen de ella.

Esta intención, como quedó advertido, podría ser impugnada si fuese contraria a alguna disposición ADPIC-Plus, con las correspondientes sanciones

a las que se vería expuesto dicho Estado. Preocupa el hecho mismo de que la cosecha y simple producción que realizan estos agricultores, pudieran ser encuadradas como una infracción a los derechos de patente.

Una segunda inquietud gira en torno a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los pueblos indígenas, ya que también quedarían desprotegidos ante eventuales apropiaciones, en tanto en cuanto cualquiera, vía patente, podría registrar y explotar un producto vegetal anterior, sin que por ello debiese demostrar que este hubiera sido el resultado de su actividad inventiva. No hay que olvidar que, de acuerdo con el actual sistema de patentes, el registro se otorga a aquel que registre una invención antes que otro.

Como posible solución consideramos conveniente un periodo de transición previo a la aprobación de las normas internas que pretendan integrar compromisos del ADPIC-Plus. Este amplio lapso debería permitirle al Estado reunirse con los pueblos indígenas y los representantes de dichos agricultores, para así evaluar la conveniencia de una u otra disposición, y con base en ello enfilar sus políticas públicas para equilibrar una balanza que estaría en su contra.

Con lo anterior, creemos que no se dejaría de cumplir con los compromisos previamente adquiridos a través de estos tratados, pues un incumplimiento claramente traería serias sanciones comerciales.

En atención a la OMC, vemos la imperiosa necesidad de flexibilizar su posición respecto a aquellos Estados que decidan estructurar una normativa propia de obtenciones vegetales a favor del pequeño agricultor y de los pueblos indígenas, aun cuando las normas redactadas afecten de una manera no sustancial el derecho de patentes al cual estos Estados aceptaron acogerse, directa o indirectamente, a través de los ADPIC-Plus. Estamos seguros de que una tendencia flexible evitaría los potenciales efectos perjudiciales que traen los ADPIC-Plus a los mecanismos de subsistencia de muchas comunidades rurales, y también a los derechos que cobijan a los pueblos indígenas.

5. Las obtenciones vegetales en la normativa colombiana

Las obtenciones vegetales fueron reguladas a partir de la Decisión 345 de 1993 de la Comunidad Andina (CAN), organización de la cual Colombia es parte. Así, desde dicho año se estableció por primera vez un régimen común que protegía los intereses de los obtentores y que debía ser reglamentado

posteriormente a través de los decretos 533 y 2468 de 1994, así como la Resolución 1893 de 1995 del ICA, con la que principalmente se creaba el Registro Nacional de Variedades Vegetales Protegidas y se establecía el procedimiento para obtener la Certificación de Derechos de Obtentor Vegetal, que vendría a ser el sistema propio o sui generis eficaz con el que Colombia se acompasaba a un nuevo escenario junto con los demás países de la CAN.

Hasta 1993 eran someras las referencias que existían sobre obtenciones vegetales. Por ejemplo, el Código de Comercio en su artículo 538 prohibía la protección de las obtenciones vegetales a través de las patentes de invención, así como la Decisión 85 de 1978 de la CAN.

A partir de las Decisiones 311 de 1991 y 313 de 1992 ya se empezaba a vislumbrar un panorama favorecedor. En las disposiciones transitorias estaba consignado que antes del 31 de julio de 1992, la CAN debería establecer una vía subregional de protección de las obtenciones vegetales y de los procedimientos que los solicitantes deberían llevar a cabo para su obtención.

Sin embargo, se estipulaba también que hasta tanto esta vía no entrara en vigencia, no sería posible la protección vía patente. Es por lo anterior que es posible afirmar que solo desde el momento de la expedición la Decisión 345 de 1993, el Estado colombiano logró regular el esquema de protección por esa vía a través de las tres disposiciones normativas ya mencionadas. Pasarían apenas tres años para que Colombia diera el siguiente paso, al incorporarse a la UPOV el 13 de septiembre de 1996, luego de adherirse al Acta de 1978 del Convenio UPOV gracias a la aprobación de la Ley 243 de 1995.

La Decisión 345 de 1993 y el Convenio UPOV han sido desde su implementación las dos normas que cimientan el régimen de las obtenciones vegetales en Colombia. Ello ha generado en no pocas ocasiones conflictos sobre su aplicabilidad, en tanto y en cuanto en el momento en que la CAN trazó las directrices andinas, ya estaba aprobado el Convenio UPOV en su versión de 1991, y ningún Estado miembro de la CAN era a su vez parte de la UPOV.

La consecuencia y solución de esta situación que nos ofrece Robledo del Castillo nos deja entrever que quienes redactaron la norma comunitaria, creyendo hacer lo correcto, se habían basado en la más reciente versión del Convenio, esto es, la de 1991, aunque sin tener presente que los países andinos no podrían implementar esta última versión, al no ser aún miembros. Por esta razón, señala: “si se compara el texto de UPOV 1991 con el texto de

la Decisión Comunitaria 345 de 1993 se encuentra gran similitud entre los mismos, mucho más que entre el texto de UPOV 1978 y la Decisión 345 de 1993, lo que explica en gran medida, la existencia de unos conflictos normativos importantes” (2001, p. 19).

En cualquier caso, la solución consiste en situar al Acta de 1978 del Convenio de la UPOV sobre la Decisión 345 de 1993, en una pirámide normativa, con lo cual “toda incongruencia entre aquella y ésta, habrá que resolverla a favor del Convenio UPOV 1978, por ser un Convenio Internacional”⁷ (Robledo del Castillo, 2001, p. 18). Se esperaría por ende que con la adhesión de Colombia al Acta de 1991 del Convenio UPOV, este tipo de conflictos normativos desaparecieran, tal y como se pretendía en la Ley 1518 de 2012, que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-1051 del mismo año, de la cual nos ocuparemos más adelante.

La inexecutableidad, como bien lo analizaremos, se dio por la omisión de la consulta previa a los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, pues el Convenio regulaba directamente aspectos que se consideraban sustanciales para las colectividades en mención, en calidad de titulares de sus obtenciones vegetales ancestrales. A juicio de la Corte, al importar desde el Convenio una serie de restricciones propias de una patente, se restringía el desarrollo natural de la biodiversidad, producto de las condiciones étnicas y culturales y de los ecosistemas propios de los lugares donde se encuentran asentadas las comunidades. Aquí, insistimos nuevamente, en materia de reglamentación de obtenciones vegetales, tanto los pueblos indígenas como quienes se autoabastecen de la agricultura son los grandes olvidados.

Otra disposición que hace parte del actual régimen de obtenciones vegetales en Colombia se encuentra en el artículo 306 de la Ley 1032 de 2006, que integra al Código Penal la usurpación del derecho de obtentores de variedades vegetales.

Se prevé como sanción una multa de 26,66 a 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y una pena de cuatro a ocho años de prisión,

⁷ La razón por la cual Robledo del Castillo opta por este esquema interpretativo, encuentra su sustento en que “si bien es cierto, todas las normas (internacionales, comunitarias y nacionales) guardan una misma estructura y redacción (podría decirse que en gran parte lo que hay es una repetición de normas), también es cierto que, existen contrasentidos, incongruencias, extralimitaciones o desarrollos incipientes, que en algunos casos hacen necesario acoger criterios de interpretación normativa y que en su gran mayoría se resuelven por vía piramidal de interpretación” (2001, p. 18).

para quienes con la materia vegetal o con la materia similarmente confundible con la protegida: usurpen, financien, suministren, distribuyan, vendan, comercialicen, transporten o adquieran con fines comerciales o de intermediación. Preocupa una vez más en este sentido lo que pueda llegar a ocurrir con estas comunidades, al poder ser sus miembros procesados tan solo por cosechar un producto similarmente confundible.

La Resolución 970 de 2010 del ICA, al igual que el artículo 306 de la Ley 1032 de 2006, fue emitida en cumplimiento del compromiso suscrito por Colombia en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. En esta resolución se busca que todo aquel que tenga la intención de sembrar, use únicamente semillas legalmente certificadas por el ICA. Se exige además que a partir del segundo uso en siembras mayores a cinco hectáreas, o del tercero en cualquier dimensión del terreno, se deban usar nuevas semillas respecto de las que sobraren.

Esto quiere decir que únicamente están autorizados a utilizar las semillas restantes de la primera, en la segunda siembra, aquellos que lo hagan en un terreno inferior a cinco hectáreas. De lo contrario, debe pagarse un canon por su uso, el cual incluso se cobra a partir de la primera siembra. No hay que olvidar que esta prohibición es contraria al Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO, por su sigla en inglés), que restringe cualquier limitación en el manejo y conservación de semillas al principio de no regresividad (Casella, 2002; Crucible Group, 1994, p. 106).

Tampoco la Resolución 970 del ICA⁸ permite el intercambio de semillas certificadas entre agricultores, ni la reclamación derivada de daños y perjuicios al titular en caso de que se pierda una cosecha como consecuencia de la mala calidad de una semilla. Esta, se supone, está certificada⁹ y con unas condiciones fitosanitarias óptimas de calidad genética, fisiológica y física, tal y cómo lo justificó el ICA (2013-08-26) al referirse a la validez de la Resolución, tras la destrucción de cientos de toneladas de arroz produ-

⁸ Esta resolución actualizó la Resolución 148 de 2005, la cual a su vez había reformado la Resolución 2046 de 2003, y en el mismo sentido las resoluciones 3034 de 1999, 1880 de 1992 y 1226 de 1976. Esta última fue la primera resolución del ICA que regulaba este ámbito.

⁹ Han sido numerosas las denuncias por parte de agricultores colombianos, quienes han perdido cosechas por la mala calidad de semillas certificadas por el ICA; algunas de ella se recogen en el trabajo de Solano (2013).

cidas a través de la resiembra por pequeños agricultores en el municipio de Campoalegre, Huila.¹⁰

6. La necesidad de un rol participativo de los pueblos indígenas en materia de obtenciones vegetales

Contrariamente a una actitud de corte racionalista enunciada por Del Moral y Pedregal (2002, pp. 121 y ss.) sobre las relaciones entre la sociedad y la naturaleza, y que en este apartado desarrollaremos, en la actualidad existe una concepción que empieza a arraigar, a partir de dos postulados básicos: “todo está interrelacionado, pero no todo es reproducible e intercambiable, por lo tanto, la medida del valor y la del impacto son [casi] imposibles” (Riesco, 1999, p. 140). Es así como, para estos autores, quienes a su vez se apoyan en Funtowicz y Ravetz (2000), existe un punto en el que pueden llegar a converger las soluciones a los problemas en materia ambiental, a partir de su entendimiento. Esta convergencia es el concepto de complejidad.

Aunque no nos detendremos en este concepto, el cual nos será de gran utilidad para plantear el rol de los pueblos indígenas en las problemáticas asociadas al tratamiento regulatorio de las obtenciones vegetales en Colombia, sí nos conviene precisar que la complejidad encuentra su razón de ser en el hecho de que las metodologías que la ciencia experimental pretende implementar para la gestión del riesgo ambiental se quedan limitadas, sin una participación social en los procesos científico-políticos.

La complejidad es la pluralidad de perspectivas legítimas, ante un escenario que por su propia naturaleza implica profundas incertidumbres, y en el que la estructura y las propiedades de los fenómenos y temas de los que se ocupa la política ambiental se ven afectados (Del Moral y Pedregal, 2002). La complejidad es, pues, según estos autores:

[...] una propiedad de cierto tipo de sistemas, que los distingue de aquellos otros simples o meramente complicados. Los sistemas simples pueden ser comprendidos por un análisis determinístico,

¹⁰ A la fecha esta polémica resolución se encuentra en espera de su derogación (ICA 2013-08-26), como consecuencia de aquel acontecimiento que movilizó a la opinión pública y al campesinado colombiano, que se sumó a un paro agrario nacional sin precedentes, y que obligó a la administración pública a replantear sus políticas públicas en este importante sector de la economía colombiana.

de causalidad lineal. En ocasiones tales sistemas requieren para su explicación o control más variables de las que pueden ser manejadas limpiamente por su correspondiente teoría. Entonces nos encontramos ante un sistema complicado. (2002, p. 124)

Así, en el ámbito de las obtenciones vegetales, entendido como sistema ambiental, según el marco planteado por los anteriores autores, y de manera conjunta con Funtowicz y Ravetz (1997), es posible identificar un conjunto jerárquico de elementos sistema, entre los que se encuentran los subsistemas humanos e institucionales “que constituyen un caso especial de sistemas, caracterizados por su carácter reflexivo e intencionalidad propia” (Del Moral y Pedregal, 2002, p. 124).

Esta intencionalidad, aunque puede intentar desarrollar, alcanzar independientemente, o incluso oponerse a las funciones asignadas en la jerarquía, se separa de manera notoria de la referida actitud de corte racionalista sobre las relaciones entre la sociedad y la naturaleza. Esto se evidencia en el concepto propio que sobre las semillas han desarrollado los pueblos indígenas. En efecto, para estos pueblos las semillas, desde tiempos ancestrales, no solo han sido una fuente vital de supervivencia; han sido también parte esencial de su cultura, así como un eje cardinal en sus sistemas agrícolas y de medicina ancestral.¹¹

¹¹ Remitiéndonos a la recopilación realizada especialmente por Gallardo (2001), aunque también al trabajo de Cerón (1990) y Baker (1984), traemos a consideración algunos de estos sistemas y prácticas: “[...] El sistema de chacras de algunas comunidades amazónicas en Perú, Ecuador, y Colombia; El sistema agrícola del Pueblo Ka’apor que distingue 6 zonas: la huerta o jardín casero, los campos jóvenes de uso después de la quema, los campos viejos de 2 a 40 años después de la primera quema, los campos abandonados de 40 a 100 años de antigüedad, la selva madura y la selva de pantanos; El sistema de los indígenas Kayapó del Brasil, que conocen 58 tipos de roza. Cada tipo de roza, cada una adaptada a distintos tipos de microclimas y a distintos propósitos de cultivos, distinguen y diferencian 8 categorías de suelos, según los agroecosistemas donde pretenden trabajar; Los indígenas Chácobo en Bolivia, evidencian una alta manipulación de las áreas de cultivo, en una hectárea el 82% de las especies y el 90% de árboles individuales son útiles para comercio, combustibles, medicamentos, construcción, artesanías, alimentación; Los indígenas Bora del Perú, mantienen zonas de bosque permanente de sus agroecosistemas; Los cultivos de yuca del Pueblo Tukano en Colombia, cultivan 137 variedades de yuca amarga o venenosa. Tienen cultivos itinerantes de yuca con maíz, plátano, ñame, pimienta, coca, plantas medicinales y frutales” (Gallardo, 2001, p. 279). Por su parte, autores como Cerón (1990) y Baker (1984) identifican algunas de estas prácticas ancestrales en el Ecuador, destacando el papel de las comunidades quichuas en Hollín-Loreto, quienes realizan tratamientos medicinales tradicionales a partir de 61 especies de plantas, mientras que esta misma comunidad, ubicada en Sumaco utiliza

La reivindicación de esta realidad, no solo por parte de los pueblos indígenas, sino además por los campesinos, les ha llevado a exigir el reconocimiento y respeto a sus prácticas ancestrales, a través de acciones que van, tal y como lo indica Gallardo (2001, pp. 278-279), desde pedidos de moratorias a la introducción de semillas genéticamente modificadas, o la quema de cultivos a partir de estas, hasta declaratorias de territorios libres de estos organismos, como ocurrió en el estado de Río Grande del Sur en el Brasil, mediante el Decreto 39.314 del 3 de marzo de 1999.

Sin embargo, y desafortunadamente, estos no dejan de ser casos aislados. Es un hecho que la preocupación de la sociedad por estos temas es aún débil y fragmentada, a diferencia de otros temas como el empleo, la salud o la educación (Rojas, Sabatini y Sepúlveda, 2003, p. 23). De allí que esta haya sido una lucha en la cual las propias comunidades campesinas y los pueblos indígenas han sido los abanderados.

Creemos, en conclusión, que la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que en materia de regulación se toman sobre las obtenciones vegetales, se legitima en el reconocimiento y respeto de sus prácticas ancestrales, y en el papel secundario que han desempeñado hasta ahora los subsistemas humanos e institucionales dentro del ya citado marco de la complejidad. Se necesita, por ende, que la inclusión de los pueblos indígenas se sustente en el reconocimiento de la riqueza de la sabiduría indígena, en su soberanía alimentaria, en su autonomía como pueblos, en su identidad y en el derecho histórico que les asiste sobre el territorio.

7. El derecho a la consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas

El derecho a la consulta a los pueblos indígenas es un derecho fundamental, que se ha convertido en el colofón de una lucha por el reconocimiento que tienen estos pueblos a decidir sobre ciertos aspectos que afecten su sistema de valores y creencias, sus instituciones, sus territorios y, en general, sobre aquello que tenga efectos en su desarrollo socioeconómico y cultural.

Fue una lucha que implicó, entre otras medidas, la transición del modelo integracionista que había sido implementado por el Convenio 107

173 plantas para diversos fines, tal y como ocurre con las comunidades de los huaorani con un número aproximado de 120 plantas y los cofanes de Dureno con 292.

sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) había implementado en 1957 a instancias de la Organización de las Naciones Unidas; el cual concebía a estos pueblos como meros destinatarios de las políticas públicas, no como regentes de su propio destino (Rodríguez, 2015).

Decimos por tanto que es un derecho emergente, pues con la norma que se gestó la transición, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, les fue otorgado históricamente el derecho a exigir una consulta previa en los escenarios antes planteados. Según esta norma, apoyada en el artículo 330 de la Constitución Política,¹² el Estado colombiano debe contar en determinados casos con la participación de los pueblos indígenas, cada vez que tenga previsto implementar medidas tanto legislativas como administrativas que puedan llegar a afectarles directamente.

Debe llevarse a cabo una consulta libre, previa e informada, mediante procedimientos adecuados, a través de sus instituciones representativas, de una manera apropiada a las circunstancias en particular y atendiendo siempre al principio de la buena fe. En consecuencia, lo que se busca —en los términos del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT—, es que puedan participar con las debidas garantías en todas las etapas de los planes y programas de desarrollo, susceptibles de afectarles directamente, esto es, desde la formulación hasta la implementación y evaluación de medidas que les conciernen.

Una precisión adicional que debe hacerse, antes de abordar el rol de la consulta previa en el ámbito de las obtenciones vegetales, tiene que ver con el carácter previo de la consulta. Para que esto se dé así, Rodríguez (2011, p. 71) considera que se requiere una institucionalidad fuerte, capacitada e independiente y lo suficientemente flexible para desarrollar mecanismos que le permitan asumir tareas que posibiliten avanzar en la solución de los conflictos y que, a la vez, generen condiciones jurídicas y políticas de exigibilidad de la consulta previa y de un consentimiento libre, previo e informado.

¹² No en vano la Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia SU-039/97, reitera el reconocimiento que el artículo 330 de la Constitución Política le otorga a los pueblos indígenas y demás grupo étnicos, a ser consultados sobre cualquier intervención sobre su territorio, elevando de esta manera el derecho a la consulta previa a una categoría superior.

Con la Sentencia SU 039/97, se empezó a vislumbrar un escenario en el cual la consulta previa era obligatoria, en tanto salvaguardaba el territorio y los recursos naturales que abastecen a los pueblos indígenas de cualquier tipo de actividad de explotación, pues para la Corte Constitucional, según se lee en la sentencia, la explotación va más allá de la mera extracción de ciertos recursos. Dicho en sus términos: es toda actividad que afecte directamente a estos pueblos, susceptible de comprometer el uso que hacen de estos recursos, incluyendo los usos culturales y religiosos.

Es así como las variedades de plantas se encuadran en todo tipo de usos, incluyendo los usos simbólicos y, por supuesto, el más importante, el uso económico, pues de sus cultivos depende su subsistencia, al seleccionar las semillas provenientes de las plantas más vigorosas. Con lo cual, siguiendo a Patrick y Bastida-Muñoz (2001, pp. 242-243), si se elimina esta práctica ancestral de la selección de semillas, no solo se pierde para siempre, sino también todo lo que ella significa en la cosmovisión de los pueblos indígenas.

Obsérvese, como ya lo mencionamos, que la tendencia regulatoria en el ámbito de las obtenciones vegetales es contraria al principio de no regresividad y al Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos, puesto que se enfoca en las restricciones y limitaciones sobre el manejo y conservación de las semillas. Para citar el caso de la reutilización de las semillas restantes de la primera siembra en terrenos superiores a cinco hectáreas, es necesario pagar un canon por su uso, de lo contrario esta actividad es prohibida.

Lógicamente, en este escenario la soberanía alimentaria se ve gravemente fracturada, pues el control sobre la semilla, que es su base y a la vez el primer eslabón de su producción, se pierde, así como también se debilita la descentralización productiva, y a mediano y largo plazo desaparecerían irremediabilmente las prácticas tradicionales.

Otras consecuencias previsibles se evidencian en que, con el desplazamiento de las variedades tradicionales se acelerarían “los procesos de erosión genética, de extinción de variedades locales, de pérdida de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociadas a la agricultura campesina. [...] los pueblos indígenas y comunidades locales en todo el mundo, que milenariamente han aportado al continuo proceso de innovación, mejoramiento y diversificación de las variedades vegetales, se verían imposibilitados de continuar con sus prácticas de libre uso e intercambio de las mismas” (Gallardo, 2001, p. 274).

Descrito este panorama, esta tendencia regulatoria no solo sería atentatoria contra la diversidad genética de las variedades vegetales, sino de la diversidad de interacciones entre las semillas y los pueblos indígenas, cuya supervivencia estaría en una seria amenaza. Ello, dentro de lo que Patrick y Bastida-Muñoz (2001, p. 243) definen como un mercado regulado para biotecnólogos sin bioética. No nos queda duda alguna de que estos escenarios no se concebirían si una consulta previa libre e informada con los pueblos indígenas se llevara a cabo. Con todo y ello, esta fue una discusión que ya tuvo lugar dentro de la Corte Constitucional, según lo analizaremos a continuación.

8. La consulta previa en el caso de obtentores vegetales (Sentencia C-1051 de 2012)

La Corte Constitucional, en Sentencia C-1051/12, tras estudiar la omisión de la consulta previa en la que se incurrió dentro del trámite de la Ley 1518 de 2012, por medio de la cual se aprobó el Acta de 1991 del Convenio UPOV, la declaró inexecutable, de conformidad el artículo 241 de la Constitución Política, en tanto tal omisión conllevó una violación a la Constitución Política al desconocer un mandato integrado “al propio ordenamiento Superior y al Convenio 169 de la OIT, y que a su vez puede ser identificado y declarado judicialmente en el respectivo juicio de inconstitucionalidad”.¹³

En efecto, la Corte ha entendido en reiteradas ocasiones (cfr. sentencias C-175/09; C-767/12; C-030/08) que la ausencia de la consulta previa constituye un vicio que impide declarar executable una norma, cuando esta, al afectar directamente a los pueblos indígenas y comunidades étnicas, no es llevada a cabo por el Gobierno colombiano, que es el primero llamado a

¹³ En estos términos, “ha explicado la Corte que, siendo la consulta previa una expresión de los derechos fundamentales de participación plural e integridad étnica y cultural, su desconocimiento, en los casos en que resulte imperativa, tiene efectos negativos e inmediatos frente a la medida legislativa de la cual era predicable” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1051/12). Al respecto, señala Rodríguez (2009, p. 56) sobre la participación plural, la identidad, el territorio y en general, el plan de vida de los pueblos indígenas, que la consulta previa goza de un carácter fundamental, o lo que es lo mismo, es un mecanismo con el cual se avanza en el reconocimiento real de estos derechos, entendidos como derechos humanos.

promoverla en todos los casos, indistintamente de si el proyecto de ley es propuesto por el propio Gobierno o por sujetos distintos.¹⁴

Por lo demás, entiende también la Corte Constitucional que, siendo este mecanismo una expresión de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, al desconocerse en aquellos supuestos en los que su aplicación es imperativa, se producen efectos tanto negativos como inmediatos con respecto a la iniciativa legislativa de la cual la consulta previa era predicable. Es el caso de las obtenciones vegetales en el ámbito del referido Convenio y de la que fue su ley aprobatoria: la Ley 1518 de 2012.

La pregunta que tuvo que plantearse la Corte Constitucional fue si dicha ley debía o no someterse previamente a su expedición a un proceso de consulta con los pueblos indígenas. Como ya se advirtió, en el acápite decisorio de la sentencia consta la declaratoria de inconstitucionalidad de esta norma. De ahí que sea posible conjeturar que la Corte, en respuesta a la pregunta, concluyó que dicha consulta sí debía llevarse a cabo. A continuación, analizaremos las consideraciones que se tuvieron en cuenta al respecto.

En primer lugar, y a partir del problema jurídico planteado, fue labor de la Corte determinar si las disposiciones adoptadas por el Convenio afectaban directamente los derechos y los intereses de los pueblos indígenas, y de manera especial los derechos relacionados con el conocimiento tradicional, la soberanía alimentaria, la autonomía y la cultura, según fue señalado por un conjunto amplio de intervinientes.

Al mismo tiempo, debió considerar el hecho de que la obtención de nuevas variedades vegetales exige un considerable esfuerzo y una alta inversión de parte de los obtentores, en aspectos tales como “el conocimiento especializado, la mano de obra, la disposición de recursos materiales y económicos, y el empleo de largas jornadas de trabajo representadas en tiempo de servicio” (Corte Constitucional, Sentencia C-1051/12, núm. 6.5). Con ello, en la Sentencia queda constancia del no desconocimiento de los dere-

¹⁴ En este último caso, tal y como lo abordó la Corte Constitucional en Sentencia C-196/12, se dispuso que tan pronto como se advirtiera de la existencia de un proyecto de ley que no fuera de iniciativa gubernamental, sobre el cual debiera darse el proceso de consulta previa, debía acudir a las instancias previstas para definir cuáles son los mecanismos de consulta más adecuados antes de proseguir. Una de estas instancias es la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos u Organizaciones Indígenas, creada mediante el Decreto 1397 de 2006.

chos exclusivos que les corresponden, a efectos de recuperar su inversión y de promover nuevas investigaciones en la materia.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta un hecho que las variedades que durante siglos han sido desarrolladas y mejoradas por los pueblos indígenas, y que son fuente de su subsistencia, se encuentran en riesgo de quedar desprotegidas, ya que no se encuentran en capacidad de cumplir los requisitos técnicos impuestos por el Convenio; a saber: novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad. La razón de esta afirmación yace en que el proceso de mejoramiento genético de los pueblos indígenas, se desarrolla conforme a las prácticas y conocimientos tradicionales; no a partir del estado actual de la técnica, cuyas nuevas tecnologías son precisamente las acogidas por el Convenio.

Así, la Corte reconoció que “uno de los factores que más han contribuido a la revisión del Convenio UPOV, a través de las actas de 1972, 1978 y 1991, es precisamente el relacionado con la necesidad de adecuarlo a los últimos avances científicos y tecnológicos que con el tiempo se han ido implementando en la actividad de fitomejoramiento, aspectos que, conforme se ha señalado, no son compartidos con las comunidades tradicionales ni considerados por éstas en el proceso de explotación de los recursos naturales” (Sentencia C-1051/12, núm. 9.12).

Esta misma consideración ya había sido tomada en cuenta en la Sentencia C-266/96, la cual, aunque no se detuvo a analizar el rol de la consulta previa, se ocupó del estudio de constitucionalidad del Acta de 1978 del Convenio UPOV, haciendo un llamado de atención al Gobierno de Colombia para que los derechos de los pueblos indígenas no se afectaran con esta regulación, “dada su especial relación con el territorio y la condición de obtentores vegetales que detentan en desarrollo de su actividad agrícola”, cumpliendo así con su deber constitucional de garante de la diversidad cultural y biológica.

Desde ese punto de vista, en la sentencia *sub examine* hallamos una interesante remisión que hace la Corte a la Sentencia C-366/11, en la cual, tras concebir a la agricultura como un asunto trascendental para la definición de la identidad particular y diversa de los pueblos indígenas, admite que la consulta sobre el aprovechamiento de los recursos naturales que se realiza dentro de sus territorios, es un derecho que les permite participar e intervenir previamente en las decisiones que guarden relación con dicha actividad.

Así pues, a partir de las anteriores consideraciones, destacamos que la razón de la decisión que le permitió a la Corte declarar la inconstitucionalidad de la norma, tuvo como punto de partida el riesgo implícito que el Acta de 1991 del Convenio UPOV podía significar, al afectar potencialmente y de manera directa los derechos e intereses de los pueblos indígenas. Por añadidura, se hizo también una especial alusión al carácter de obtentor vegetal que los pueblos pudieran llegar a ostentar, dada la actividad agrícola que han desarrollado desde tiempos ancestrales, sin perjuicio de las limitaciones que a esta actividad pudieren imponerse al aplicarse las disposiciones del Convenio:

Si la actividad agrícola que llevan a cabo las comunidades diferenciadas se ejecuta conforme a sus específicas cosmovisiones y de acuerdo con los conocimientos tradicionales, esto es, al margen del concepto mayoritario de aprovechamiento económico en la actividad y de los avances científicos y tecnológicos en materia de fitomejoramiento, resulta razonable pensar que tales comunidades no están en capacidad de cumplir las obligaciones establecidas en el Convenio UPOV de 1991, en procura de beneficiarse de los derechos de obtentor, específicamente, respecto de las especies vegetales producidas y mejoradas por tales grupos étnicos desde tiempos inmemoriales y que, como se ha manifestado, constituyen fuente importante de su subsistencia y desarrollo y que, a contrario sensu, pueden verse afectadas por las medidas de protección que se confieren a favor de los obtentores formales en el marco del citado Convenio. (Sentencia C-1051/12, núm. 9.14)

En efecto, al aceptarse el carácter fundamental que tiene la actividad ancestral de la agricultura para los pueblos indígenas, se reconoce que esta es producto del legado de generaciones que, desde hace siglos la han perfeccionado según sus prácticas y conocimientos tradicionales. Y ello es suficiente, a juicio de la Corte, para otorgar una protección especial a estas prácticas, para así garantizar su soberanía, autonomía y seguridad alimentaria.

En este orden de ideas, de desconocerse la actividad ancestral de la agricultura, se desconocería también la importancia esencial que tiene el territorio colectivo, tanto en su soberanía alimentaria como en su cultura y

zable. A este respecto surgen dos preocupaciones: la temporalidad de los beneficios y el control sobre ese conocimiento.

En lo relativo a la temporalidad, Aguilar sostiene (2001, p. 345) que la compensación no debe ser negociada en términos de un bien precedero, puesto que limitaría los beneficios, siendo lo correcto que se pactaran de forma permanente a través de un porcentaje sobre las ganancias del nuevo producto.

Y, sobre el control, que es la inquietud de autores como Dutfield (1999) y Byström, Einarsson y Nycander (1999), este debe mantenerse, salvo que los pueblos en su calidad de titulares decidan transferirlo, documentarlo o diseminarlo, puesto que si bien las prácticas ancestrales agrícolas están al servicio de la sociedad, ello no implica que deban ser entregadas a título gratuito a particulares.

Como lo indica nuevamente Aguilar (2001, p. 350), podemos incluso ir más allá, y plantear una especie de obligación que deberían tener los particulares de respetar el derecho moral de paternidad del pueblo indígena del que están obteniendo el conocimiento, esto es, reconociendo la fuente que les permitió llevar a cabo la nueva creación.

Ahora bien, respecto a la consulta previa, tras la Sentencia C-1051/12 quedó evidenciado el desconocimiento de la contribución histórica a la diversidad biológica del país, no solo de los pueblos indígenas, sino también de las comunidades campesinas. Para la Corte Constitucional, de haberse desarrollado la referida consulta previa por parte del Gobierno Nacional, se habría puesto en conocimiento de los pueblos indígenas, de manera previa, libre e informada, el verdadero alcance del Acta de 1991 del Convenio UPOV de 1991 y la manera como esta podría afectarlos.

Es por lo anterior que se sostiene que la consulta debe ser ante todo previa, como ya lo sostuvo la propia Corte Constitucional, al enlazar el elemento de temporalidad para satisfacerla, es decir, “ésta debe realizarse desde la etapa de estudios de factibilidad o planeación y no al final, en el momento previo a la ejecución, ya que este tipo de práctica desconoce los derechos de los pueblos indígenas al romper los tiempos propios de las comunidades étnicas” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129/11).

La consulta debe ser además informada, lo cual implica que los pueblos indígenas deben disponer del tiempo suficiente para llevar a cabo su propio proceso de adopción de decisiones, de acuerdo con su sistema de valores y

sus prácticas culturales y sociales (Patiño, 2014, p. 84), y, al mismo tiempo, dicho proceso debe realizarse con procedimientos culturalmente adecuados a su realidad (p. 86).

Por último, la consulta debe ser libre, en tanto no debe existir ningún tipo de presión que altere su libertad para adoptar decisiones. Para Rodríguez (2014, p. 158), además de ser este un proceso libre, sin ninguna injerencia y con tiempos y espacios definidos, debe además existir un acompañamiento permanente de las instituciones, pues en ocasiones el acompañamiento es parcial, limitándose a la reunión de instalación y a la de protocolización de la consulta.

A lo anterior, únicamente nos faltaría agregar algunas recomendaciones para los procesos de consulta previa donde haya asuntos relacionados con las obtenciones vegetales. En primer lugar, debe ser labor del Estado identificar quiénes son los encargados de autorizar el acceso a los recursos dentro de cada comunidad, antes de iniciar el proceso, con la finalidad de obtener el permiso de uso, no de propiedad (cfr. Aguilar, 2001, p. 351), al ser un derecho colectivo no susceptible de apropiación por parte de particulares.

En este contexto, resulta de vital importancia que los delegados del Estado tengan presente su rol como garantes de los derechos de los pueblos indígenas, aunque ello no necesariamente implique que deban parcializar su posición. Por el contrario, se les exige que su participación durante todo el proceso de consulta sea imparcial y objetiva. Adicionalmente, es una prioridad que las comunidades cuenten con una capacitación antes del desarrollo de la consulta,¹⁵ no solo sobre el procedimiento que se llevará a cabo, sino también sobre el alcance de los derechos sobre las variedades de los cuales son titulares.

En este contexto, consideramos que en los casos de violación al derecho a la consulta previa, como aconteció con esta norma, se debe aplicar el principio de interpretación (ccc, T-129/11), que impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos;

¹⁵ En este sentido, Rodríguez (2014) sugiere que sean “asesores, capacitadores, mediadores y conciliadores durante el desarrollo de la consulta” (p. 232), al ser los llamados a crear confianza y seguridad en el proceso. Para ello, propone que las instituciones del Gobierno “cuenten con profesionales con las capacidades necesarias para identificar, evaluar y proponer estrategias interculturales”, los cuales, en todo caso, tengan siempre en primer lugar la protección de la identidad e integridad étnica y ecosistémica.

en otras palabras, la imposición de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana, y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. Es preciso destacar la necesidad de pensar, con base en el principio de precaución y prevención ambiental,¹⁶ en la aplicación del “principio de precaución y prevención cultural”, principalmente por medio de la consulta previa en cuanto a las comunidades y pueblos indígenas. No hay certeza de los impactos negativos que algunas decisiones puedan generar sobre los territorios y las culturas. Por lo tanto, es necesario adoptar medidas previas que impidan poner en grave peligro su pervivencia social, cultural, espiritual y económica.

En todo momento deben evitarse, además de los daños ambientales, las afectaciones sobre los pueblos indígenas originadas en lo que se decide: sobre su cultura, forma de vida y territorio. En todo caso, se deben establecer los medios necesarios para no llegar a una pérdida irreversible al presentarse un riesgo para estos pueblos. En ese sentido, el Estado tiene la obligación en todo momento de tener la diligencia debida (Rodríguez, 2014, pp. 70-72).

En lo relativo a este punto, el principio de interpretación *pro homine* impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos. Este principio está contemplado en los artículos 1º y 2º superiores, puesto que en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social y democrático de derecho. Así mismo, es un fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, por parte de todas las autoridades de la República, en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades.¹⁷

Por último, y sin ser una recomendación menos importante, debe dedicarse de manera previa al proceso de consulta, el tiempo suficiente para diseñar varias fórmulas que contemplen la distribución equitativa de las regalías de las obtenciones por concepto de su explotación comercial. In-

¹⁶ Conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente (Declaración de Río de Janeiro, Ley 99 de 1993).

¹⁷ La Corte Constitucional ha aplicado en numerosas ocasiones el principio *pro homine* sobre este mecanismo de interpretación pueden consultarse las sentencias C-251/97, C-318/98, C-148/05 y T-037/06, T695/07, T-009/08 y T-791/09.

sistemas en el diseño previo de varias fórmulas, pues existe una tendencia a sacar adelante las consultas en corto tiempo, simplemente por demostrar que se cumple con esta obligación (cfr. Rodríguez, 2014, p. 243), sin lograr resolver del todo problemas complejos, establecer políticas claras o generar verdaderos espacios de diálogo intercultural.

Referencias

- Aguilar, G. (2001). Acceso a los recursos genéticos y el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas. En E. Leff y M. Bastida-Muñoz (Eds.), *Comercio, medio ambiente y desarrollo sustentable* (pp. 341-362). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México y PNUD.
- Alarcón, E. y Quiróz, R. (2000). *Intellectual property and the new biotechnologies from the perspective of agricultural trade*. San José de Costa Rica: IICA.
- Baker, M. (1989). Etnobotánica Shuar. En C. Cerón (Ed.), *Etnobotánica del Ecuador: estudios regionales*. Quito: Abya Yala.
- Byström, M., Einarsson, P. y Nycander, G. (1999). *Fair and equitable: Sharing the benefits from use of genetic resources and traditional knowledge*. Uppsala, Suecia: Swedish Scientific Council on Biological Diversity.
- Cabrera Medaglia, J. A. (2011). *Bioderecho: propiedad intelectual, comercio y ambiente: posibilidades y opciones para establecer sinergias entre los sistemas de propiedad intelectual y los tratados ambientales*. San José de Costa Rica: EUNED.
- Canaval, J. (2008). *Manual de propiedad intelectual*. Bogotá: Centro Editorial de la Universidad del Rosario.
- Casella, A. (2002). *La excepción del agricultor en los convenios internacionales y en algunos derechos extranjeros*. Santa Fe, Argentina: Universidad Nacional del Nordeste.
- Castro, A. y Westerhaus, M. (2006). ¿Libertad o monopolio? *Quaderns de l'Institut Català d'Antropologia*, 22, 21-45
- Cerón, C. (1990). *Etnobotánica quichua en la vía Hollín-Loreto en la Provincia del Napo*. Quito: Abya Yala.
- Correa, C. (2000). *Intellectual property rights, the WTO and developing countries: The TRIPS Agreement and Policy Options*. Londres: Zed Books.
- Corte Constitucional de Colombia (1993). *Sentencia T-188*.
- Corte Constitucional de Colombia (1996). *Sentencia C-266*
- Corte Constitucional de Colombia (1997). *Sentencia SU 039*.
- Corte Constitucional de Colombia (2008). *Sentencia C-030*.

- Corte Constitucional de Colombia (2009). *Sentencia C-175*.
- Corte Constitucional de Colombia (2011). *Sentencia C-366*.
- Corte Constitucional de Colombia (2011). *Sentencia T-129*.
- Corte Constitucional de Colombia (2012). *Sentencia C-196*.
- Corte Constitucional de Colombia (2012). *Sentencia C-767*.
- Corte Constitucional de Colombia (2012). *Sentencia C-1051*.
- Crucible Group (1994). *Impactos de la propiedad intelectual sobre la biodiversidad, el comercio y las sociedades rurales*. Montevideo: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo.
- Del Moral, L. y Pedregal, B. (2002). Nuevos planteamientos científicos y participación ciudadana en la resolución de conflictos ambientales. *Documents d'Anàlisi Geogràfica*, 14, 121-134.
- Dutfield, G. (1999). Protecting and revitalising traditional ecological knowledge: Intellectual property rights and community knowledge databases in India. En M. Blakeney (Ed.), *Intellectual property aspects of ethnobiology* (pp. 103-122). Londres: Sweet and Maxwell.
- Dutfield, G. (2000). *Intellectual property rights, trade and biodiversity*. Londres: Earthscan Publications.
- Elena-Roselló, J. M. (1996). Introducción general del examen de las variedades vegetales. En *Actas del Seminario Regional para los Países Andinos sobre la Protección de la Obtenciones Vegetales*. Quito: Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura.
- Funtowicz, S. y Ravetz, J. (2000). *La ciencia posnormal: ciencia con la gente*. Barcelona: Editorial Icaria.
- Gallardo, L. (2001). Riesgos ecológicos y seguridad alimentaria. En E. Leff y M. Bastida-Muñoz (Eds.), *Comercio, medio ambiente y desarrollo sustentable* (pp. 269-280). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México y PNUD.
- Helfer, L. (2005). *Derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales: Regímenes jurídicos internacionales y opciones políticas para los gobiernos*. Roma: Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación.
- Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) (2013-08-26). Comunicado líderes de opinión del país. *ICA Comunica*. Recuperado el 13 de diciembre de 2013.
- Leskin, D. y Flitner, M. (1997). Intellectual property rights and plant genetic resources: Options for a *sui generis* system. *Issues in Genetic Resources*, 6, 1-84.

- Matiz, C., Rodríguez, G. y Zuluaga, G. (2007). *Flora medicinal y sus conocimientos asociados: lineamientos para una regulación*. Bogotá: Centro Editorial de la Universidad del Rosario.
- Melero Alonso, E. (2006). La propiedad intelectual desde una perspectiva social: una crítica al modelo vigente. *Revista Novotica*, 181, 89-111.
- Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) (2014). *Guía sobre cuestiones básicas acerca de patentes y modelos de utilidad*. Madrid: Imprenta de la Oficina Española de Patentes y Marcas.
- Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (2000). *Las negociaciones comerciales multilaterales sobre agricultura* (vol. IV). Roma: FAO.
- Paarlberg, R. L. (2001). *The politics of precaution*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press.
- Pagliano, D. (1999). *Calidad genética y sanitaria*. Montevideo: IICA.
- Patiño, L. A. (2014). Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 7, 69-111.
- Patrick, G. y Bastida-Muñoz, M. (2001). La bioética multidimensional como eje conductor de políticas de sustentabilidad en América Latina y el Caribe. En E. Leff y M. Bastida-Muñoz (Eds.), *Comercio, medio ambiente y desarrollo sustentable* (pp. 235-256). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México y PNUD.
- Posey, D. A. y Dutfield, G. (1999). *Más allá de la propiedad intelectual: los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales*. Montevideo: Nordan, IDRC y WWF.
- Riesco, P. (1999). La traza de lo medioambiental en la cultura contemporánea. *Argumentos de Razón Técnica*, 2, 137-152.
- Rodríguez, G. A. (2009). El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia. *El Otro Derecho, Revista del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA*, 40, 55-74.
- Rodríguez, G. A. (2011). Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa. *Opinión Jurídica*, edición especial, 57-72.
- Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a los pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Centro Editorial de la Universidad del Rosario.

- Rodríguez, G. A. (2015). *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia. Luchas, contenido y relaciones*. Bogotá: Centro Editorial de la Universidad del Rosario.
- Rojas, A., Sabatini, F. y Sepúlveda, C. (2003), Conflictos ambientales en Chile: aprendizajes y desafíos. *Revista Ambiente y Desarrollo*, 19 (2), 22-26.
- Robledo del Castillo, P. (2001). La protección de los derechos de obtentor de variedades vegetales en Colombia. *Revista La Propiedad Inmaterial*, 3, 149-164.
- Salvador Crespo, Í. (2005). Acceso a medicamentos y propiedad intelectual en el TLC. En Flasco, *TLC, más que un tratado de libre comercio*. Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.
- Sánchez Castillo, C. y Vanegas Avilés, L. M. (2008). Las obtenciones vegetales y los derechos de propiedad intelectual en Costa Rica. *Revista de Ciencias Económicas*, 26 (1), 335-347.
- Shiva, V. (2003). *¿Proteger o expoliar?: los derechos de propiedad intelectual*. Barcelona: Intermón Oxfam Editorial.
- Solano, V. (2013). *9.70* (documental). Recuperado el 5 de abril de 2014, de http://www.youtube.com/watch?v=utY5o_JCjYc.
- Tawil, G. S. (2010). *La protección de los datos de prueba*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) (2002). *Postura del 11 de junio de 2002*.
- Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) (2002). *Postura del 19 de septiembre de 2002*.
- Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) (2005). *Informe sobre el Impacto de la Protección de las Obtenciones Vegetales*.
- Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) (2010). *Notas explicativas sobre la definición de variedad con arreglo al Acta de 1991 del Convenio de la UPOV, adoptadas por el Consejo en su 44ª sesión ordinaria el 21 de octubre de 2010*.
- Zavaleta Carrillo, P., Barrera Cámara, R. A., Fuentes Penna, A., Díaz-Parra, O. y Ruiz-Vanoye, J. (2013). *Guía básica para la elaboración de productos científicos y tecnológicos*. Cuernavaca, México: Editorial Académica Dragón Azteca.