

El error sobre elementos normativos del tipo penal: el caso de la usurpación de derechos de obtentores de variedades vegetales (ART. 306 C.P.)

NICOLÁS ARIAS GUTIÉRREZ*

Resumen

En el presente artículo se efectúa un análisis del tipo penal de Usurpación de derechos de obtentores de variedades vegetales (art. 306 C.P.), que contiene una clase específica de elementos normativos del tipo, cual son los elementos teóricos o cognoscitivos o de aspecto técnico especializado. Con este análisis se busca esclarecer los problemas de conocimiento doloso que se suelen presentar cuando el tipo penal contiene elementos normativos de sentido y de carácter jurídico. Así, se pretende dar una respuesta al siguiente interrogante: ¿Específicamente qué debe ser conocido por el sujeto activo respecto de un elemento teórico o cognoscitivo o de aspecto técnico especializado? Para dar respuesta a esta cuestión se toma como ejemplo el análisis del tipo penal anotado.

Abstract

This article presents an analysis of the criminal offence of Usurpation of plant breeders' rights –PBR- (Sect. 306 CP), whose legal definition contains a specific kind of normative terms, namely, theoretical or cognitive or specialized technical element. This analysis seeks to clarify the problems of the *mens rea* that present themselves when the offense contains normative terms of legal nature. The article seeks to give an answer to the following question: specifically what should be known by the offender regarding a theoretical or cognitive or specialized technical term? The previous question is answered by means of the example of said criminal offence.

* Abogado. Máster en Derecho penal, Universidad EAFIT.

Palabras clave

Error sobre elementos normativos del tipo, error de subsunción, usurpación de derechos de obtentores de variedades vegetales, error de tipo, error de prohibición.

Key words

Mens rea, normative elements of legal nature, technical or specialized legal terms, usurpation of plant breeders' rights, mistake of fact, mistake of law, mistake regarding the interpretation of legal terms.

Sumario

1. Introducción. 2. Análisis del tipo penal. 3. Conclusiones.

1. Introducción

El análisis del tipo penal de usurpación de derechos de obtentores de variedades vegetales se dirigirá a establecer el sentido auténtico del elemento problemático, para luego tratar los problemas del error y del conocimiento típico en el aparte dedicado a las conclusiones. Por limitaciones de espacio, no se tratará en este artículo el estado del arte respecto de los elementos normativos del tipo, pero al final de artículo se realizarán algunos apuntes sobre la tesis que al respecto se considera más acertada, por medio de algunos ejemplos que se ofrecen.

Como ejemplo de un tipo penal del Código penal colombiano que contiene elementos teóricos o cognoscitivos o de aspecto técnico especializado, se eligió el delito de usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales, tipificado en el artículo 306 del Código penal y cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 306. Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales. <Aparte subrayado y en letra itálica condicionalmente exequible> <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1032 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> El que, fraudulentamente, utilice nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial, o usurpe derechos de obtentor de variedad vegetal, protegidos legalmente o similarmente confundibles con uno protegido legalmente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

De manera previa a la identificación más cuidadosa del elemento o elementos problemáticos y la determinación precisa de su contenido, se harán a continuación algunas anotaciones necesarias acerca del porqué puede considerarse que este tipo penal contiene esta clase de elemento normativo en sentido amplio, esto es, un elemento teórico o cognoscitivo del tipo o de aspecto técnico especializado.

Si bien todos los derechos de propiedad industrial parecieran claramente elementos normativos “tradicionales”, en la medida en que su contenido se establece con relación a determinadas normas jurídicas, no puede a nuestro juicio afirmarse lo mismo respecto de una clase concreta de los mismos, conformada por los derechos de obtentores de variedades vegetales. En concreto, la expresión “variedades vegetales” suscita dudas sobre la caracterización de este elemento, toda vez que de aplicarse los criterios de identificación de elementos normativos expuestos al inicio del trabajo, no resulta claro su carácter de tal. ¿Qué es una variedad vegetal? ¿Es posible identificar una variedad vegetal por medio de los sentidos? ¿Para precisar el contenido de esta expresión es necesario acudir a normas jurídicas? Interrogantes de la clase de los anteriores revelan el carácter ambiguo de esta expresión.

Pareciera que este elemento no es apreciable por la mera percepción sensorial, sino que sería necesaria en cierta medida una referencia a reglas de la experiencia y conocimientos que de ellas se derivan. Además, no es claro a primera vista, aunque este punto merece un análisis más profundo, que para la precisión de su contenido se presuponga como paso obligado la remisión a una norma (salvo en un sentido muy amplio). Pese a lo anterior, nos parece que este elemento puede plantear dificultades en materia de dolo y error, especialmente por la dificultad de precisar su contenido. Por ello, puede incluirse este elemento en la categoría general de “elementos normativos en sentido amplio”.

Estas reflexiones motivaron la selección de este elemento, pero resta todavía por averiguar el grado de “carga normativa” del mismo, pues creemos que se trata de una cuestión gradual, pudiendo ser posible una conexión con normas jurídicas, al igual que con conocimientos propios de las ciencias naturales o derivados de reglas de la experiencia. Este es el propósito de análisis que se desarrollará a continuación, el cual pasa por la caracterización del bien jurídico tutelado y la conexión de los elementos del tipo con el mismo, aspecto esencial desde el enfoque adoptado. La

anterior investigación nos llevará, hasta donde lo permitan las fuentes doctrinarias, jurisprudenciales y los demás criterios de interpretación jurídica, a una determinación más precisa del elemento problemático y a su puesta en relación con los restantes elementos de la modalidad típica que nos interesa. Todo ello permitirá resolver finalmente o al menos ofrecer pistas para la solución de los posibles problemas en materia de dolo y error conectados a este elemento, explicación que se realizará de la mano de algunos ejemplos.

2. Análisis del tipo penal

El artículo 306 del Código penal colombiano que tipifica esta conducta, se encuentra contenido en el Título X, el cual dice contener los delitos que atentan contra el “Orden económico social”. Ello explica el hecho de que algunos autores¹ e incluso la misma Corte Constitucional en la sentencia C-501 de 2014 consideren el “Orden económico social” como el bien jurídico protegido por este tipo penal, aunque no consideren acertada esta presunta decisión del legislador en tal sentido. Pese a lo aparentemente obvio de tal deducción, no podemos estar de acuerdo con el mencionado argumento *sedes materiae* en el que se apoya.

Para orientar la exposición más claramente, afirmamos desde ahora que el bien jurídico protegido en este caso es la propiedad industrial, como también lo considerarían más acertado Cala Moya y Guerrero Osorio². Lo anterior no obsta para que tal bien jurídico sea comprendido en un doble sentido: i) en su dimensión individual de protección del contenido económico de los derechos de propiedad industrial para su titular³; y ii) en la órbita suprapersonal más amplia de la importancia económica y social de los derechos de propiedad industrial como pilar fundamental del orden económico contemporáneo⁴, lo que sin lugar a dudas también está relacionado con

1 En este sentido, CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, en: *Derecho penal y Criminología*, Vol. 31, N. 91, Bogotá, Externado de Colombia, 2010, pp. 155-158.

2 Así, CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, p. 157.

3 Véanse los antecedentes del Anexo 1C del Tratado Constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en los que se lee “[Los Miembros] Reconociendo que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados”.

4 Como lo explica claramente ROJAS MATHEUS en relación con las variedades vegetales: “El reconocimiento de derechos de explotación exclusiva al obtentor exige, al mismo tiempo, la existencia de acciones legales especialmente diseñadas para amparar dichas facultades, pues, ante un aprovechamiento injusto de su creatividad, trabajo, tiempo, esfuerzo, dinero, el titular tendrá la seguridad de poder

la libre y leal competencia que debe existir en el mercado, en pro de los derechos de los consumidores⁵. Por ello se quisiera anotar también desde ahora que el esclarecimiento del sentido del “Orden económico social” no es innecesario sino todo lo contrario, es un paso necesario en el análisis de esta segunda dimensión del bien jurídico “Propiedad industrial”.

Sin embargo, antes de comenzar el análisis de estas dos dimensiones (personal y suprapersonal) del bien jurídico “Propiedad industrial”, se hará a continuación una corta reseña acerca del contexto histórico en el que se creó este delito, junto con una referencia a los conceptos básicos de este campo jurídico, que servirán de base para la delimitación del bien jurídico. Aunque pudiera parecer innecesario este paso, el carácter técnico y particularmente especializado de la materia lo hacen imprescindible para comprender realmente el sentido del tipo y resolver los interrogantes planteados.

Es interesante resaltar que la el tipo penal en cuestión fue creado en cumplimiento de obligaciones internacionales adquiridas por Colombia en virtud de

recuperar dicha inversión, y en consecuencia, éste proseguirá en las actividades de investigación y desarrollo en el área de mejoramiento vegetal, lo que a su vez incrementará la productividad agrícola. Este incremento trae como corolario que se ofrezcan en el mercado mayor cantidad de productos alimenticios, medicinales y ornamentales de mejor calidad, con un mayor contenido de nutrientes, inmune a enfermedades y virus, reduciéndose de esta manera el empleo de fungicidas, pesticidas, entre otros. Asimismo, la continuidad en la creación de nuevas variedades vegetales trae consigo beneficios económicos no sólo para el titular de una variedad protegida; sino también para el productor agrícola, pues, tal como lo ha señalado la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), aumenta el valor de los cultivos, y la posibilidad de explotarlos comercialmente (UPOV, s.f. b, p. s/n.), y este provecho económico que obtiene el productor agrícola favorece al sector rural, y por ende, al bienestar económico y social del país que protege legalmente a las variedades vegetales, entre otras ventajas”, ROJAS MATHEUS, FERNANDA DEL VALLE, “Acciones legales en beneficio del obtentor de variedades vegetales en el Derecho comparado y venezolano”, en: *Revista Propiedad Intelectual*, Vol. IX, N° 13, Mérida, Universidad de los Andes, 2010, pp. 105-106. Véase igualmente la Sentencia C-262 de 1996, que contiene valiosas consideraciones en relación con la importancia social y económica de la protección de esta clase de propiedad industrial y también, con ulteriores fuentes científicas especializadas que dan fe de la verdad de estas premisas, VARELA, EDUARDO, “Patentes sobre variedades vegetales: una forma diferente de protección”, Bogotá, Cavellier Abogados, 2006, p. 2. Por último, en el mismo sentido, pero en referencia a las patentes, MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, “El delito de usurpación de marcas”, en: *Revista La Propiedad Inmaterial*, Bogotá, Externado de Colombia, 2001, p. 26.

5 CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, p. 154, 156. En este sentido también los antecedentes del Anexo 1C del Tratado Constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC), donde se expresa lo siguiente: “[Los Miembros] Deseosos de reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo, y teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo”.

tratados sobre Derechos de Propiedad Intelectual⁶, tales como el Anexo 1C del Tratado Constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC), organización de la cual Colombia es integrante. Dicho Anexo recibe el nombre de “Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio”, y en el mismo se crea un organismo conocido como ADPIC, diferente a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), y que se centra en los aspectos comerciales de la propiedad intelectual, como lo explica su nombre.

¿Pero qué es la propiedad industrial? Antes de explicar en qué consiste la propiedad industrial, conviene aclarar sus relaciones no sólo con el concepto de propiedad intelectual sino también con el de derechos de autor, que suelen confundirse entre sí. Al respecto puede afirmarse que el concepto de propiedad intelectual es más general y engloba a los dos restantes. La propiedad intelectual puede entonces caracterizarse, siguiendo a Cala Moya y Guerrero Osorio, como “la disciplina jurídica que estudia y regula la protección de las creaciones del intelecto humano, los derechos de los cuales gozan sus titulares, la negociación de aquellos y los mecanismos para protegerlos”⁷. La propiedad intelectual se compone entonces de dos grandes partes: la propiedad industrial y los derechos de autor. Por este motivo puede afirmarse que ambas tienen el mismo fundamento, cual es la protección del producto de la creatividad y el intelecto humano⁸.

La anterior explicación de orden sistemático nos permite comprender las ya mencionadas críticas de Cala Moya y Guerrero Osorio a la ubicación del tipo penal bajo estudio dentro del Título X del Código penal, que recibe el nombre de “Delitos contra el orden económico social”. Al respecto señalan dichos autores

6 Pero incluso con anterioridad, en el Código penal de 1980 se encuentran antecedentes en la protección de la propiedad intelectual (en un sentido que agrupa tanto los derechos de autor como la propiedad industrial), MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, “El delito de usurpación de marcas”, en: *Revista La Propiedad Inmaterial*, Bogotá, Externado de Colombia, 2001, p. 26.

7 CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, p. 156.

8 CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, p. 156. En un sentido clasificatorio, MUÑOZ CONDE y MARTÍNEZ BUJÁN difieren de la sistemática expuesta por considerar que la propiedad industrial se opone a la propiedad intelectual y no hace parte de ésta. Desde esta óptica menos tradicional, ambos tendrían un solo elemento en común: el hecho de ser creación de la inteligencia humana. Más allá de este punto, se advertiría a juicio de estos autores una diferencia esencial: los delitos contra la propiedad intelectual no tendrían un contenido socioeconómico, como sí ocurriría en el caso de los delitos contra la propiedad industrial, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal, Parte Especial*, 18ª Ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 491; MARTÍNEZ BUJÁN, CARLOS, *Derecho penal económico, Parte especial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 28, 1999.

que el Legislador estaría desconociendo el fundamento común de ambas clases de propiedad intelectual al crear un título independiente referido a los derechos de autor y por otra parte, relegar la propiedad industrial al precitado Título X. Consideran Cala Moya y Guerrero Osorio⁹ que con ello se habría creado un bien jurídico denominado “derechos de autor”, pero se habría sido inconsecuente al no crear otro llamado “propiedad industrial” o, lo que habría resultado más coherente para estos autores, crear un Título autónomo o un Capítulo dentro del Título X (y por tanto en su criterio un nuevo bien jurídico) con el nombre de propiedad intelectual y agrupar allí los tipos relacionados con los derechos de autor y la propiedad industrial.

Centrándonos en la propiedad industrial y dejando de lado los derechos de autor, retomamos las dos dimensiones del bien jurídico “Propiedad industrial” que se explicaron anteriormente. Consideramos acertada la opinión de Cala Moya y Guerrero Osorio en el sentido de que ambas dimensiones de los derechos de propiedad industrial son decisivas para la interpretación de los tipos relacionados con la misma, independientemente de la sistemática adoptada por el Código penal colombiano¹⁰.

Como ya se afirmó, no estimamos que sea el “Orden económico social” el bien jurídico protegido en este caso¹¹. Sin embargo, aun si en gracia de discusión fuésemos a aceptar esta postura, sería necesaria la precisión y ulterior delimitación de este concepto tomando como referencia las especificidades de la propiedad industrial. De este modo, sería posible una interpretación del tipo desde la órbita más general de la

9 CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, pp. 156-157. De ello hacen eco también, ÁLVAREZ, JUAN CARLOS / CEBALLOS, MARÍA ADELAIDA / MUÑOZ, ÁLVARO MAURICIO, “De los delitos contra los derechos de autor en el Código penal colombiano”, en: *Nuevo Foro Penal*, N° 81, Medellín, Universidad EAFIT, 2013, p. 115.

10 CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, pp. 157, 169.

11 Un sector de la doctrina descarta el Orden Económico Social como el bien jurídico a proteger, como lo señala HERNÁNDEZ QUINTERO: “... Fernández Albor descarta que el orden económico social constituya el bien jurídico tutelado en los tipos penales como los enclavados en el título X del Código penal colombiano, anotando que él sólo sirve como un criterio de agrupación sistemática de algunas figuras delictivas, esto es, que cuando nuestro ordenamiento penal se refiere al orden económico está describiendo un objeto político criminal que ha servido de criterio sistematizador para agrupar algunas figuras delictivas, pero nunca ha pretendido que ese orden económico sea el bien jurídico que el legislador ha querido tutelar...”: HERNÁNDEZ QUINTERO. *Los delitos económicos en la actividad financiera*, 4.ª Ed., Bogotá, Ibáñez, 2006, pp. 104-105, citado en: CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, p. 158.

protección de la sana competencia y los derechos de los consumidores¹². Lo anterior no sería tampoco óbice para considerar el tipo penal en cuestión como uno de carácter pluriofensivo, adicionando así al objeto de protección la segunda dimensión más individual relacionada con un interés patrimonial privado, como lo reconoce incluso la Corte Constitucional en la sentencia C-501 de 2014¹³. A continuación se pretende ofrecer elementos para comprender la dimensión suprapersonal del bien jurídico, para lo cual se estudiará el concepto de “Orden económico social”, como ya se mencionó. Posteriormente se terminará la exposición del bien jurídico con la explicación de la primera dimensión de orden personal.

Muñoz Conde identifica en la doctrina jurídicopenal un proceso de progresiva diferenciación de dos sentidos del concepto de orden económico¹⁴. Por una parte estaría el orden económico en sentido estricto u orden público económico, que sería “aquella parte del orden económico dirigida o intervenida directamente por el Estado”¹⁵. Se trata entonces de la intervención del Estado en la economía como sujeto de primer orden, encargado de imponer coactivamente ciertas normas y planificar el comportamiento de los agentes económicos, todo con el fin de controlar y corregir los excesos de la iniciativa privada, o en sentido más general, hacer ajustes en la asignación de recursos y corregir fallas del mercado, pero también

12 Similar es el contenido que le dan CALA MOYA y GUERRERO OSORIO al orden económico social, siguiendo a CÓRDOBA ANGULO y a RUIZ LÓPEZ, como “un derecho subjetivo de carácter colectivo, el cual se encuentra radicado en cabeza de la sociedad y en particular del Estado, como ente representativo de aquélla. Tal bien jurídico no comporta un significado específico, pues el mismo puede ser entendido desde un punto de vista estricto, el cual se centra en el manejo de una economía intervenida en la que el Estado, como ente rector, regula el tráfico comercial; o desde un punto de vista amplio, como la regulación jurídica y comercial dada al manejo del mercado, desde todos sus niveles, es decir, desde la producción, distribución y comercialización de bienes o servicios”, CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, p. 157.

13 A una conclusión similar llegan CALA MOYA y GUERRERO OSORIO: “en consecuencia, el orden económico social no sólo busca proteger la economía en general y el tráfico comercial, sino a los actores del mismo, esto es, a los productores, distribuidores, consumidores y demás intervinientes del mercado, siendo entonces un bien jurídico global, colectivo e integral. Para finalizar, es necesario recordar que los delitos si bien pueden estar clasificados bajo un título específico y por tanto lesionar un bien jurídico determinado, esto no obsta para que con ellos se puedan lesionar o poner en peligro otros bienes, eventos en los que estaremos frente a los denominados delitos pluriofensivos, situación que evidentemente acontece con la mayoría de los delitos comprendidos en el título del orden económico social”, CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, pp. 157-158.

14 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal, Parte Especial*, *Op. Cit.*, pp. 486-489.

15 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal, Parte Especial*, *Op. Cit.*, p. 486.

con miras a lograr una redistribución justa de la renta y la riqueza, manteniendo la estabilidad económica¹⁶. No sobra agregar que estas funciones tienen incluso una base constitucional, contenida en la llamada “Constitución económica”¹⁷, en especial los artículos 61, 65 y 71 de la Carta¹⁸.

Cuestión aparte es si la Constitución económica contiene “mandatos de criminalización” en materia de protección a la propiedad industrial. Una lectura de los preceptos constitucionales que a juicio de Alviar¹⁹ componen la Constitución económica en Colombia no apunta a esta conclusión, pues en ninguno de sus artículos la Carta hace referencia a una protección penal en este ámbito. Sin embargo, no es esta una respuesta definitiva al interrogante planteado, pues quizá cabría hablar de “mandatos de criminalización” provenientes del denominado “bloque de constitucionalidad”²⁰. Sin duda es un tema interesante el análisis de si las mencionadas disposiciones de Derecho internacional que dieron origen al actual artículo 306 del Código penal pertenecen o no al bloque de constitucionalidad, y más aún, si realmente puede hablarse de “mandatos de criminalización” con origen en este cuerpo normativo²¹. No obstante, se trata de cuestiones que no pueden

16 Así, se puede conectar este concepto a nuestro juicio con los tres objetivos de la política presupuestaria o razones para la intervención del Estado en la economía: asignación, distribución y estabilización, descritos en el clásico texto de 1959 “Teoría de la Hacienda Pública” de RICHARD MUSGRAVE. Del primer capítulo de esta obra, que recoge estos conceptos antes expuestos, existe traducción al español en, MUSGRAVE, RICHARD, “Teoría múltiple de la hacienda pública”, en: *Lecturas de Hacienda Pública*, Madrid, Minerva, 1994, pp. 31-55, véanse en especial, pp. 33-34.

17 Se trata de “el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país, según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución” ARIÑO, GASPAS, “Constitución económica. Significado y límites de la expresión”, en: *Principios de Derecho Público económico*, Bogotá, Externado de Colombia, 2003, p. 175. Una mayor precisión del concepto puede hallarse en esta misma obra, pp. 176-185. Nos interesa en especial el artículo 61 de la Constitución, referido a la protección de la propiedad intelectual.

18 Así lo ha reconocido en relación con los derechos de obtentores de variedades vegetales la misma Corte Constitucional en sentencia C-501 de 2014.

19 ALVIAR GARCÍA, HELENA, “La búsqueda del progreso en la interpretación de la Constitución de 1991: el caso de la intervención de la Corte en la economía”, en: BONILLA, DANIEL; ITURRALDE, MANUEL (Eds.), *Hacia un nuevo Derecho constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005, pp. 164-173.

20 ARANGO OLAYA, MÓNICA, “El Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en: *Revista Virtual Precedente*, Bogotá, ICESI, 2004, pp. 79-81.

21 No parece en todo caso que así sea, pues el párrafo 1a) del artículo 30 del Convenio UPOV 1978, y el artículo 41 del Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) sólo señalan la obligación de los Estados de establecer acciones específicas para la disuasión de conductas vulneratorias de estos derechos y persecución de sus infractores, pero no se advierte una obligación concreta de tipificación de ciertas conductas, ROJAS MATHEUS, FERNANDA DEL

ser abordadas en este escrito y que además pasan a un segundo plano cuando la respectiva conducta ya ha sido tipificada y adicionada al Código penal, como ocurre en este caso.

Retomando la explicación de la tesis de Muñoz Conde, cabe anotar que la protección penal de lo que hemos denominado “orden económico en sentido estricto” es tarea de diversos tipos penales tales como el contrabando (artículos 319 a 322-1 del Código penal colombiano) y otros delitos que atentan contra la Hacienda Pública y el Sistema de Seguridad Social (por ejemplo los artículos 313 y 400A *idem*)²², por lo que este concepto no es de interés para el análisis del tipo penal bajo estudio.

Concepto diferente al de “orden económico en sentido estricto” es el de “orden socioeconómico” u “orden económico en sentido amplio”. Este último abarca hechos de gran trascendencia para intereses socioeconómicos y que difícilmente pueden sancionarse correctamente con los clásicos delitos patrimoniales en la medida en que exceden el ámbito puramente patrimonial individual²³. El orden económico en sentido amplio, entendido como “la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”²⁴, sería el objeto de protección en supuestos de fraude a consumidores, abuso en el ámbito de sociedades comerciales y alteración en los precios del mercado, pero también en casos de delitos patrimoniales clásicos cuando se presenta un grave perjuicio a intereses económicos colectivos, como ocurre en grandes estafas financieras y concursos punibles de importantes actores económicos²⁵.

En todo caso, la magnitud del daño o perjuicio económico no es un factor decisivo para diferenciar los clásicos delitos patrimoniales de los delitos socioeconómicos, pues como lo señala Muñoz Conde²⁶, se podría estar confundiendo un elemento

VALLE, “Acciones legales en beneficio del obtentor de variedades vegetales en el Derecho comparado y venezolano”, *Op. Cit.*, p. 100.

- 22 Así lo sostiene MUÑOZ CONDE en España (no se advierten en este caso diferencias sustanciales respecto de Colombia, a excepción de la no tipificación de la evasión fiscal en nuestro país): “Cuando el Estado interviene en esas relaciones económicas de manera activa y protagonista, imponiendo determinadas obligaciones a los ciudadanos y relacionándose directamente con ellos, se habla de *orden público económico u orden económico en sentido estricto*”. Estudia luego este autor los delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social y los delitos de contrabando como casos en los que se protege el orden económico en sentido estricto. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal, Parte Especial, Op. Cit.*, pp. 1051-1052.
- 23 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal, Parte Especial, Op. Cit.*, p. 487.
- 24 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal, Parte Especial, Op. Cit.*, p. 487.
- 25 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal, Parte Especial, Op. Cit.*, p. 487.
- 26 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal, Parte Especial, Op. Cit.*, p. 488.

determinante de la agravación de la pena con un elemento conceptual de un pretendido delito ‘socioeconómico’; sin obtener a cambio ninguna ventaja técnico-jurídica o política. Así, los supuestos de delitos patrimoniales clásicos que tengan especial incidencia en intereses económicos colectivos o socioeconómicos deben ser analizados caso por caso. Se trata en todo caso de una cuestión de grado²⁷.

Precisado el sentido del “orden socioeconómico” (u orden económico en sentido amplio) como concepto que dota de contenido la dimensión suprapersonal del bien jurídico “Propiedad industrial”, la tarea siguiente consiste en terminar de delimitar los contornos del bien jurídico con referencia a su dimensión personal de protección de derechos individuales. De este modo arribaríamos a una concepción similar a la de Muñoz Conde, quien sostiene que “En última instancia, lo que el Derecho protege en esta materia es una competencia leal entre los empresarios que, al mismo tiempo que un interés patrimonial privado, tiene también un contenido socioeconómico en la medida en que incide también en los derechos de los consumidores”²⁸.

Se comprende ahora más claramente que arribamos a idéntico resultado con independencia de que consideremos que el bien jurídico protegido reciba el nombre de “orden económico social”, “propiedad intelectual” o incluso “propiedad industrial”. Lo anterior condicionado al hecho de que el bien jurídico, cualquiera sea su nombre, sea dotado de contenido atendiendo a las dos dimensiones de protección a las que nos hemos referido²⁹. A nuestro juicio la única diferencia consiste en que el grado de precisión o delimitación necesario será mayor en el caso del orden económico social por su contenido más general, que debe ser concretado. En este sentido, nos parece preferible tomar como referente del bien jurídico protegido la propiedad industrial, como ya se ha dicho, y no el orden económico social pues, como pudo verse, bajo este último concepto se agrupan muy diversas conductas, lo que dificultaría precisar el objeto de protección³⁰. Basta un vistazo al Título X del Código penal para reconocer lo cierto de esta afirmación. En todo caso, es indudable que hemos de estudiar más

27 “Por todo lo dicho se puede concluir afirmando que la distinción delito contra el patrimonio – delito contra el orden socioeconómico tiene un valor sistemático relativo y materialmente escaso, por lo que en el apartado correspondiente se intentará analizar qué particularidades tiene el concreto tipo delictivo que justifican su consideración como delito contra el orden socioeconómico”, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal, Parte Especial, Op. Cit.*, p. 489.

28 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal, Parte Especial, Op. Cit.*, p. 498.

29 ÁLVAREZ, JUAN CARLOS / CEBALLOS, MARÍA ADELAIDA / MUÑOZ, ÁLVARO MAURICIO, “De los delitos contra los derechos de autor en el Código penal colombiano”, *Op. Cit.*, p. 95.

30 De esta crítica hace eco MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, “El delito de usurpación de marcas”, *Op. Cit.*, p. 28.

a fondo el concepto de propiedad industrial, pues como se ha explicado, es este el que debe servir para atribuir un sentido al tipo penal con conexión a su objeto de protección concreto y a su dimensión individual.

¿Qué sentido cabe atribuirle entonces a la propiedad industrial en el marco del ordenamiento jurídico colombiano? Para dar respuesta a este interrogante no es posible ofrecer una definición legal, pues más allá de considerarla un bien mercantil –inmaterial– (véase el título del Libro III del Código de Comercio colombiano) ni el Código de Comercio, ni la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), ni otras normas como el Convenio de París la contienen. Por ello debemos acudir a la doctrina. Muñoz Conde define este concepto como “aquella parte de la actividad económica empresarial que se refiere tanto a la creación o intervención de técnicas y objetos de uso industrial, como a su explotación, pero también a determinados signos o marcas que los empresarios utilizan para distinguir sus productos de otros similares que se ofertan en el mercado”³¹. Dentro del grupo de diversas modalidades de propiedad industrial que se protegen penalmente, nos interesan en concreto los derechos de obtentores de variedades vegetales, por lo que no nos referiremos a las demás³².

Pero antes de referirnos a esta clase de propiedad industrial cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿es conveniente o adecuada la protección penal de la propiedad industrial? Matiz Bulla critica a quienes se oponen a la tipificación de esta clase de conductas con el argumento de que se trata de “sanciones fuertes a quienes en últimas, no hacen otra cosa que competir deslealmente, aprovecharse de la posición preferente de grandes productores y crear un mercado paralelo, actitudes todas que pueden ser reprochables, pero no tan graves como para elevar la protección hasta el nivel penal”³³. Destacando la importancia de la propiedad industrial en el sistema socioeconómico contemporáneo, Matiz Bulla sostiene que las conductas de usurpación de propiedad industrial “no sólo afectan al titular de la misma sino que ponen en peligro los derechos de los consumidores, y finalmente menoscaban la confianza en el orden económico en general”³⁴. Así, este autor afirma que debemos

31 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal, Parte Especial, Op. Cit.*, pp. 497-498.

32 Una referencia breve a los demás derechos de propiedad industrial contemplados por el artículo 306 del Código penal puede hallarse en, CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, pp. 162-170; y también en MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, “El delito de usurpación de marcas”, *Op. Cit.*, pp. 36-38.

33 MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, “El delito de usurpación de marcas”, *Op. Cit.*, p. 27.

34 MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, “El delito de usurpación de marcas”, *Op. Cit.*, p. 27.

dejar de lado lo que denomina “falsas percepciones” que estarían frecuentemente en la base de posturas en pro de la despenalización de tales conductas y que reducen el problema a una esfera netamente económica y que involucra únicamente la defensa de los intereses comerciales de grandes empresas contra pequeños productores que sólo intentan sobrevivir³⁵.

A renglón seguido argumenta Matiz Bulla que incurre en una contradicción quien acepta la protección penal tradicional de los atentados contra el patrimonio económico aún en cuantías poco significativas y que a la vez rechaza la tipificación de conductas como las que nos ocupa, desconociendo que estas generan incluso consecuencias más graves para el ofendido y más aún, a la economía y a los consumidores en general. Ello por cuanto se vería menoscabada la confianza de los consumidores, además de que conduciría a distorsionar la información en el mercado y a atentar contra la libre y sana competencia empresarial³⁶. Finalmente señala este autor que la piratería “conlleva consecuencias graves para la economía local, no sólo por la mala imagen que genera frenando la inversión foránea sino porque en el contexto internacional es posible el bloqueo económico para quienes no garanticen los derechos sobre propiedad industrial y porque además, la piratería es en sí misma la negación de dos valores muy importantes: la creación de empresa y la creatividad”³⁷.

Si bien no es nuestro interés en este escrito fundamentar sólidamente la necesidad de protección penal de atentados a la propiedad industrial, creemos que las anteriores consideraciones de Matiz Bulla ofrecen una base sobre la cual continuar nuestro análisis del tipo contenido en el artículo 306 del Código penal, en la medida en que se trata de argumentos de peso que nos llevan a concluir, cuando menos, que la protección penal no es en este campo completamente injustificada³⁸.

En este momento podemos afirmar que hemos identificado el bien jurídico y que hemos precisado su contenido en relación con el tipo penal que se estudia. El paso siguiente consiste en la exposición de la modalidad típica en que se centra el

35 MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, “El delito de usurpación de marcas”, *Op. Cit.*, p. 27.

36 MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, “El delito de usurpación de marcas”, *Op. Cit.*, pp. 27-28.

37 MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, “El delito de usurpación de marcas”, *Op. Cit.*, p. 28.

38 No obstante, consideramos que el desarrollo y las tendencias actuales son absolutamente desafortunadas, en la medida en que fomentan dinámicas de explotación de las grandes compañías multinacionales sobre los campesinos colombianos. Sobre toda esta problemática existe un documental de Victoria Solano que se recomienda muy especialmente, Solano, 9.70, Clementina Films, disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=kZWAqS-EI_g

análisis, seguido de su interpretación y atribución de contenido conectándola con el bien jurídico “Propiedad industrial”. Sólo de este modo estaremos en capacidad de dar una respuesta a los interrogantes que puedan surgir en relación con el conocimiento típico y el error sobre el elemento normativo en sentido amplio del que nos ocupamos.

Como ya fue anotado, el elemento problemático en este caso es la expresión “variedad vegetal”³⁹. Sin embargo, no se trata de una expresión aislada, sino que la misma se integra en el concepto de “derechos de obtentor de variedad vegetal protegidos legalmente”. A su vez, es necesario poner este concepto en relación con los demás elementos de la modalidad típica que nos interesa, con el fin de comprender realmente su contenido. Así, podemos expresar esta modalidad típica de la siguiente manera, separando el primero y el segundo inciso del artículo 306: “i) El que, fraudulentamente, usurpe derechos de obtentor de variedad vegetal protegidos legalmente⁴⁰; o ii) quien financie, suministre, distribuya, ponga en venta, comercialice, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación, bienes o materia vegetal, producidos, cultivados o distribuidos en estas circunstancias”.

La vía que se propone para continuar el análisis parte de la carga de antijuridicidad expresada por el verbo rector “usurpar” y el adverbio “fraudulentamente”, para luego continuar con el elemento central del tipo (“derechos de obtentor de variedad vegetal protegidos legalmente”). Se advierte desde ahora que en relación con el segundo inciso sólo se efectuarán algunos comentarios, pues no consideramos que los restantes verbos rectores merezcan una explicación detallada ni es nuestro interés en este espacio ofrecerla. Por ello, básicamente nos referiremos a la expresión “materia vegetal” y a una cuestión relacionada con los bienes derivados de derechos de obtentor vegetal.

La calificación de la conducta típica con la expresión “fraudulenta” es comprendida por Cala Moya y Guerrero Osorio como “aprovecharse de una cosa sin derecho y en perjuicio de su titular”⁴¹, pero estos autores consideran que esta

39 Y similarmente “materia vegetal”, como se verá a continuación.

40 Es de aclarar que sobre la expresión “o similarmente confundibles con uno protegido legalmente”, ha dicho la Corte Constitucional en sentencia C-501 de 2014, cuya lectura se recomienda, que la misma no resulta aplicable a la modalidad típica de usurpación de derechos de obtentor de variedad vegetal, por considerar que se incurriría en una analogía *in malam partem* al estar referida a otros derechos de propiedad industrial y no a los derechos de obtentores de variedades vegetales, con lo que no tendría un contenido admisible desde la óptica del principio de legalidad.

41 CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, p. 159.

primera definición extraída del Diccionario de la Real Academia de la Lengua no resulta del todo ajustada a la interpretación de este tipo, aunque pueda ser adecuada para otros. Más elementos nos ofrece Matiz Bulla⁴², quien opina que las expresiones “usurpar” y “utilizar fraudulentamente” se complementan muy bien: “usurpar” no sería otra cosa diferente a apropiarse de una cosa o derecho ajeno para usarlo como si fuese propio, sentido que debería sumarse a la comprensión de la expresión “utilizar fraudulentamente” en el sentido de engaño realizado con elusión de obligaciones legales o usurpación de derechos. Con estos elementos, estamos en capacidad de afirmar que el delito en cuestión se configura cuando alguien, sin atender el derecho de otro, utiliza como propio un derecho de obtentor de variedad vegetal protegido legalmente, o en palabras de la Corte Constitucional (sentencia C-501 de 2014): “apoderarse de un derecho que legítimamente pertenece a otro mediante actos engañosos y contrarios a la verdad y a la rectitud, en perjuicio de su titular”. La elusión de obligaciones legales se presentaría en la medida en que el sujeto activo no haya conseguido el derecho por no haberlo tramitado o conseguido regularmente (sin el lleno de los requisitos legales, como pueden serlo un registro, autorización o licencia, lo que averiguaremos a continuación)⁴³.

Como contracara de estas conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, también se prevén ciertos usos admitidos de la propiedad industrial. Como lo explica Matiz Bulla, la regulación de esta materia admite ciertos usos relacionados con actividades privadas, académicas, de investigación o sin significado económico⁴⁴. Igualmente la Corte Constitucional ha señalado frente al tipo penal en sentencia C-501 de 2014, que el mismo no abarca: “(i) el mejoramiento de semillas realizado por los miembros de los pueblos y comunidades indígenas, afrodescendientes, raizales, tribales y campesinas, a través de los métodos convencionales, de acuerdo a sus conocimientos y prácticas tradicionales, siempre que sean para su propio consumo, subsistencia y desarrollo; de igual manera, el tipo tampoco se extiende a (ii) la adquisición de semillas modificadas a través de métodos de mejoramiento no convencionales, y que sean utilizadas o reutilizadas para consumo o para las cosecha de tales comunidades”⁴⁵. Como ya se dijo, la pregunta obligada ahora para desentrañar

42 MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, “El delito de usurpación de marcas”, *Op. Cit.*, p. 29.

43 Se trata de consideraciones en relación con el delito de usurpación de marcas, pero que *mutatis mutandi* son completamente aplicables a los derechos de obtentor de variedad vegetal, MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, “El delito de usurpación de marcas”, *Op. Cit.*, p. 29.

44 MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, “El delito de usurpación de marcas”, *Op. Cit.*, p. 30.

45 En opinión de la Corte, estas excepciones encuentran fundamento en el “privilegio del agricultor”,

el sentido de la conducta prohibida es entonces la de cuáles son los derechos de los obtentores (titulares de los derechos que se predicen respecto de variedades vegetales) que son protegidos legalmente, para establecer qué usos de los mismos son legítimos y cuáles no, al igual que el modo de su adquisición y extinción.

En todo caso, el análisis acerca de la configuración de este delito deberá tomar en consideración no sólo estos usos, sino que es necesario ponerlos en relación con el bien jurídico tutelado por mandato del artículo 11 del Código penal. En este sentido, consideramos con Matiz Bulla que ha de atenderse básicamente a tres aspectos que ya fueron explicados y que se relacionan con las dos dimensiones del bien jurídico "Propiedad industrial": "la protección del consumidor, el resguardo de las condiciones de credibilidad y confianza en el mercado, y los derechos legalmente reconocidos de quienes intervienen en el mismo"⁴⁶. En todo caso, y como lo señala el mismo autor, la antijuridicidad material surgiría únicamente en el caso de conductas con significado económico, aptas para lesionar estos intereses⁴⁷. Ahora bien, aunque sólo serán conductas típicas aquellas que tengan fines comerciales, los mismos deben entenderse en un sentido amplio como lo hace Matiz Bulla: esta clase de conductas bien pueden alcanzar el mismo grado de afectación del bien jurídico tutelado cuando simplemente tengan fines de sabotaje comercial (causar daño, demeritar o diluir una marca) aunque no supongan necesariamente un enriquecimiento de quien las realiza⁴⁸.

Sin embargo, un primer acercamiento a estos temas revela que no es posible establecer los usos permitidos y prohibidos, ni el surgimiento y extinción de estos derechos, sin dilucidar primero el sentido de la expresión "variedades vegetales". Una definición provisional la proporciona el artículo 3 de la Decisión 345 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (hoy Comunidad Andina de Naciones – CAN-) en los siguientes términos: "conjunto de individuos botánicos cultivados que se distinguen por determinados caracteres morfológicos, fisiológicos, citológicos,

que sí considera aplicable en Colombia en sentido contrario a lo sostenido por ROBLEDO DEL CASTILLO, como se explicará más adelante.

46 MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, "El delito de usurpación de marcas", *Op. Cit.*, p. 31.

47 Discrepamos con este autor en cuanto a que baste simplemente su puesta en peligro.

48 MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, "El delito de usurpación de marcas", *Op. Cit.*, p. 31. Sin embargo, pareciera que la Corte Constitucional es de otra opinión: "la referida conducta tiene lugar, en los casos en que el derecho de obtentor vegetal otorgado por el ICA es reproducido por alguien sin permiso o autorización del titular y aquél empieza a lucrarse mediante su comercialización en el mercado", sentencia C-501 de 2014. También se pronuncian en el mismo sentido que el Alto Tribunal, ÁLVAREZ, JUAN CARLOS / CEBALLOS, MARÍA ADELAI DA / MUÑOZ, ÁLVARO MAURICIO, "De los delitos contra los derechos de autor en el Código penal colombiano", *Op. Cit.*, pp. 95-115.

químicos que se pueden perpetuar por reproducción, multiplicación o propagación⁴⁹. Por otra parte, consideramos que el sentido de las expresiones “bienes o materia vegetal” puede establecerse tomando una definición prevista en la misma norma para la palabra “material”: “El material de reproducción o de multiplicación vegetativa en cualquier forma; el producto de la cosecha, incluidos plantas enteras y las partes de las plantas; y, todo producto fabricado directamente a partir del producto de la cosecha”. Puede observarse como esta definición abarca por una parte lo que claramente es material vegetal objeto de los derechos de obtentores vegetales y por otra los bienes producto de tal material vegetal, que guardan especial relación con el verbo rector “producidos”.

Si bien Cala Moya y Guerrero Osorio coinciden en señalar este tipo penal como un ejemplo de un tipo penal en blanco⁵⁰ por la referencia a derechos “protegidos legalmente”, consideramos que deben efectuarse algunas precisiones al respecto. Aunque la Decisión 486 de 2000 de la ADPIC, algunos tratados internacionales suscritos por Colombia y demás normatividad referida a la Propiedad Industrial puedan ofrecer pistas para atribuir significado a la expresión “utilización⁵¹

49 Esta definición es replicada por el artículo 1 de la Resolución ICA 1893 de 1995. En similar sentido, ROJAS MATHEUS, FERNANDA DEL VALLE, “Acciones legales en beneficio del obtentor de variedades vegetales en el Derecho comparado y venezolano”, *Op. Cit.*, p. 101.

50 CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, p. 159. En igual sentido, MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, “El delito de usurpación de marcas”, *Op. Cit.*, p. 29.

51 Los demás verbos rectores del tipo contenidos en el segundo inciso (financiar, suministrar, distribuir, poner en venta, comercializar, transportar o adquirir con fines comerciales o de intermediación) son conductas que a juicio de CALA MOYA y GUERRERO OSORIO son posteriores a la usurpación de los derechos de propiedad industrial y que ayudan a lesionar aún más el bien jurídico protegido. Consideran estos autores sin embargo que el Legislador fue en exceso casuista en este punto, con lo que “varias conductas, tanto o más nocivas que aquellas contra los derechos de propiedad industrial, por el simple hecho de no estar descritas en la norma queden desprovistas de reproche penal”, CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, p. 160. Frente a esta opinión, además de que no se nos ocurre un ejemplo no contemplado por estos verbos, consideramos positiva la tipificación existente, en la medida en que quizá pueda ser más respetuosa del principio de estricta legalidad y en concreto del mandato de precisión de los tipos que un genérico “usar fraudulentamente”. En este punto, es interesante analizar la siguiente opinión de MATIZ BULLA, criticada por CALA MOYA y GUERRERO OSORIO: “Tal vez desde el punto de vista puramente técnico-legislativo no sea una solución impecable, pues parece una asimilación punitiva de ciertas conductas que, en realidad, como lo indica la propia legislación de marcas, son eventos claros de uso fraudulento. Financiar, por ejemplo, es una conducta que se acomoda perfectamente a la figura de la “determinación” que nuestro estatuto penal maneja, desde la parte general, como equivalente a la autoría. Suministrar, distribuir, vender o poner en venta, comercializar o adquirir con fines comerciales son todas conductas que a nuestro modo de ver configuran formas de uso de la marca, a la luz de las reglas vistas anteriormente, de tal forma que visto así, el inciso sobra”, MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, “El delito de usurpación de

fraudulenta de derechos de obtentores de variedades vegetales”, a nuestro juicio no significa lo anterior que por ello no pueda considerarse este tipo como ejemplo de un elemento teórico o cognoscitivo del tipo o de aspecto técnico especializado, como lo explicaremos enseguida.

Agregando ahora la palabra “derechos”, podemos tomar la definición de los “derechos de obtentores de variedades vegetales” ofrecida por Cala Moya y Guerrero Osorio: “A quien obtiene una especie vegetal que pueda calificarse de novedosa, distinta o distinguible, homogénea, estable y le dé una denominación varietal, se le concede el derecho de realizar o autorizar, con exclusividad, la explotación económica de la reproducción, multiplicación y propagación de la variedad vegetal obtenida, y del producto de la cosecha de la misma, por medio de la expedición de un Certificado de Obtentor Vegetal –COV–, siempre que el cultivo y la producción de la variedad obtenida no esté prohibida por razones de salud humana, animal o vegetal, o no se trate de una especie silvestre. La duración del derecho concedido al obtentor vegetal es de 20 años si la especie obtenida se adecua en las categorías de vides, árboles frutales o árboles forestales, o de 15 años si la especie obtenida es de cualquier otro tipo, en todo caso contados a partir del otorgamiento del mentado certificado”⁵².

La protección legal de esta clase de derechos es relativamente nueva en el ámbito internacional, por no hablar del ordenamiento jurídico colombiano. Con este sistema se pretende concretamente proteger los “derechos de propiedad

marcas”, *Op. Cit.*, p. 33. La crítica de CALA MOYA y GUERRERO OSORIO consiste en que la autoría y la participación, en su opinión, no dependen de la denominación del verbo rector sino del grado de participación en los delitos, con lo que todos y cada uno de los verbos rectores podría ser realizado a título de autor o en cualquier modalidad de participación, CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, pp. 160-161. Lo que a nuestro juicio sería interesante es un análisis de este tema en conexión con la tesis de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en el sentido de que “en los delitos que describen más de una acción típica, podría ser (se trataría de una cuestión de interpretación de cada tipo de la parte especial) que no todas fueran nucleares, siendo sólo estas las propias de la autoría”, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL “La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas”, en: *Nuevo Foro Penal*, N. 76, Medellín, EAFIT, 2011, p. 25 n. 34; también véase, LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL / DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en: *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, N° 2, 2003, p. 99, n. 28; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 504 y ss. Desafortunadamente, pese a lo interesante del tema, es uno por completo diferente al que nos ocupa, por lo que no será abordado en este escrito.

52 CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, pp. 162-163. Los términos de duración de los derechos fueron modificados posteriormente. Este punto se explicará al final del análisis.

intelectual de las personas dedicadas a la selección vegetal, al fitomejoramiento y a la investigación e ingeniería genética en materia vegetal con el fin de proteger sus nuevas variedades, obtenidas a través de un costoso, dispendioso y complicado trabajo⁵³. Existe sin embargo una corriente de pensamiento muy crítica con respecto a la protección legal de esta clase de derechos, según la cual ninguna persona podría tener derechos exclusivos y excluyentes sobre variedades vegetales por cuanto se trataría de un patrimonio público inalienable⁵⁴.

Incluso entre de los partidarios de su protección legal existen discusiones en torno al mecanismo más adecuado para lograr tal fin. En especial, frente a una categoría autónoma de “derechos de obtentores de variedades vegetales”, un sector de la doctrina prefería (y aún hay quien lo prefieren en la actualidad) el sistema tradicional de patentes de invención⁵⁵. Sin embargo, en 1961 se presentó un cambio fundamental con la constitución de la Unión Internacional para la protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), organismo intergubernamental dotado de servicios administrativos y financieros por parte de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)⁵⁶. Es así como surgió el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales del 2 de diciembre de 1961 (UPOV 1961), disposición que ha tenido progresivas revisiones⁵⁷ en 1972 y 1978, hasta llegar a su

53 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, en: *Revista la Propiedad Inmaterial*, N° 3, Bogotá, Externado de Colombia, 2001, p. 15.

54 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, p. 16.

55 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, pp. 16-17. Es de anotar que esta alternativa no era posible en Colombia al tenor de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 538 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) y el literal b) del artículo 5 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que entró a regir en 1978. Posteriormente, la Disposición Transitoria primera de las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena números 311 y 313 abrieron la puerta para la creación del sistema *sui generis* de protección de derechos de obtentores de variedades vegetales, que se materializó en la Decisión Comunitaria 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (hoy Comisión de la Comunidad Andina –CAN-), en vigencia desde 1993.

56 ROJAS MATHEUS, FERNANDA DEL VALLE, “Acciones legales en beneficio del obtentor de variedades vegetales en el Derecho comparado y venezolano”, *Op. Cit.*, p. 101; ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, p. 16.

57 Un cuadro comparativo, además de un estudio minucioso del régimen de protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales puede hallarse en, HELFER, LAURENCE, “Derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales. Regímenes jurídicos internacionales y opciones políticas para los gobiernos”, en: *FAO Estudio Legislativo*, N° 85, Roma, FAO, 2005, pp. 35-36. También aconsejamos consultar la exposición de motivos de la Ley 1518 de 2012 (declarada inexecutable por la Corte Constitucional).

actual versión de 1991 (UPOV 1991)⁵⁸. Se trata de un texto integrado que se dejó a disposición de los países para su adhesión, lo que ocurrió en el caso colombiano en 1996, pero respecto del Acta UPOV 1978⁵⁹.

Sin embargo, con anterioridad a esta fecha ya existía en Colombia normatividad aplicable sobre la protección legal de los derechos de obtentores de variedades vegetales. En efecto, la Decisión Comunitaria 345 del 29 de octubre de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (hoy Comunidad Andina) estableció un Régimen Común de protección de esta clase de derechos⁶⁰. Se trata de un sistema *sui generis* con base en Certificados de Obtentor Vegetal (COV)⁶¹, que en Colombia fue reglamentado en sus aspectos estructurales por medio de las siguientes fuentes normativas: Decreto 533 de 8 de marzo de 1994; Decreto 2468 de 4 de noviembre de 1994; y Resolución ICA 1893 de 29 de junio de 1995⁶².

Así las cosas, en Colombia existía este régimen Comunitario de protección (de la Comunidad Andina) desde antes de la adhesión al UPOV 1978 el 13 de septiembre de 1996, y la correspondiente expedición de la Ley 243 de 1995 (declarada exequible por medio de la sentencia C-262 de 1996 de la Corte Constitucional)⁶³. En opinión

58 Hasta la fecha no se ha producido la adhesión de Colombia al Convenio UPOV 1991: “Dentro del trámite legislativo y aprobación de los tratados internacionales que en Colombia se debe surtir, la Corte Constitucional reviso la Ley No. 1518 de abril de 2012, ‘Por medio de la cual se aprueba el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991’, y decidió declararla inexecutable mediante sentencia C-1051 de 2012, de imprescindible lectura, por considerar que dentro del trámite de aprobación de la ley que adopta el tratado (Convenio UPOV de 1991), se omitió realizar la consulta previa a las comunidades indígenas, siendo ésta una etapa previa indispensable para cumplir de forma adecuada con el trámite del proyecto de ley”, UPOV, Anexo V, p. 1.

59 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, p. 16.

60 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, p. 17.

61 No obstante, ROJAS MATHEUS señala que en algunos países es posible proteger una obtención vegetal por medio del sistema de patentes de invención, siempre y cuando se cumplan los requisitos de: i) novedad; ii) aplicación industrial; iii) altura inventiva; y iv) que la ley no prohíba su patentamiento, ROJAS MATHEUS, FERNANDA DEL VALLE, “Acciones legales en beneficio del obtentor de variedades vegetales en el Derecho comparado y venezolano”, *Op. Cit.*, p. 102. VARELA sostiene que esta es ya una tendencia mayoritaria en otros países y que es no sólo una posibilidad en Colombia, sino que en los próximos años puede llegar a ser de obligatoria aplicación por las nuevas condiciones del comercio internacional en atención al mayor alcance de la protección con este sistema, VARELA, EDUARDO, “Patentes sobre variedades vegetales: una forma diferente de protección”, *Op. Cit.*, pp. 1-13.

62 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, p. 18.

63 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, p. 18.

de Robledo Del Castillo existe entonces un conglomerado normativo que contiene disposiciones internacionales, comunitarias y nacionales que sin embargo comparten una misma estructura y redacción, hasta el punto de que se presenta en gran medida una repetición de normas, pero también algunas inconsistencias o aspectos necesitados de interpretación para hacerlos coherentes⁶⁴. Es de anotar que existe no obstante un orden piramidal que permite solucionar muchos de estos conflictos normativos: el Convenio UPOV 1978, seguido por la Decisión 345 de 1993⁶⁵ de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y por último el Decreto 533 de 1994 junto con las demás normas nacionales y resoluciones del ICA⁶⁶.

Como lo expone Robledo Del Castillo⁶⁷, Colombia eligió aplicar entonces este sistema *sui generis* de protección, diferente a las tradicionales patentes de invención, a todos los géneros y especies botánicas (artículo 2 de la Decisión 345 de 1993 y artículo 1 del Decreto 533 de 1994). Se introdujeron, no obstante, algunas excepciones, como la imposibilidad solicitar protección de variedades vegetales cuyo cultivo, posesión o utilización se encuentren prohibidos por razones de salud humana, animal o vegetal (artículo 2 de la Decisión 345 de 1993)⁶⁸. Otra de ellas fue la imposibilidad, por mandato del párrafo del artículo 1 del Decreto 533 de 1994, de protección de variedades vegetales silvestres (que no se han plantado o mejorado por el hombre), lo que es apenas obvio⁶⁹.

¿Quién es entonces en definitiva el “obtentor de variedades vegetales”? Una definición no se halla en el Convenio UPOV 1978, pero sí en otras disposiciones

64 ROBLED DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, p. 18.

65 Que tuvo como modelo el Acta de 1991 de la UPOV, lo que es llamativo porque luego los países de la Comunidad Andina (entre ellos Colombia) no adhirieron al Acta de 1991 sino a la de 1978. Por ello, considera ROBLED DEL CASTILLO que muchos de los actuales problemas interpretativos desaparecerán cuando Colombia adhiera al Acta de 1991, ROBLED DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, p. 19.

66 ROBLED DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, p. 18.

67 ROBLED DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, pp. 19-20.

68 ROBLED DEL CASTILLO considera que entre esta excepción y los artículo 2, 3 y 4 del Acta UPOV de 1978 existe una antinomia, que debe ser resuelta en favor de esta última norma, con lo que sería posible el registro aunque en el momento no se permita su explotación (piénsese por ejemplo en una nueva variedad de la planta de coca), ROBLED DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, p 20.

69 En este punto se señala que resulta aplicable el numeral 21 del artículo 5 de la Ley 99 de 1993.

donde se indica que el obtentor es el creador de dichas variedades. El obtentor es pues el creador de la variedad vegetal, o en términos del artículo 1 de la Resolución ICA 1893 de 1995, es quien ha desarrollado y terminado una variedad vegetal⁷⁰. Pero como acertadamente lo señala ROBLED DEL CASTILLO⁷¹, ofrece una definición más completa el numeral IV del artículo 1 del Convenio UPOV 1991 (no vigente en Colombia pero útil como criterio interpretativo): “la persona que ha creado o descubierto y puesto a punto una variedad vegetal”.

En el Convenio UPOV 1978, vigente en Colombia, no existe una definición como la anterior, pese a lo cual es claro que es obtentor quien crea la variedad vegetal, lo que implica el desarrollo y puesta a punto de la variedad vegetal. Lo que sí resultaría discutible frente a este cuerpo normativo es el tratamiento de variedades ya descubiertas. A juicio de Robledo Del Castillo, estas podrían ser objeto de protección si luego de su descubrimiento el descubridor las pone a punto para su utilización, como lo señala el Convenio UPOV 1991 en la definición ya transcrita. Sostiene este autor que esta definición es explicativa y aplicable con independencia de que Colombia no haya adherido al Convenio UPOV 1991⁷².

70 A su vez, la Decisión 345 de 1993 en su artículo 4 define la expresión “crear” como “la obtención de una nueva variedad mediante la aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de las plantas”.

71 ROBLED DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, p. 21.

72 ROBLED DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, pp. 21-23. Agrega este autor que el obtentor puede ser no sólo una persona natural o jurídica, sino incluso un patrimonio autónomo. Igualmente podría darse el caso de obtentores en común o co-obtentores de una variedad vegetal, caso en el cual todos deberían ser titulares del certificado correspondiente (COV). Otro supuesto que se puede presentar es el de obtentores por separado, evento en el cual debe otorgarse el derecho de obtentor a quien primero lo haya solicitado a la autoridad competente. El derecho de obtentor puede pasar a los causahabientes del obtentor, por cesión o transferencia del mismo. Por último, en el caso de empleados contratados para la creación de variedades vegetales, los derechos corresponden al empleador y no a aquellos. Todo lo anterior puede constatarse en los artículos 1 y 7 a 11 del Decreto ICA 1893 de 1995. En otro sentido, se habla de “falso obtentor” cuando el certificado es concedido por la autoridad a quien no corresponde, caso en el cual los artículos 8 y 52 a 54 de la Resolución ICA 1893 de 1995 prevén un trámite con el fin de rectificar la titularidad. En este caso, podría llegar a presentarse un caso de usurpación de derechos que puede ser típico, pero suscita dudas la expresión “protegidas legalmente” contenida en el tipo. Lo que ocurre es que podría pensarse que la protección legal sólo existe a partir de la obtención del Certificado de Obtentor Vegetal (COV) como lo señala el artículo 13 del Decreto 533 de 1994, con lo que la conducta del “falso obtentor” sería atípica. Pero en otro sentido podría considerarse que si existen mecanismos legales que protegen al verdadero obtentor en estos casos (petición de cesión de la solicitud, si todavía no se ha otorgado el Certificado al “falso obtentor”; o petición de transferencia de derechos si ello ya ha ocurrido), es porque sí se trata de derechos protegidos legalmente y por lo tanto sería típica la conducta del “falso obtentor”. Nosotros optamos por la primera alternativa, pues consideramos que el

Previas estas aclaraciones necesarias sobre el bien jurídico y el contexto normativo, nos acercamos ahora al *quid* de este estudio. Existiendo un obtentor, cabe preguntar ahora cuáles son los requisitos para la obtención del Certificado de Obtentor Vegetal (COV). En nuestra opinión, no sólo es necesario que exista entonces el correspondiente certificado –COV-, sino además que este se encuentre respaldado por el efectivo cumplimiento de los requisitos legales de fondo para su concesión. En este orden de ideas, para la averiguación de los criterios según los cuales algo es considerado una “variedad vegetal” en el sentido del tipo penal debemos atender a estos requisitos. Los requisitos son seis⁷³: i) titularidad; ii) novedad; iii) distintividad o distinguibilidad; iv) homogeneidad; v) estabilidad; y vi) denominación varietal. Como ya se anotó, puede ponerse en duda el carácter de elemento teórico o cognoscitivo del tipo o de aspecto técnico especializado por el hecho de que estos requisitos están contenidos en las diversas normas que regulan este tema. No obstante, vale la pena reiterar en este punto que tales normas han surgido como reflejo jurídico de criterios propios de las ciencias naturales y reglas de la experiencia. Así las cosas, aunque no existieran normas que contuvieran estas definiciones o criterios, los mismos resultarían todavía aplicables a partir de estos mismos conocimientos científicos recogidos en la literatura especializada de la selección vegetal, el fitomejoramiento y la investigación e ingeniería genética en materia vegetal. Pasamos entonces a continuación a describir brevemente cada uno de estos requisitos.

La titularidad⁷⁴ es tal vez el criterio que pueda resultar más “jurídico”, en la medida en que hace referencia al sujeto de Derecho que es titular de los derechos

otorgamiento del certificado –COV- es un acto jurídico que establece de manera definitiva la protección luego de haberse constatado el cumplimiento de los requisitos legales, lo que no es seguro que se dé cuando la protección es provisional. En este mismo sentido se ha expresado la Corte Constitucional en sentencia C-501 de 2014.

73 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, p. 23. ROJAS MATHEUS se refiere a cinco, pero es indudable que debe haber una titularidad por parte de un sujeto de Derecho, ROJAS MATHEUS, FERNANDA DEL VALLE, “Acciones legales en beneficio del obtentor de variedades vegetales en el Derecho comparado y venezolano”, *Op. Cit.*, p. 101. VARELA, por su parte, se refiere sólo a cuatro, pero igualmente es claro que existe una titularidad y una denominación genérica, VARELA, EDUARDO, “Patentes sobre variedades vegetales: una forma diferente de protección”, *Op. Cit.*, p. 3. Véanse también los artículos 4 y 7 a 15 de la Decisión 345 de 1993, donde se establecen detalles de importancia al respecto. Estos requisitos son igualmente transcritos en los artículos 1, 5 y 51 de la Resolución ICA 1893 de 1995. Este último artículo es especialmente claro al referirse a los seis requisitos que menciona ROBLEDO DEL CASTILLO y que estudiamos en este espacio.

74 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, p. 23.

sobre la variedad vegetal. Como ya se explicó, no se protegen las variedades vegetales *per se*, sino a sus obtentores, como lo señala el artículo 14 de la Decisión 345 de 1993. Sobre este aspecto no se profundizará, pues ya se hicieron las anotaciones correspondientes.

En segundo lugar se encuentra el requisito de la novedad⁷⁵, que se comprende en un sentido ligado a la comercialización de la variedad, con lo que este requisito guarda similitud al anterior en el sentido de que tiene un origen o fundamento netamente jurídico. Debemos entonces remitirnos al literal b) del artículo 6 del Convenio UPOV 1978⁷⁶, según el cual una variedad es nueva si: i) no ha sido comercializada u ofrecida en venta en el territorio donde se solicita su protección o de haberlo sido y si la legislación interna lo permite⁷⁷, no desde más de un año; y ii) no ha sido comercializada u ofrecida en venta por fuera del territorio donde se solicita su protección, o de haberlo sido, no desde hace más de seis años para vides o cuatro años para otras plantas. De no registrarse dentro de estos plazos, la variedad pasará a ser de dominio público.

El tercer requisito es el de distinguibilidad⁷⁸ o distintividad, que al igual de los dos anteriores es de orden jurídico. En este punto existe una antinomia entre lo dispuesto por el Convenio UPOV 1978 y la Decisión 345 de 1993 que ha sido puesta de relieve por Robledo Del Castillo. Mientras que el artículo 6 del Convenio UPOV 1978 hace radicar este requisito en el hecho de que la variedad sea diferente de cualquier otra cuya existencia sea notoriamente conocida en el momento en que se solicita la protección (entre otros posibles factores, por su cultivo, comercialización en curso, inscripción efectuada o en trámite en un registro oficial de variedades, presencia en una colección de referencia o descripción precisa en una publicación), el artículo 10 de la Decisión 345 de 1993 se refiere a que la variedad sea diferente

75 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, "Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia", *Op. Cit.*, p. 24.

76 Igualmente consúltense los artículos 8 y 9 de la Decisión 345 de 1993.

77 En el caso colombiano, el artículo 8 de la Decisión 345 de 1993 en efecto lo permite y para ello consagró el término máximo de un año. Es de aclarar que el territorio debe entenderse como el de los países del Pacto Andino. Estos y otros aspectos relacionados con los plazos, la reivindicación de prioridad y algunas variedades protegidas en virtud de disposiciones transitorias, pese a no ser nuevas, se exponen en, ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, "Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia", *Op. Cit.*, p. 24. Igualmente, consúltense los artículos 18 de la Decisión 345 de 1993, 64 de la Resolución ICA 1893 de 1995 y la Resolución ICA 3123 de 1995 completa sobre este punto.

78 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, "Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia", *Op. Cit.*, p. 25.

a otras comúnmente conocidas, ya sea porque se encuentran en trámite para el otorgamiento de un derecho de obtentor o porque están inscritas en un registro oficial de cultivares. Como ya se explicó, entre tanto Colombia no adhiera al Convenio UPOV 1991, resultará inaplicable lo previsto en esta segunda norma.

Los siguientes dos requisitos son de naturaleza eminentemente técnica y por tanto se ajustan a la categoría de elemento normativo en sentido amplio que se estudia. La homogeneidad⁷⁹ hace referencia a que la variedad sea suficientemente uniforme, para lo cual el criterio científico recogido en el artículo 11 de la Decisión 345 de 1993 indica que debe atenderse a sus caracteres esenciales, sin que ello se vea afectado por variaciones que sean previsibles según su forma de reproducción, multiplicación o propagación. Por otra parte, la estabilidad⁸⁰, cuyas notas científicas características se recogen en el artículo 12 del mismo cuerpo normativo, guarda relación con la inalteración de estos caracteres esenciales de generación en generación y al final de cada ciclo particular de reproducciones, multiplicaciones o propagaciones.

Por último está el requisito de la denominación varietal⁸¹, en que no nos detendremos más allá de una corta definición en la medida en que no es relevante para nuestra exposición. Al tenor del artículo 13 de la Decisión 345 de 1993, se trata de una denominación que busca la identificación de la variedad, para lo cual la normatividad de este campo prevé una serie de requisitos, tales como la prohibición de registrarla como marca. Mayores detalles se encuentran en los artículos 13 del Convenio UPOV 1978 y 34 a 43 de la Resolución ICA 1893 de 1995.

De los anteriores seis requisitos nos detendremos en tres de ellos, que son objeto de lo que se denomina el Examen Técnico de distintividad, homogeneidad y estabilidad (DHE)⁸², obligatorio dentro del trámite de registro e imprescindible para la concesión del certificado –COV-. Este examen es llevado a cabo en nuestro país por el ICA, según los artículos 2 y 3 del Decreto 533 de 1994, previo registro de una muestra viva ante la misma, aunque existen mecanismos de homologación o ayuda de otros organismos cuando no se tengan los medios necesarios para realizar

79 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, "Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia", *Op. Cit.*, p. 25.

80 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, "Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia", *Op. Cit.*, pp. 25-26.

81 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, "Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia", *Op. Cit.*, p. 26.

82 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, "Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia", *Op. Cit.*, p. 26.

la prueba en el caso de ciertos géneros o especies. Nos interesa detenernos en este aspecto pues consideramos que en este punto se evidencia con total claridad el carácter del elemento normativo en sentido amplio que nos ocupa. Tratándose de un análisis técnico y científico, es necesario remitirse entonces a conceptos sumamente especializados⁸³ y a los resultados de exámenes realizados por expertos en la materia para determinar si se presentan o no estas características.

La pregunta que surge es entonces la de cómo establecer el dolo de una persona que no posea estos conocimientos. Sin embargo, antes de tratar este aspecto, lo que se hará al final del artículo de la mano de ejemplos, vale la pena terminar la exposición para establecer cuáles son los derechos que se concede el Certificado de Obtentor Vegetal (COV) y que son objeto de vulneración por la conducta típica que se estudia. Claramente, la otra cara de la moneda consiste en las conductas que pueden desplegar legítimamente los terceros sobre estas variedades vegetales protegidas.

Como lo explica Robledo Del Castillo⁸⁴, el Convenio UPOV 1978⁸⁵ establece en

-
- 83 Esta información puede hallarse en el siguiente enlace del sitio web de la UPOV (consultado 22 de mayo): http://www.upov.int/resource/es/dus_guidance.html. Existen en este enlace formularios y explicaciones, como también listas de especies respecto de las cuales ya se han establecido directrices o existe conocimiento científico, pero lo que es más importante, un documento titulado “Introducción general al examen de la distinción, la homogeneidad y la estabilidad y a la elaboración de descripciones armonizadas de las obtenciones vegetales”, de fecha 19 de abril de 2002 (Documento TG/1/3), preparado por la oficina de la UPOV. No entraremos en los detalles debido a la complejidad de la materia. Además, más que la configuración del tipo objetivo (lo que es muy probable que se dé ya cuando hay un certificado –COV- que certifique correctamente el cumplimiento de estos requisitos), nos interesa el conocimiento típico, para lo cual no es necesario ser tan minuciosos.
- 84 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, pp. 26-27.
- 85 En el Convenio UPOV 1991 se prevé igualmente una protección mínima y una amplia, pero más evolucionadas, que van hasta el producto terminado (como pueden serlo camisas hechas con una variedad protegida de algodón). Sin embargo, recuérdese que este Convenio no resulta aplicable en Colombia hasta tanto el país no haya adherido al mismo (aunque la Decisión 345 tiene un sentido similar), ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, p. 27. Como lo señala ROJAS MATHEUS, por mandato del párrafo 5 del artículo 14 del Convenio UPOV 1991, la protección se extiende a variedades derivadas esencialmente de la variedad protegida, y sobre aquellas variedades que no se distinguen claramente de la variedad protegida o cuya producción necesite el empleo repetido de la variedad protegida, ROJAS MATHEUS, FERNANDA DEL VALLE, “Acciones legales en beneficio del obtentor de variedades vegetales en el Derecho comparado y venezolano”, *Op. Cit.*, p. 102. La definición de variedad esencialmente derivada que proporciona el artículo 3 de la decisión 345 de 1993 es la siguiente: “Se considerará esencialmente derivada de una variedad inicial, aquella que se origine de ésta o de una variedad que a su vez se desprenda principalmente de la primera, conservando las expresiones de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad original, y aun, si se puede

su artículo 5 (y similarmente, los artículos 23 a 27 de la Decisión 345 de 1993⁸⁶) una protección mínima obligatoria que los países deben asegurar, y que consiste en la autorización previa que los terceros deben recibir del obtentor para llevar a cabo las siguientes conductas con el material vegetal de reproducción, multiplicación o propagación: la producción con fines comerciales, la puesta en venta o comercialización. Sin embargo, este es sólo un mínimo obligatorio, pues también se prevé una protección amplia facultativa que se extiende hasta el producto de la cosecha y que es aplicable en Colombia por virtud de lo dispuesto en el literal i) del artículo 24 de la Decisión 345 de 1993.

Sin embargo existen excepciones a esta protección. El artículo 13 del Decreto ICA 1893 de 1995 señala que el derecho de obtentor no confiere la facultad de impedir el uso de la variedad protegida cuando este se dé: i) en el ámbito privado, con fines no comerciales; ii) a título experimental; y iii) para la obtención y explotación de otra variedad.

Existe otra excepción importante que es conocida como “el privilegio del agricultor”⁸⁷, consagrada en el artículo 26 de la Decisión 345 de 1993 (y replicada en el artículo la Resolución ICA 1893 de 1995). En virtud de dicha excepción, no se considera que exista lesión a los derechos del obtentor por parte de quien reserve y siembre para su propio uso, o venda como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de la variedad vegetal. Lo que no es abarcado por el privilegio es la utilización comercial del material de multiplicación, reproducción o propagación, incluyendo plantas enteras y sus partes, de las especies frutícolas, ornamentales y forestales.

distinguir claramente de la inicial, concurda con ésta en la expresión de los caracteres esenciales resultantes del genotipo o de la combinación de genotipos de la primera variedad, salvo por lo que respecta a las diferencias resultantes del proceso de derivación”. En todo caso, consideramos que el tipo penal requiere para su configuración que se trate de la misma variedad vegetal, y no bastaría con una esencialmente derivada, pues consideramos que de este modo se incurriría en una analogía *in malam partem*.

86 Véase también el artículo 12 de la Resolución ICA 1893 de 1995, mucho más detallado en cuanto a los actos prohibidos a terceros respecto del material de reproducción, propagación o multiplicación de la variedad protegida: “1 La producción, reproducción, multiplicación o propagación. 2 La preparación con fines de reproducción, multiplicación o propagación. 3 La oferta en venta. 4 La venta o cualquier otro acto que implique la introducción en el mercado del material de reproducción, propagación o multiplicación con fines comerciales. 5 La exportación. 6 La importación. 7 La posesión para cualquiera de los fines mencionados en los numerales anteriores. 8 La utilización comercial de plantas ornamentales o partes de plantas como material de multiplicación, con el objeto de producir plantas ornamentales y frutícolas o partes de plantas ornamentales, frutícolas o flores cortadas”.

87 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, pp. 28-29.

Sostiene sin embargo Robledo Del Castillo⁸⁸ que esta excepción no resulta aplicable en Colombia al estar prevista únicamente en la Decisión 345 de 1993. En la medida en que no se consagra esta excepción en el Convenio UPOV 1978, considera este autor que la disposición comunitaria es contraria a aquel cuerpo normativo, y por aplicación del criterio jerárquico debe primar éste. Incluso sostiene Robledo Del Castillo que dicho privilegio en los términos de la disposición comunitaria sobrepasa los límites previstos en el Convenio UPOV 1991 y que en la práctica acaba con todos los derechos del obtentor, por lo que considera que en caso de adhesión de nuestro país al Convenio UPOV 1991, resultará aplicable el privilegio del agricultor con los límites de este cuerpo normativo y no según lo dispuesto en el artículo 26 de la Decisión 345 de 1993.

Otro aspecto importante tiene que ver con las licencias, que al tenor de los artículos 29 de la Decisión 345 de 1993 y 55 y 59 de la Resolución ICA 1983 de 1995, son el medio por el cual el obtentor concede autorizaciones a terceros para la explotación de una variedad. Las condiciones de la licencia se establecen en un contrato, que será de adhesión para el tercero. Por fuera de los límites impuestos por estas condiciones existirá violación de los derechos del obtentor, pero es de aclarar que concedida la licencia el no pago de las correspondientes regalías por el tercero no configura una violación de tales derechos sino simplemente un incumplimiento contractual, como acertadamente lo pone de presente Robledo Del Castillo⁸⁹.

Ahora bien, los artículos 9 del Convenio UPOV 1978, 30 a 32 de la Decisión 345 de 1993 y 56 a 59 de la Resolución ICA 1893 de 1995, prevén lo que se denomina licencias obligatorias o declaración de libre disponibilidad, y que se presentan cuando el Estado⁹⁰, con miras a lograr una adecuada explotación de una variedad protegida, por razones de seguridad nacional o de interés público, declara de libre disponibilidad dicha variedad, previa compensación equitativa al obtentor. En tal caso, la autoridad nacional concederá licencias de explotación a terceros que ofrezcan garantías técnicas suficientes y se registren ante ella para tal efecto. Sin embargo, existe para

88 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, "Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia", *Op. Cit.*, p. 29. En sentido contrario, como ya se dijo, la Corte Constitucional en sentencia C-501 de 2014.

89 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, "Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia", *Op. Cit.*, p. 29.

90 En el caso colombiano lo hace el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Agricultura, de conformidad con el artículo 56 de la Resolución ICA 1893 de 1995.

esta declaración un término máximo de dos años prorrogables por una sola vez y por igual término, y condicionado a que subsistan las causas que motivaron la misma⁹¹.

¿A partir de qué momento comienza la protección legal de los derechos del obtentor? Un análisis de la normatividad revela que ello no ocurre sólo desde la concesión del Certificado de Obtentor Vegetal (COV), pues el artículo 17 de la Decisión 345 de 1993 prevé una protección provisional mientras la solicitud se encuentra en trámite de registro. El Obtentor tendrá entonces una protección completa⁹², a excepción de la acción legal de daños y perjuicios, que sólo puede interponerse a partir de la concesión del Certificado. Sin embargo, como ya fue anotado, consideramos que para efectos de la configuración del tipo penal es necesario que exista un certificado –COV- y que además éste constate realmente la presencia de los requisitos legales.

¿Y cuándo se da la terminación de los derechos del obtentor? Robledo Del Castillo⁹³ se refiere a cuatro eventos que extinguen estos derechos, que son previstos en el artículo 23 de la Resolución ICA 1893 de 1995: i) la declaración de nulidad del Certificado de Obtentor Vegetal (COV)⁹⁴; ii) la cancelación del mismo⁹⁵; iii) la renuncia, ante el ICA por medio escrito, a los derechos por parte del obtentor; y iv) el vencimiento de los términos de protección, que en Colombia es de 25 años para vides, árboles forestales y frutales, incluidos sus portainjertos, y de 20 años para las demás especies⁹⁶. Este plazo se cuenta a partir del otorgamiento del derecho.

91 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, "Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia", *Op. Cit.*, pp. 29-30.

92 En palabras de ROJAS MATHEUS, esta incluye, entre otros aspectos, los siguientes: la posibilidad de solicitar la interrupción inmediata y definitiva de la conducta vulneratoria, la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la actividad ilícita y la destrucción del material de reproducción, o de los materiales que se hubieren empleado para multiplicar dicho material, además de las posibilidades que existen en ciertos ordenamientos de imponer penas pecuniarias a los infractores, o de proceder al decomiso del material, ROJAS MATHEUS, FERNANDA DEL VALLE, "Acciones legales en beneficio del obtentor de variedades vegetales en el Derecho comparado y venezolano", *Op. Cit.*, p. 103.

93 ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, "Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia", *Op. Cit.*, p. 30.

94 Al respecto véanse los artículos 33 de la Decisión 345 de 1993 y 24 de la Resolución ICA 1893 de 1995, donde se establecen las causas que dan lugar a la declaratoria de nulidad.

95 Consúltense los artículos 35 de la Decisión 345 de 1993 y 26 de la Resolución ICA 1893 de 1995.

96 Es de aclarar en este punto que el Decreto 2687 de 2002 adoptó la duración de la protección prevista en el Convenio UPOV 1991, modificando el término inicial previsto en el artículo 7 del Decreto 533 de 1994.

Conclusiones

Así las cosas, tras haber analizado tanto el bien jurídico como el tipo objetivo, poniéndolos también en relación entre ellos, procederemos a estudiar el conocimiento típico requerido desde la tesis que adoptamos, muy cercana a las ideas expuestas por Díaz y García Conlledo⁹⁷, con la importante y decisiva salvedad de que entendemos la conciencia de la antijuridicidad como conciencia de la ilicitud específicamente penal del comportamiento.

El criterio de Díaz y García Conlledo⁹⁸ básicamente consiste en que tanto en los elementos normativos como en los descriptivos (aunque en estos últimos no se suelen plantear tantos problemas), el sujeto debe conocer el sentido auténtico del tipo, de tal manera que pueda cumplirse la función de llamada de atención de la norma, que es lo fundamental. Así, el sujeto no deberá saber en abstracto cuáles son las características que conforman el elemento típico (reflexionar sobre los términos legales), ni conocer el proceso por el cual concurre el elemento en el caso concreto, ni las reglas constitutivas en virtud de las cuales adquiere su sentido. Sin embargo, debe hacerse una precisión: aunque no deba conocer estos aspectos, del desconocimiento de los mismos puede derivarse un error de tipo, siempre que tal ignorancia impida que el sujeto conozca la concurrencia en su conducta del elemento normativo en todo su sentido auténtico.

En cuanto al “error de subsunción”, esta expresión puede resultar equívoca y por ello Díaz y García Conlledo prefiere hablar de “error sobre la definición del concepto”⁹⁹. Al respecto, este autor plantea que dicho supuesto se presenta cuando el sujeto conoció la concurrencia en su conducta del elemento típico en todo su sentido, pero pese a ello considera que su conducta no está abarcada por el tipo penal pues se encuentra en un error sobre el concepto empleado en el mismo (en abstracto). Para que se presente esta clase de error no es necesario que el sujeto lleve a cabo un proceso reflexivo de subsunción en el tipo, ni que se tenga conocimiento del tipo. En cuanto a sus efectos, se estima acertado lo expresado por Díaz y García Conlledo: si bien el error de subsunción será normalmente irrelevante, su existencia puede conducir a que el sujeto no reconozca que su conducta es prohibida, con lo que puede dar pie a un error de prohibición¹⁰⁰.

97 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Madrid, La Ley, 2008.

98 Díaz y García Conlledo, pp. 378-380.

99 Díaz y García Conlledo, pp. 380-387.

100 Díaz y García Conlledo, pp. 381-382.

Ahora bien, Tenemos que, en palabras de la sentencia C-501 de 2014, “el delito de usurpación de derechos de obtentores de variedades vegetales tiene lugar, cuando el citado derecho se usurpa fraudulentamente, es decir, cuando una persona se apodera deliberadamente, de manera contraria a la verdad y a la rectitud, de derechos de obtentor de variedad vegetal que se encuentran protegidos legalmente, haciendo un uso y aprovechamiento indebido de los mismos”.

De entrada dos dudas nos vienen a la mente cuando nos preguntamos por el conocimiento que debe tener el sujeto para actuar con dolo respecto de esta conducta: i) ¿el verbo rector y el adverbio que lo califica (“usurpar fraudulentamente”)¹⁰¹ harían de este tipo uno de aquellos en los que el conocimiento típico resulta imposible de diferenciar de la conciencia de la antijuridicidad?; y ii) ¿específicamente qué debe ser conocido por el sujeto para afirmar que sabía que su conducta se realizaba respecto de una materia vegetal perteneciente a una variedad vegetal protegida legalmente?

El primero de los anteriores interrogantes puede ser resuelto más rápidamente, si se parte de la postura adoptada frente al sentido del error de prohibición. Entendiéndose este como un error sobre el carácter penalmente prohibido de la conducta, es claro que ello no coincidiría exactamente con el contenido atribuido a la expresión “usurpar fraudulentamente” como “apoderarse deliberadamente, de manera contraria a la verdad y a la rectitud”. Ello por cuanto no consideramos que el conocimiento de la sanción penal de estos comportamientos se encuentre lo suficientemente difundida socialmente como para afirmar rotundamente la inseparabilidad del conocimiento típico y la conciencia de la antijuridicidad.

En cuanto al segundo, consideramos que una vez establecido el sentido material auténtico del tipo (lo que motiva que el elemento sea recogido en el tipo), estamos en condiciones de señalar claramente los aspectos que debe abarcar el dolo del sujeto, con cuyo conocimiento debería darse la función de llamada de atención del tipo. En este orden de ideas, el individuo ha de ser consciente, para actuar dolosamente, de que la materia vegetal sobre la que recae su conducta se encuentra protegida legalmente frente a acciones como la desplegada por él, o lo que es lo mismo, que su acción respecto de dicha materia vegetal es ilícita. En otras palabras, el sujeto activo debe saber que con su conducta se encuentra apoderándose, mediante actos engañosos, contrarios a la verdad y a la rectitud o simplemente ilícitos, de un derecho sobre esa variedad vegetal que legítimamente pertenece a otro.

101 Frente a los verbos rectores contenidos en el segundo inciso no se presenta esta problemática.

Desde el enfoque adoptado no es necesario que el sujeto sepa¹⁰² en abstracto cuáles son las características que conforman el elemento típico (como la existencia de un certificado –COV- que otorga los derechos a sobre dicha variedad vegetal a otro, por haberse verificado el cumplimiento de ciertos requisitos¹⁰³); ni que conozca los procedimientos por los cuales concurre el elemento en el caso concreto (el trámite de solicitud del certificado –COV- y las características que fueron verificadas en el examen correspondiente –DHE-); ni las reglas constitutivas en virtud de las cuales el elemento adquiere su sentido (la normatividad nacional e internacional sobre la materia).

Así las cosas, el sujeto básicamente debe saber que con su conducta se apodera ilegítimamente de un derecho ajeno (no es menester que sea consciente de la identidad de su titular) sobre la materia vegetal¹⁰⁴ objeto de su conducta. En definitiva, ha de ser consciente de que no tiene derecho a desplegar tal conducta, en la medida en que el derecho sobre esa variedad vegetal no le pertenece. Este conocimiento debería permitir al hombre medio ideal tener conciencia de la lesividad o contrariedad social de su comportamiento, entendido como carga de antijuridicidad material, lo que a su vez debería impulsar al individuo, si no a captar, por lo menos a reflexionar o informarse sobre la antijuridicidad formal de la conducta (en un sentido de antijuridicidad específicamente penal, como se considera que debe estimarse cumplida la conciencia de la antijuridicidad).

En el caso de las demás modalidades típicas que se encuentran recogidas en el segundo inciso del artículo 306 del Código penal, consideramos que no es necesario hacer mayores aclaraciones, más allá de anotar que el sujeto no debe saber que con su conducta “usurpa”¹⁰⁵ de un derecho ajeno sobre la variedad vegetal en cuestión

102 Aunque vale la pena aclarar que del desconocimiento de estos aspectos puede derivarse un error de tipo, siempre que tal desconocimiento impida que el sujeto conozca la concurrencia en su conducta del elemento normativo en todo su sentido auténtico

103 Bastante normal sería sin embargo que el sujeto arribara a este conocimiento por tener conciencia de la existencia de un certificado –COV-, aunque ello no es imprescindible, bastando a nuestro juicio que sepa que la materia vegetal hace parte de una variedad que es algo así como una “marca registrada”, en un sentido vulgar.

104 “El material de reproducción o de multiplicación vegetativa en cualquier forma; el producto de la cosecha, incluidos plantas enteras y las partes de las plantas; y, todo producto fabricado directamente a partir del producto de la cosecha”, al tenor de artículo 3 de la Decisión 345 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

105 Aunque podría pensarse que las conductas recogidas en el segundo inciso pueden considerarse modalidades de “usurpar fraudulentamente”, en nuestra opinión el conocimiento típico es en este caso diferente.

(ahora tanto el material vegetal como los bienes fabricados con el producto de la cosecha), sino simplemente que su conducta recae sobre material vegetal o productos derivados de una variedad vegetal objeto de usurpación. Es decir, que el objeto de la conducta fue producido, cultivado o distribuido sin tener derecho a ello.

Ofrecemos a continuación tres ejemplos que pueden servir para ilustrar la explicación precedente. Con ello se pretende aclarar cómo podría presentarse un error de prohibición, uno de tipo y uno de subsunción que tiene relevancia como error de prohibición, distinguiéndolo de otras posibles situaciones irrelevantes a estos efectos.

Un error de prohibición se presentaría a nuestro juicio cuando el sujeto no sea consciente de que lleva a cabo una conducta prohibida penalmente, pese a tener plena conciencia de la concurrencia del sentido auténtico de los elementos típicos en el caso concreto. Así, un ejemplo sería aquel en el que el sujeto pide a un amigo, quien ha adquirido licencias para cultivar una variedad protegida de rosa, que le entregue material de reproducción de la misma con el fin de cultivarla y vender eventualmente las flores sin tener que pagar por ello al obtentor de dicha variedad el valor de la respectiva licencia. El sujeto en este supuesto tiene plena conciencia de que no le pertenece, por no haber adquirido la licencia correspondiente, el derecho sobre la variedad de la que es parte el material vegetal que ha cultivado y que comercializa. No obstante, si el sujeto no es consciente de que al desplegar esta conducta incurre en la realización de un tipo penal, se encuentra en nuestra opinión amparado por un error de prohibición (que podrá ser vencible o invencible de acuerdo con las circunstancias del caso).

Por otra parte, el error de tipo se presentaría cuando el sujeto desconoce la concurrencia del sentido auténtico de los elementos típicos en el caso concreto. Ello ocurriría, por ejemplo, cuando el sujeto erróneamente cree que no existe un derecho de un tercero sobre una variedad mejorada de algodón en la medida en que han transcurrido ya veinte años desde su otorgamiento. Si en realidad no ha transcurrido este término del derecho otorgado al obtentor de esta variedad, sino sólo 15 años (lo que ignora el sujeto), se presenta un error de tipo: el sujeto no sabe que se trata de una variedad protegida.

Finalmente, un error de subsunción que tiene relevancia como error de prohibición se presentaría cuando un sujeto, debido a una errónea interpretación del tipo penal, considera que su conducta no puede subsumirse en el mismo, por lo que sería atípica. Esta situación podría presentarse cuando el sujeto, tras haber recibido una asesoría jurídica deficiente, tiene la convicción de que su conducta de comercialización de una variedad protegida de palma africana, pese a constituir

una infracción del derecho de propiedad industrial, no es típica. Su razonamiento se basa en que según su asesor, al incluir el tipo la expresión “protegidas legalmente”, sólo castiga conductas referidas a variedades vegetales que han sido objeto una declaración de libre disponibilidad por parte del Estado, de quien se debería obtener la licencia de explotación. Dado que el sujeto realiza la conducta sobre una variedad vegetal protegida, pero cuyo derecho de obtentor está en cabeza de un particular, considera que su actuar no se encuentra penalizado.

Bibliografía

- ÁLVAREZ, JUAN CARLOS / CEBALLOS, MARÍA ADELAIDA / MUÑOZ, ÁLVARO MAURICIO, “De los delitos contra los derechos de autor en el Código penal colombiano”, en: *Nuevo Foro Penal*, N° 81, Medellín, Universidad EAFIT, 2013, pp. 95-115.
- ALVIAR GARCÍA, HELENA, “La búsqueda del progreso en la interpretación de la Constitución de 1991: el caso de la intervención de la Corte en la economía”, en: BONILLA, DANIEL; ITURRALDE, MANUEL (EDS.), *Hacia un nuevo Derecho constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005, pp. 153-180.
- ARANGO OLAYA, MÓNICA, “El Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en: *Revista Virtual Precedente*, Bogotá, ICESI, 2004, pp. 79-102.
- ARIÑO, GASPAR, “Constitución económica. Significado y límites de la expresión”, en: *Principios de Derecho Público económico*, Bogotá, Externado de Colombia, 2003, pp. 175-184.
- CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, en: *Derecho penal y Criminología*, Vol. 31, N. 91, Bogotá, Externado de Colombia, 2010, p. 153-170.
- DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Madrid, La Ley, 2008.
- DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL “La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas”, en: *Nuevo Foro Penal*, N° 76, Medellín, EAFIT, 2011.
- DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991.
- HELPER, LAURENCE, “Derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales. Regímenes jurídicos internacionales y opciones políticas para los gobiernos”, en: *FAO Estudio Legislativo*, N° 85, Roma, FAO, 2005, pp. 35-36.

- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL / DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, "Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría", en: *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, N° 2, 2003.
- MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, "El delito de usurpación de marcas", en: *Revista La Propiedad Inmaterial*, Bogotá, Externado de Colombia, 2001.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal, Parte Especial*, 18ª Ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.
- MUSGRAVE, RICHARD, "Teoría múltiple de la hacienda pública", en: *Lecturas de Hacienda Pública*, Madrid, Minerva, 1994, pp. 31-55.
- ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, "Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia", en: *Revista la Propiedad Inmaterial*, N° 3, Bogotá, Externado de Colombia, 2001, pp. 15-30.
- ROJAS MATHEUS, FERNANDA DEL VALLE, "Acciones legales en beneficio del obtentor de variedades vegetales en el Derecho comparado y venezolano", en: *Revista Propiedad Intelectual*, Vol. IX, N° 13, Mérida, Universidad de los Andes, 2010, pp. 99-121.
- SOLANO, VICTORIA, 9.70, Clementina Films, disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=kZWAqS-EI_g
- UPOV, *Consejo Ordinario N° 47, Informes de Representantes de Miembros y Observadores sobre los ámbitos legislativo, administrativo y técnico*, Ginebra, UPOV, 2013.
- VARELA, EDUARDO, "Patentes sobre variedades vegetales: una forma diferente de protección", Bogotá, Cavalier Abogados, 2006.