

Estudio acerca de las sanciones en la ley de fitogenética

Sebastián Pedro BLOJ
Valeria BOLLERO
y Carlos Alberto RAFFO

1. Introducción

El fenómeno de la Revolución Tecnológica, más precisamente de la biotecnología, ha producido una expansión y a su vez una especialización de la protección de la propiedad intelectual. Esta ha dado pie para que autorizada doctrina propicie la diferenciación del derecho intelectual como rama autónoma.

Hoy en día, el nuevo orden económico mundial, propiciado por los países desarrollados, obliga a un cambio en las legislaciones locales en pos de una armonización global, dictando normas equiparadas a los países desarrollados.

Los profundos cambios que está experimentando la disciplina jurídica de la propiedad intelectual, debe ser acompañada con una fuerte política, sea económica, financiera, social o criminal.

En materia de fitogenética, por ejemplo, si se tiene en cuenta que una creación fitogenética o un nuevo cultivar, antes de salir al mercado demanda un promedio de siete a doce años de labor de ingenieros agrónomos, biotecnólogos, nutricionistas, estadísticos, etc., incluyendo la inversión de grandes capitales con el riesgo que ello conlleva tras pasar esa etapa, una vez obtenido el cultivar, se debe sumar el riesgo propio de la introducción de un nuevo producto en el mercado, se advierte la importancia del tema.

Para ser más gráficos, en un laboratorio todas las personas antes mencionadas se encuentran trabajando para crear un nuevo cultivar. Pero de diez cultivares cuatro serán descartados a lo largo de la investigación por el propio criadero para obtener una válida. Entre siete y doce años después seis salen al mercado, más aún quizás dos de estas sean descartadas por el sólo hecho de malas condiciones climáticas en las campañas inmediatas posteriores al lanzamiento del nuevo cultivar y dos simplemente rechazadas por el mercado. Luego de todo este trayecto dificultoso las dos que quedarían se encontrarían totalmente desprotegidas y sometidas a la usurpación de cualquier otra persona.

Nuestro trabajo analiza la ley N° 20.247 que regula esta materia a fin de

propiciar su reforma para incluir sanciones más fuertes además de medidas cautelares, porque tal como se encuentra no cumple con el rol que le ha tocado en la actualidad. Los avances producidos en el campo de la investigación sobre vegetales a nivel mundial han traído como consecuencia una mayor investigación y mayor inversión por parte de los países productores de ese conocimiento, esto hace que sea necesario una protección similar a la de patentes para que se invierta y se investigue de la misma manera que se hace en otros campos de la ciencia protegidos por esta legislación. Nadie invertiría capital y tiempo para lograr un producto que después no sería protegido por el Estado. Entendemos que de ese modo se estaría fomentando una de las actividades más importantes de nuestro país que puede generar mayores y mejores productos para exportar.

2. Encuadre legal

2.1. Legislación nacional

En nuestro país el régimen de protección de la propiedad intelectual está integrado por las siguientes leyes:

- a. Derecho de autor: ley N° 11.723
- b. Modelos y diseños industriales: decreto ley N° 6.673/63
- c. Creaciones fitogenéticas: ley N° 20.247
- d. Nombre comercial: ley N° 22.362
- e. Marcas registradas: ley N° 22.362
- f. Secreto industrial y comercial: tutelado por el Código penal, y la ley N° 22.802 de lealtad comercial y la ley N° 24.766 de confidencialidad.
- g. Patentes (patentes de invención, patente de adición, modelos de utilidad): ley N° 24.481

2.2.- Ley de semillas y creaciones fitogenéticas

Entre todas las leyes mencionadas nos detendremos en la ley N° 20.247.

Dos son las formas de protección de las creaciones fitogenéticas a nivel mundial: la que sigue la tesitura de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (O.M.P.I.) que sostiene la conveniencia de la aplicación del derecho patentario a las creaciones vegetales, y la adoptada por los países adheridos al Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (U.P.O.V.), que por el contrario crea un sistema de protección diferente al régimen patentario, denominado «Breeder's right» (derecho de obtentor).

En nuestro país, dados los avances que se produjeron en materia de biotecnología y frente al vacío normativo, fue necesario la creación de un marco legal que protegiera dicha actividad. Así en abril de 1973 se sanciona la ley de semillas y creaciones fitogenéticas (Ley N° 20.247). En 1978 se reglamenta por

decreto 1995/78, este decreto a su vez fue derogado por el 50/89, cuya última reglamentación fue instrumentada por el decreto 2183/91. En el año 1991 por el decreto n° 2817 se crea el Instituto Nacional de Semillas.

Argentina, con la sanción de la ley N° 20247, adopta los lineamientos de UPOV. En el año 1994 ratifica el acta de 1978 del convenio UPOV, no así el acta de 1991. La importancia radica en que UPOV '78 prohíbe el sistema de doble protección; entonces, pese al hecho que la ley de patentes no hace referencia a las variedades vegetales -como sí lo hace con las plantas y los procedimientos esencialmente biológicos para su obtención-, no podrán ser protegidos por esta vía.

La ley garantiza al obtentor de una nueva variedad vegetal derechos monopólicos sobre la misma. A tales efectos crea distintos organismos: la Comisión Nacional de Semillas (cuerpo colegiado y asesor), el Registro Nacional de Cultivares, registro obligatorio para toda semilla que se identifique por primera vez; el Registro Nacional de la Propiedad de Cultivares, con el objeto de proteger el derecho de propiedad de los creadores o descubridores de nuevos cultivares y el Registro Nacional de Comercio y Fiscalización de Semillas, en el cual debe inscribirse *«toda persona que importe, exporte, produzca semilla fiscalizada, procese, analice, identifique o venda semillas»*(art.13).

El derecho de propiedad se otorga por un período no menor de diez no mayor de veinte años. Existen dos excepciones legales al derecho monopólico conferido: la primera, denominada *«excepción del fitomejorador»* que permite utilizar una variedad vegetal protegida como base de un posterior fitomejoramiento; la segunda es la llamada *«excepción del agricultor»*, según la cual el título de propiedad que posee el obtentor no resulta lesionado por *«quien entrega a cualquier título semilla del cultivar protegido mediando autorización del propietario del mismo, reserva y siembra semilla para su propio uso, o usa o vende como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de tal creación fitogenética»*.

Establece un sistema de aranceles y subsidios con el fin que el Estado concorra a un mayor estímulo de las tareas de creación fitogenética, para asegurar así su continuidad y más amplia protección, y por último establece un régimen de sanciones (1).

3. Objetivos de la ley

Pueden conocerse sólo por su exposición de motivos dado que el proyecto respectivo fue elaborado durante la vigencia de un gobierno de facto por lo que no se cuenta con debates parlamentarios. Fue redactado por una Comisión de estudio creada por el Ministerio de Agricultura y Ganadería e integrada por

(1) Ver párrafo 4.2.

sectores representativos oficiales y privados, vinculados a la creación, contralor, multiplicación, distribución y uso de semillas. Al ser enviado al Primer Magistrado se le comunicaba que la titulada «Ley de semillas y creaciones fitogenéticas» sería *un importante y constructivo instrumento para mejorar la producción y lograr un mayor y sostenido desarrollo de nuestra agricultura, de extraordinaria trascendencia para el bienestar social y económico del país*. En la exposición de motivos esta Comisión afirma que *es responsabilidad de este Ministerio, promover los medios para una eficiente actividad de creación, multiplicación y comercialización de semillas, la protección de la propiedad de los nuevos cultivares para los creadores, así como asegurar a los productores agrarios la mejor semilla con identidad y calidad garantizada*.

En cuanto a la promoción se estima que se alcanzará a través del cumplimiento correcto y equilibrado de lo estipulado en el Capítulo VI «Aranceles y Subsidios». Con referencia a la comercialización de semillas la ley en general crea un marco por el cual se puede controlar y así garantizar la misma, claro que la efectividad de lo dicho estará en manos del Instituto Nacional de Semillas (órgano encargado de sancionar a las firmas que comercializan las semillas).

4. Sanciones

Si bien en la exposición de motivos se expresa que se consideró la legislación nacional sobre la materia, así como la profusa legislación extranjera, con el objeto de facilitar el desarrollo de mercados exteriores para la semilla argentina, consideramos que este objetivo no se ha alcanzado ni se alcanzará mediante el sistema de esta ley por las razones que seguidamente expondremos.

4.1. Sanciones de la ley

El capítulo VII establece el régimen sancionatorio, en el cuál incurrirán todas aquellas personas que infrinjan las disposiciones de la ley.

* El primero de los artículos (art.35) de este capítulo prevé diferentes tipos de conductas:

a) Por un lado se sanciona a aquellas personas que expongan o entreguen a cualquier título semillas no identificadas en la forma establecida por el artículo 9. Recordemos que dicho artículo refiere al rotulado obligatorio de toda semilla y de las identificaciones que debe contener el mismo. Entre éstas deberá contener los datos del identificador y del comerciante expendedor de la misma. La razón es que el responsable directo ante el comprador de la semilla será el vendedor de la misma, y es éste, quien accionará ante el identificador si considera no ser responsable por los perjuicios causados.

Otras de las especificaciones a contener por el rótulo, son las relativas al

poder germinativo y la pureza físico-botánica, siempre que éstos estén por debajo de los valores reglamentariamente establecidos.

b) La otra conducta sancionada es la referida a las personas que incurran en cualquier tipo de falsedad respecto de las especificaciones del rótulo del envase. Vemos que la ley no limita la responsabilidad a persona alguna, como en el caso anterior, sino que por el contrario, la extiende a cualquier tipo de persona que incurra en dicha falsedad.

El fundamento de este tipo de sanción es, al igual que el anterior, brindar una adecuada protección al productor-comprador de la semilla como asimismo favorecer a los comerciantes honestos que se adecuan al papel que deben cumplir como distribuidores últimos y consejeros del productor agrícola.

Las sanciones establecidas varían de acuerdo a la responsabilidad del infractor: si se tratare de un error u omisión simple (es decir, negligente, sin intención de causar daño) sólo se aplicará un **apercibimiento**. Caso contrario, si se trata de un error u omisión que tiene como fin el engaño del comprador de la semilla, se aplicará una **multa** y **decomiso** de la mercadería si ésta no pudiere ser puesta en condiciones para su comercialización.

Asimismo, cabe tener en cuenta que el artículo 40 establece una sanción accesoria de **suspensión** temporaria o definitiva del Registro Nacional de Comercio y Fiscalización de Semillas, si las infracciones son cometidas por las personas indicadas en el artículo 13 (persona que importe, exporte, produzca semilla fiscalizada, procese, analice, identifique o venda semillas) (2).

* El artículo 36 de la ley N° 20.247 sanciona a aquellas personas que difundan como semilla cultivares no inscriptos en el Registro Nacional de Cultivares; es decir, se sanciona el no cumplimiento de la obligación de inscribir todo cultivar que sea identificado por primera vez, establecida en el artículo 16. La creación de este Registro responde, sin dudas, al anhelo de formar un catálogo oficial de variedades vegetales. Así, la Exposición de Motivos establece que la creación de este Registro «contribuirá indudablemente a la normalización, al conocimiento y a evitar sinonimias tan comunes». Es claro el sentir del legislador, que se traduce en la sanción establecida en el artículo en análisis.

Las dos sanciones previstas son de aplicación conjunta: el **decomiso** de la mercadería y una **multa** que será graduada según los antecedentes del infractor y la importancia económica de la semilla. Es de aplicación también la sanción accesoria del artículo 40.

* En el artículo 37 se sanciona a personas que identifiquen o vendan cultivares cuya multiplicación y comercialización no haya sido autorizada por el propietario del cultivar.

Nos encontramos frente a la violación de la llamada «excepción del

(2) Ver comentario art. 40.

agricultor», prevista en el artículo 27 de la ley N° 20.247. Dicha excepción prevé tres supuestos que fueron analizados en el punto 2.2. La norma tiene como fin asegurar el derecho de propiedad de los creadores y descubridores de los nuevos cultivares, estableciendo que la identificación y/o venta de una semilla sin autorización previa convierte al obtentor en tercero perjudicado por el uso indebido de su derecho.

Se impone la pena de **multa**, teniendo en cuenta la sanción accesoria del artículo 40.

* El artículo 38 sanciona a quien infrinja las resoluciones dictadas en virtud del artículo 15. Las resoluciones a que se refiere dicho artículo son las dictadas por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, mediante las cuales, ejerciendo facultades que le otorga la ley N° 20.247 puede prohibir, condicionar a requisitos y normas especiales, sea temporaria o permanentemente, en todo o en parte del territorio nacional, la producción, multiplicación, difusión, promoción o comercialización de una semilla por ser conveniente por motivos agronómicos o de interés general.

La **multa** y el **decomiso** de la mercadería en infracción, se justifican plenamente por los intereses que están en juego. Debe también tenerse en cuenta la posible aplicación de la pena accesoria prevista en el artículo 40.

* El artículo 39 prevé la sanción para quien proporcione información o realice propaganda que induzca o pudiese inducir a error sobre las cualidades o condiciones de una semilla y también para quien no proporcione o falsee información que por esta ley esté obligado a brindar. La sanción prevista es una **multa** o un **apercibimiento**, además de la posible aplicación de la sanción accesoria del artículo 40.

Si bien no nos encontramos frente a un supuesto de defensa del consumidor, podríamos recurrir a la analogía y aplicar el art. 8 de la ley N° 24.240 que establece que las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor permitiendo, de esta manera al perjudicado demandar al co-contratante por incumplimiento contractual.

* El artículo 40 prevé una sanción accesoria a los artículos que hemos analizado precedentemente (arts. 35 a 39) y al artículo 42 que será analizado con posterioridad. Se prevé como sanción accesoria la **suspensión** sea temporaria o definitiva de la inscripción en el Registro Nacional de Comercio y Fiscalización de Semillas de aquellas personas obligadas a ello, o sea, toda persona que importe, exporte, produzca semilla fiscalizada, procese, analice, identifique o venda semillas. La consecuencia de la suspensión será la prohibición de realizar dichas actividades mientras dure la misma.

* El artículo 41 está íntimamente vinculado al artículo anterior dado que se establece que la falta de inscripción en el Registro mencionado de las personas obligadas a ello, dará motivo a un **apercibimiento e intimación** a regularizar tal situación dentro de los quince días de recibida la notificación, aplicándose en caso de incumplimiento, una **multa** que aumentará en caso de reincidencia.

* El artículo 42 establece que la no justificación del destino dado a los rótulos oficiales adquiridos para semillas "fiscalizadas", dentro de los lapsos establecidos por la reglamentación, será penada con multa del doble del valor establecido para cada rótulo. La razón de la sanción se encuentra en que para ser considerada una semilla, "semilla fiscalizada" deberá haber demostrado un buen comportamiento en ensayos aprobados oficialmente, es decir, los rótulos de esta clase estarán reservados para buenos y satisfactorios cultivares. La no justificación puede traer aparejada un distinto destino del previsto por la ley para estos rótulos, y presentarse como "semillas fiscalizadas" a aquellas que no lo son.

Mediante el decreto 2817/91 se crea el INASE Instituto Nacional de Semillas, a quien se le encarga la aplicación de las sanciones, función que anteriormente era ejercida por el Ministerio de Agricultura y Ganadería. Los sancionados podrán ejercer recurso de reconsideración ante dicho organismo dentro de los diez días hábiles de notificada la sanción. Contra esa resolución denegatoria del INASE el infractor podrá acudir en apelación ante la justicia federal, previo pago de la multa aplicada dentro de los treinta días de notificada la negativa.

El mencionado decreto 2817/91 a su vez introduce modificaciones al capítulo de las sanciones. En su artículo 19 crea la Unidad de Referencia de Sanción (URS) como unidad de medida para fijar los valores de las multas. Es facultad del Directorio del INASE establecer el valor de la URS (mediante resolución interna se ha establecido que una URS es igual a un peso). El artículo 20 faculta al Instituto a sancionar a los responsables, según la gravedad de la falta con: llamado de atención; apercibimiento; multa de hasta un millón de URS; decomiso; suspensión temporal o permanente del registro correspondiente; inhabilitación temporal o permanente y clausura parcial o total, temporal o permanente de los locales.

Establece que estas sanciones podrán ser aplicadas por separado o conjuntamente, conforme con la gravedad de la infracción y los antecedentes del responsable y que las mismas sustituyen las previstas en la ley N° 20.247.

Podría deducirse de la armonización de la normativa vigente que, si bien las conductas sancionables siguen siendo las establecidas en la ley N° 20.247, pues el decreto 2817/91 no describe conductas, la sanción aplicable en cada caso será dispuesta a criterio del INASE dentro de las posibilidades que le otorga el

artículo 20 del Decreto. Esto contradice los principios de “*lex praevia*” y “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, garantías constitucionales que exigen indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar, sin perjuicio que el legislador deje a los órganos ejecutivos la reglamentación de las circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas dentro de un mínimo y un máximo (3).

Evidentemente nos encontramos con un régimen contrario a la pirámide jurídica, es decir, una ley no puede ser modificada (ni en las conductas descriptas ni en las penas a aplicar) por un decreto reglamentario (conforme art. 31 CN) como sucede en el presente caso con las penas a aplicar. Todo lo cual conlleva el peligro que un infractor llegue a librarse de la sanción que se le imponga con el sólo hecho de plantear la inconstitucionalidad de las sanciones que se le aplican.

Si bien es cierto que la ley N° 20.247 había quedado totalmente desactualizada en cuanto al monto de las multas, también lo es que debió haberse creado un sistema de actualización de dichos montos y no una total sustitución de las sanciones previstas.

A pesar que el decreto autoriza que el Directorio del INASE, sobre la base de un criterio que sólo él conoce, aplique multas entre uno y un millón de pesos, la realidad nos demuestra que las multas efectivamente aplicadas oscilan entre cien y cinco mil pesos (4).

4.2. Naturaleza de las sanciones

A las sanciones previstas en el artículo 20 del decreto 2817/91 cabe hacerles el siguiente comentario, para no pensar que todas tienen naturaleza administrativa.

Como dice Zaffaroni existe un ‘*derecho penal administrativo*’ que si bien no es una unidad separada totalmente del derecho penal, tampoco es derecho penal, sino que se trata de un complejo normativo que tiene naturaleza compuesta y que carece de unidad, pero que requiere el sometimiento a las garantías constitucionales para la imposición de penas, en razón que sus sanciones cumplen también una función preventiva-especial, además de reparadora (5).

Es decir que dentro del derecho administrativo puede haber **multas** que no tienen carácter financiero o administrativo, sino que derivan del poder mismo de policía, en virtud del cual se prevén infracciones del más variado género. Este tipo de sanciones son también de carácter administrativo penal (6). Expresa el Dr. Magín Ferrer en un importante fallo que: “no derivan de su poder financiero, sino

(3) MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1987, 3ª edición, t. 1, págs. 164 a 169.

(4) Datos obtenidos según informe proporcionado por el Inase a requerimiento de los autores. Dicho informe consta de una nómina de expedientes de sanciones aplicadas entre los años 1990 y 1997, las conductas reprimidas y la sanción aplicada.

(5) ZAFFARONI, E., *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, Bs. As., 1988, t.I, pág. 248

(6) SOLER, S., *Derecho Penal Argentino*, TEA, Bs. As., 1978, t.II, pág. 391.

del ejercicio de su poder de policía acerca de la seguridad, higiene y moralidad pública, en consecuencia, no tiene el carácter de una indemnización, sino el de un verdadero castigo” (7). No se trata solamente de diferenciar la multas del Código Penal de las multas administrativas, sino que, dentro de esta última categoría, es evidente que hay algunas que revisten carácter penal y otras que no tienen sino un significado fiscal (8).

La esencia de la pena de multa de Derecho penal común o del Derecho penal administrativo, es ser retributiva o resocializadora (9) y, por consiguiente, penal, porque se impone por el solo hecho de haberse cometido el delito o la infracción y no porque alguien necesite que se le repare el daño patrimonial que ha sufrido (10).

Como podemos observar, Nuñez, Soler y Zaffaroni -entre otros- clasifican a las multas en administrativas, penales administrativas y penales. Entonces, para ellos existiría un derecho penal administrativo, independiente de un derecho penal sustantivo. No opina lo mismo Marienhoff, quien considera, que a pesar de las agudas y respetables observaciones hechas por los partidarios de un derecho penal administrativo, el mismo no sale del ámbito del derecho penal sustantivo, cuya esencia aparece también en aquel.

Es decir, ante un caso concreto de infracción de la ley N° 20.247, deberemos observar que tipo de multa se le aplica al infractor, y si la misma en esencia lo que está haciendo es reparar un patrimonio, como sería el del Estado y más precisamente, por ejemplo el del Registro Nacional del Comercio y Fiscalización de Semillas (lo que el Estado está haciendo es crear una infracción para la percepción de su propia renta), estaremos frente a una sanción administrativa; por el contrario, si en esencia la sanción tiene un carácter represivo o resocializador, la multa tendrá carácter penal administrativo. La importancia de esto radica no en el órgano de aplicación como lo sería en el caso de la aplicación de una sanción de naturaleza penal sustantivo, sino en los efectos y consecuencias diferentes que generan una multa simplemente administrativa de aquella que es penal administrativa.

Hace notar el Dr. Bielsa que la multa administrativa no supone necesariamente la voluntad delictuosa, sino que basta el mero incumplimiento de la obligación impuesta por la disposición legal administrativa (por ej.: exponer o entregar a cualquier título semilla no identificada en la forma establecida por el art. 9).

(7) Superior Tribunal de Santa fe (en pleno) Sociedad de Electricidad de Rosario c/ Municipalidad de Rosario, diciembre 9 de 1938. LL- t.18, pág. 421-3.

(8) Soler, S., ob. cit., pág. 392

(9) En este sentido se expresa Zaffaroni: "la multa no penal tiene un carácter reparador, en tanto que la multa administrativa tiene un carácter resocializador". ZAFFARONI, E., *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Ediar, Bs. As., 1988, t.5, págs. 211 y 212

(10) NUÑEZ, R., *Derecho Penal Argentino*, Ed Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1974, t.2, pág. 416.

En cuanto a la **clausura** no existen dudas de que su carácter es penal. “La sanción de clausura es una medida de índole estrictamente penal” (11). Evidentemente, no solo afecta el patrimonio del inculpado, sino que también su imagen comercial, el valor moral de la firma clausurada y, en muchos casos su credibilidad, exigiendo por tanto su aplicación un particular cuidado en el mantenimiento de la garantías constitucionales (12).

En relación a la pena de **inhabilitación** reviste carácter penal, pues como está estipulada en la ley N° 20.247, no difiere en sus efectos de lo ya explicado respecto de la pena de clausura; pues, si se lo inhabilita para comerciar -dice la ley “quedando inhibido de actuar en cualquier actividad regida por esta ley”-, es como clausurarle el negocio.

Por tanto, las sanciones de **clausura** e **inhabilitación**, se aplican como penas reformadoras o intimidatorias, pues no cabe su aplicación como indemnizatoria. Lejos estaremos de observar en este tipo de sanciones un carácter simplemente administrativo.

Al poseer estas sanciones de clausura e inhabilitación carácter penal podrán ser aplicadas por la Administración, pero no podrán hacerse efectivas si el sancionado interpone recurso ante el órgano jurisdiccional. No cabe hablar de “juicio” -y en particular aquél que el artículo 18 de la Carta Magna exige como requisito que legitime una condena- si el trámite ante el órgano administrativo no se integra con la instancia judicial correspondiente (13). Se estaría generando un agravio a los sancionados, plasmado en la imposición de una sanción de carácter penal, sin la posibilidad previa de que un tribunal competente e imparcial revise la validez y razonabilidad de tal acto; situación que de confirmarse en esta instancia, enervaría en grado sumo el efectivo poder de la justicia, todo ello en desmedro de un sistema republicano de gobierno consagrado en la ley suprema (14). Es decir, que si bien el órgano administrativo correspondiente podrá determinar la configuración de la sanción de clausura o inhabilitación, es el órgano judicial el que la aplicará según corresponda o no. Por tanto, ante la apelación judicial de la decisión tomada por el órgano administrativo, el efecto de esta apelación nunca podrá ser devolutivo. Pero, no pasa lo mismo ante la determinación de una pena de multa, pues, la imposición del previo pago de la misma para acudir en apelación ante la justicia federal -artículo 47-, como consecuencia del efecto devolutivo, sólo será inconstitucional cuando su monto sea tan elevado que implique una denegación de justicia.

(11) CSJN 28/4/98 Lapiduz, Enrique c/DGI s/acción de amparo -.

(12) GÓMEZ, Teresa, *Crónica de una sentencia preanunciada*, PET/ Jurisprudencia martes 16 de junio de 1998 pág. 16 y 17.

(13) CSJN 8/11/72. Dumit, Carlos c/Instituto Nacional de Vitivinicultura, LL. 150-39.

(14) Juzgado Federal N° 3 - Mar del Plata - 7/4/97. Citanovic, Andrés - Citanovic, Francisco s/ apelación de clausura y planteo de inconstitucionalidad, en ob. cit.

5- Comparación con otras leyes

Si comparamos la ley N° 20.247 con las leyes de patentes, marcas, derechos de autor y el decreto-ley de modelos y diseños industriales podemos advertir que siendo normas que tutelan el mismo género de derechos (derecho de propiedad industrial) difieren totalmente en la protección que ellas brindan. Las últimas poseen una fuerte protección por medio de sanciones de índole civil, penal y medidas cautelares, que no figuran en la Ley de Semillas y Creaciones Fitogenéticas. A saber:

5.1. Ley de patentes de invención y modelos de utilidad (N° 24.481, modificada por ley N° 24.572 y el decreto 260/96)

Penal con prisión de tres meses a dos años y multa a quienes defrauden los derechos del inventor y también a quienes a sabiendas, sin perjuicio de los derechos conferidos a terceros produzca o haga producir, importe, venda, ponga en venta, comercialice o exponga, introduzca en territorio de la República Argentina, uno o más objetos en violación de los derechos del titular de la patente o del modelo industrial. Lo más trascendente es que la protección de este artículo está dirigida al titular de la patente. Además sanciona penalmente con prisión y multa (multa penal, con las consecuencias que ello conlleva; por ejemplo, su no pago acarrea la prisión efectiva del incumpliente).

Sanciona con la misma pena aumentada en un tercio al socio, mandatario, asesor, empleado y obrero del inventor o sus causahabientes que usurpe o divulgue el invento aún no protegido. A quien corrompiendo a éstas personas obtuviera la revelación del invento, y al que violare la obligación del secreto impuesta en la ley. A pesar de su amplitud, los sujetos activos de este delito están expresamente determinados en el artículo. Esta norma es de gran trascendencia debido a que la protección se extiende a inventos aún no patentados, pero cuyo titular tenga la intención de patentarlos.

Multa al que sin ser titular de una patente o modelo de utilidad o no gozando ya de los derechos conferidos por los mismos, se sirva en sus productos o en su propaganda de denominaciones susceptibles de inducir al público a error en cuanto a la existencia de ellos. El sujeto protegido es el consumidor. Aquí se deja de proteger al titular de la patente, para pasar a proteger a los ciudadanos en general, que accedan a ese producto. Como este accionar puede derivar en algún tipo de publicidad engañosa subsidiariamente, podría aplicarse las normas civiles o comerciales referidas al tema, verbigracia, Ley de defensa del consumidor.

Se duplican las penas en caso de reincidencia y se aplican las reglas de participación criminal y encubrimiento, según lo dispuesto en el Código Penal.

Prevé acciones civiles para que sea prohibida la continuación de la explo-

tación ilícita y para obtener la reparación del perjuicio sufrido. ✓

Previa presentación del título de la patente o del certificado del modelo de utilidad el damnificado puede solicitar bajo cauciones que el juez estime convenientes, el secuestro de uno o más ejemplares de los objetos o de la descripción del procedimiento incriminado, el inventario o embargo de los objetos falsificados, máquinas destinadas a fabricar la actuación del procedimiento incriminado. Son medidas precautorias de índole civil, de enorme utilidad.

El que tuviere en su poder productos en infracción debe dar noticias completas sobre el nombre de quién se lo vendió o procuró, cantidad y valor, época en que comenzó el expendio, bajo pena de ser considerado cómplice del infractor.

La ley establece una presunción *juris tantum* según la cual el que posee productos en infracción es considerado cómplice de ella, a no ser que demuestre mediante el suministro de los datos exigidos por el artículo, que su obrar es de buena fe. De esta manera se facilita la localización del autor de la infracción.

5.2. Decreto-ley de modelos y diseños industriales (6673/63)

Sanciona solamente con multa a quienes fabriquen, hagan fabricar, vendan, pongan en venta, exhiban, importen, exporten, comercialicen o detenten productos industriales protegidos con conocimiento de su carácter ilícito, encubran a los fabricantes, invoquen maliciosamente un producto sin tenerlo registrado, y quienes vendan como propios planos o diseños protegidos ajenos.

En el artículo se establecen varios tipos penales independientes entre sí. Los tipos penales se caracterizan por el conocimiento por parte del autor del carácter ilícito de su acción, se protege al titular del producto industrial. Asimismo, se amplía el sujeto activo, sancionando a quienes encubran a los fabricantes, de esta manera se hace más difícil a aquel que quiera fabricar productos industriales protegidos. También la norma protege al consumidor, mediante la sanción a aquellos que invoquen maliciosamente un producto sin tenerlo registrado. Por último se protege al propietario del modelo registrado y al comprador a través de un tipo específico de defraudación. La reincidencia duplica la pena.

Otorga acciones civiles para la cesación del uso y para la reparación de daños y perjuicios. No se da curso a las demandas penales o civiles sin la presentación del título del Registro que se invoca.

Prevé la destrucción y comiso de los modelos y diseños declarados infractores a menos que el titular acceda a recibirlos a valor de costo a cuenta de la indemnización y frutos.

Cuando el tenedor de las mercaderías no sea su productor, deberá dar

explicaciones sobre su origen, en forma de permitirle perseguir al fabricante. Si se niegan las explicaciones o si son confusas el tenedor no podrá alegar buena fe. Si bien la sanción no es tan fuerte como en la ley de patentes, imponen igualmente determinadas consecuencia que, aunque sean de otra índole, como por ejemplo resarcir los frutos además de los daños y perjuicios, persiguen los mismos objetivos (15).

5.3. Ley de marcas N° 22.362

Pena con prisión de dos meses a dos años más multa la falsificación o emisión fraudulenta de una marca registrada: el uso, venta, puesta en venta, de una marca registrada o designación falsificada fraudulentamente emitida o perteneciente a un tercero sin su autorización y a quienes comercialicen o pongan en venta productos o servicios con marca registrada falsa o fraudulentamente imitada. Otorga la posibilidad de accionar civilmente. El damnificado puede solicitar comiso y venta de las mercaderías y otros elementos con marca en infracción, destrucción de las marcas y designaciones en infracción de todo elemento que la lleve y no se pueda separar. Son distintas facultades que se le otorgan al damnificado para una mejor protección de sus derechos.

Prevé medidas cautelares de embargo, inventario, descripción y/o secuestro de uno de los objetos en infracción, que pueden ser decretadas por el juez de oficio, bajo caución cuando lo crea conveniente.

Quien tenga el objeto en su poder debe informar y acreditar sobre el nombre y dirección de quien se lo vendió, fecha con exhibición de factura o boleta de venta, cantidad de unidades vendidas y su precio además de la identidad de las personas a quien vendió o entregó los objetos. De lo contrario se lo presume partícipe de la falsificación.

Este caso no difiere de los analizados en las leyes anteriores, pero se agrega la obligación de presentar las facturas o boletas de venta bajo pena de ser considerado partícipe de la falsificación. Nos parece que este sistema es más efectivo ya que limita la posibilidad de evadir la sanción a través de una respuesta infundada.

5.4. Ley de propiedad intelectual N° 11.723

En el capítulo «De las penas» se establece un artículo genérico por el cual se reprime con la pena del artículo 172 del Código Penal *al que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de la propiedad intelectual reconocidos en la ley en análisis*. Sin perjuicio de ello se tipifican distintos casos especiales de defraudación, que seguidamente se detallan: editar, vender o reproducir por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin

(15) Ver lo desarrollado en el punto 5.1, referido al encubrimiento.

autorización de su autor o derechohabientes; falsificar obras intelectuales; editar, vender o reproducir una obra suprimiendo o cambiando el nombre del autor, el título de la misma o alterando dolosamente su texto; editar o reproducir mayor número de ejemplares que los debidamente autorizados.

De lo expuesto surge que se está frente a una ampliación del artículo 172 del Código Penal. La gran importancia de estos tipos específicos radica en evitar que el órgano jurisdiccional no juzgue por falta de tipo o lo haga utilizando la analogía, que está vedada en materia penal.

Se pena con prisión de un mes a seis años: al que con fin de lucro reproduzca un fonograma sin autorización, facilite la reproducción ilícita mediante el alquiler de discos fonográficos; el que reproduzca copias no autorizadas; el que almacene o exhiba copias ilícitas y no pueda acreditar su origen mediante factura; el que importe las copias ilegales con miras a su distribución al público.

Los primeros dos ítems no merecen mayores comentarios. En los dos últimos se observa que la punibilidad se extiende a otros sujetos distintos de aquel que reproduce ilícitamente una obra y de esta manera se intenta impedir la reproducción ilícita no solo a través de la sanción a su autor sino también sancionando a su «cómplice».

Se pena con prisión de un mes a un año o multa de \$ 1000 a \$ 30000 al que representare, hiciere representar, ejecutare o hiciere ejecutar obras teatrales, literarias o musicales sin autorización de sus autores o derechohabientes.

Pero la protección de la ley no solamente se ve reflejada en los tipos penales, sino que prevé especialmente la posibilidad de solicitar a los jueces la aplicación de medidas preventivas o cautelares, como ser la suspensión preventiva de un espectáculo teatral, cinematográfico, filarmónico y otro análogo; el embargo de las obras denunciadas, así como el embargo del producto que se haya percibido por todo lo anteriormente indicado; y toda otra medida que sirva para proteger eficazmente los derechos que ampare esta ley

6. Nuestra propuesta

La importancia del bien jurídico tutelado hace indispensable el refuerzo energético de la voluntad preventiva, y para lograrlo evidentemente no basta con quitar al transgresor lo que no era de él, o imponerle un mera sanción pecuniaria que no impide de ninguna manera su consiguiente actuar delictivo. Queda, por lo tanto, una sola posibilidad y ella consiste en que la sanción jurídica vaya más allá de la reposición e importe para el transgresor una obligación más gravosa que la de devolver lo que no era suyo o el pago de una multa, que en los hechos termina siendo ínfima.

Esta forma de sanción debe contener un *plus* que revierta sobre el autor de la transgresión, algo que empeore la situación de éste: deben ser sanciones penales. Bien dice Soler (16) que el orden social puede soportar que ciertos contratos no se cumplan, porque ese daño es en general reparable; pero no puede permanecer indiferente ante la eventual violación de ciertos valores esenciales, o a la continua violación de ciertos bienes, aunque sólo sean relativamente valiosos, dándose por cumplido su fin con la simple imposición de una sanción reparatoria, cada vez que la ilicitud se cometa. Semejante sociedad -continúa Soler- viviría en la máxima incertidumbre y, de hecho, los bienes fundamentales no estarían protegidos. En ella sería efectivamente posible delinquir pagando el precio correspondiente.

A este efecto, Binding, preguntándose ¿cuánto cuesta una paliza?, recuerda que Lucio Veracio solía hacerse acompañar en sus paseos por un esclavo encargado de pagar el precio de las cachetadas que él repartía con desalmada malevolencia (17).

Las variedades vegetales protegidas por derecho de obtentor, son actualmente libremente copiadas, reproducidas, plagiadas, y la única sanción de las previstas que se les aplica (si es queda encuadrada en alguno de los supuestos sancionados) es el pago de una multa, impuesta por un organismo administrativo, en base a cánones que el mismo creó y solo él conoce. Al igual que Lucio Veracio, los plagiadores copian las variedades vegetales creadas por otros, las producen y comercializan, y, además pagan el precio de las multas impuestas cuyo valor es ínfimamente menor a las ganancias obtenidas por la venta de las variedades copiadas, sin que esta circunstancia les impida seguir violando el derecho de propiedad ajeno.

Todo esto nos muestra que la amenaza de un mal, de una retribución, es un instrumento indispensable para que pueda decirse que el derecho tiene efectivamente una voluntad de protección. Además no podemos negar las virtudes de tener a nuestra disposición, para protegernos más efectiva y rápidamente, medidas cautelares, pues como se sabe estas sirven para frenar un posible daño o la expansión de uno ya producido.

También, como ya lo hemos explicado y demostrado claramente en el punto 4.3, la ley contiene dos irregularidades, graves por cierto, como son: el hecho de contener sanciones de carácter penal (clausura e inhabilitación); y la modificación producida por el decreto 2817/91 que crea nuevas sanciones, derogando así, las contenidas en la ley. Dos modificaciones que si bien no configuran *per se* inconstitucionalidad, en el caso concreto y según que sanciones se apliquen pueden constituir la.

(16) SOLER, S., ob. cit., pág. 339.

(17) Citado por SOLER, S., ob. cit., pág. 340

Es decir, y para ser más específicos, decretada la clausura por el órgano administrativo, la misma es inconstitucional por haber sido otorgada dicha facultad por un decreto reglamentario. Si dicha facultad se hubiera encontrado contenida en la ley originaria o hubiera sido otorgada por ley posterior, la sanción sería válida. Pero, al tener la clausura naturaleza penal, su aplicación no podrá ser efectiva sin previa revisión judicial u otorgada dicha revisión con efecto devolutivo, caso contrario nos encontraremos ante un caso de inconstitucionalidad (Lapiduz, Enrique c/DGI s/acción de amparo - CSJN 28/4/98).

Por eso, para evitar todos estos contratiempos e irregularidades que no hacen al buen funcionamiento de la administración, que afectan al desarrollo de la investigación y a la credibilidad de un país, se deben establecer tipos penales claros y con sanciones más fuertes, de igual rango a las contenidas en otras leyes que ya hemos analizado; crear medidas cautelares; y por último someter la aplicación de las mismas al órgano judicial, único que garantiza plenamente el cumplimiento de las garantías constitucionales.

En esta ley puede observarse que el legislador quiso tratar al delincuente como un mero infractor, y en los hechos lo logró. Más allá de toda discusión doctrinaria y de todas las críticas y análisis que hemos hecho, no podemos dejar de reconocer que 'infractor' es distinto a 'delincuente'. En la ley N° 20.247 y el dec.2817/91 el legislador parece sancionar a quien viola sus normas como un mero infractor, olvidando que en realidad se trata de un delincuente. Pretende con esta ley proteger al inventor, se vuelve a equivocar, la protección es ínfima, y el inventor tratará de buscar vías alternativas de protección, como por ejemplo ya lo hizo con la *soja transgénica*, buscó la protección de la ley de patentes, violando lisa y llanamente los lineamientos de UPOV 78 que prohíbe el régimen de la doble protección de variedades vegetales y a todo el sistema normado en la ley de Semillas y Creaciones Fitogenéticas.

Claro que coincidiríamos con el legislador en la aplicación de estas infracciones administrativas, si su finalidad fuera la tutela de la correcta comercialización de las mismas, así como también lograr un mayor desarrollo de nuestra agricultura brindando a nuestros productores la mejor semilla con identidad y calidad garantizada; todos ellos, fines netamente administrativos. Pero, no queremos esto, o por lo menos, como fin último, queremos que sea una ley que proteja al inventor, que incentive a las grandes multinacionales a la inversión en el país, que asegure a estos últimos que no le serán plagiados sus productos una vez ingresados en el país, o siéndolos, los autores serán severamente penados. Este es el fin que nosotros esperamos que el reformador de la ley tenga en mente al normar las conductas y establecer las sanciones. Si bien no discutimos la aplicación de estas sanciones cuando el interés en juego es

administrativo, no podemos menos que criticar la actitud asumida por el legislador cuando por medio de estas infracciones administrativas, trata de proteger la propiedad de los nuevos cultivares para los creadores.

Entonces, si analizamos la pena en sus dos momentos, el de la amenaza y el de la aplicación, vemos que ella es un mal cuyo fin es evitar el delito (18). Ese fin de la pena es el fin inmediato y envuelve a todos los demás que suelen señalarse: restablecer la tranquilidad social, impedir los hechos de venganza, intimidar, corregir, inoculizar, etc.(19). Por eso en este aspecto preventivo se distinguen dos funciones: la prevención general y la especial. La aplicación de la pena tiene efectos preventivos de orden general, en cuanto muestra a los malvados la efectividad del mal amenazado, evita los hechos de venganza, etc.. Pero el mayor influjo que ella debe ejercer es sobre el delincuente. En consecuencia, la pena, en su momento de aplicación, debe atender, sobre todo, a la necesidad de suministrar a ese sujeto motivos psicológicos y sociales de buena conducta futura (20). A esto es lo que se llama *prevención especial*.

En síntesis, todas las leyes analizadas protegen distintas manifestaciones de actividades intelectuales, por lo que no vemos razón de la diferencia de tratamiento que presenta la Ley de semillas y creaciones fitogenéticas frente a las demás. El fin de la ley es proteger las creaciones fitogenéticas, pero para hacerlo es necesario realizarlo de una forma ágil, seria y directa al inventor y no de manera indirecta como lo hace la ley. Parecería que este sistema sólo trata de evitar que se perjudique a los consumidores.

Dado que la actividad agraria es una de las más importantes de nuestro país, necesitamos un régimen fuerte que nos ponga en situación de atraer inversiones extranjeras que ayuden a desarrollar aún más este tipo de actividades. Los países periféricos habrán de encontrar grandes obstáculos para su desarrollo sino brindan protección a los derechos de los exportadores de tecnología. Cabe aplicar aquí lo expresado por Otamendi: “No olvidemos que hoy en día los países compiten para atraer el capital y la tecnología del extranjero, y que las normas en esta materia son miradas con especial interés por cualquier inversor. Hay muchos lugares a los cuales el proveedor de tecnología y marcas, o un inversor puede recurrir. No seamos nosotros quienes los ahuyentemos con leyes absurdas” (21).

Por lo tanto proponemos:

1. Mantener las sanciones administrativas pero actualizadas legalmente.
2. Establecer tipos penales específicos que describan las conductas y establezcan penas para quienes violen los derechos de los obtentores de una nueva variedad vegetal.

(18) Idem.

(19) Idem.

(20) Idem.

(21) OTAMENDI, Jorge, *Transferencia de tecnología: una cuestión que exige realismo*, en «Derechos intelectuales», nº 2, pág. 124.

3. Conferir acciones civiles tendientes a lograr que el obtentor logre un adecuado resarcimiento del daño que se le causó.

4. Establecer medidas cautelares que logren una inmediata suspensión del daño que esté siendo causado o aquel que esté pronto a ocurrir.