

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO IV – NÚMERO VII

2º SEMESTRE 2018

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO IV, Nº VII, 2º SEM. 2018



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Home page: www.editorialjurua.com/revistaconsinter/
e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.0007.00

Editor:

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

Diretores da Revista:

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO IV – NÚMERO VII

2º SEMESTRE 2018

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

Porto
Editorial Juruá
2018

COLABORADORES:

| | |
|--|---|
| Alice Ribas Dias Bonizzato | Jozélia Nogueira |
| Alvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga | Judith Morales Barceló |
| Ana Isabel Segovia San Juan | Karine Silva Demoliner |
| Antonio Felipe Delgado Jiménez | Luigi Bonizzato |
| Candida Joelma Leopoldino | Luísa Munhoz Bürgel Ramidoff |
| Carla Benedetti de Oliveira Andrade | Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos |
| Carla Liliane Waldow Esquivel | Marilene Araújo |
| Carlos de Fuentes G ^a -Romero de Tejada | Mário Luiz Ramidoff |
| Diogo Basilio Vailatti | Maritza de la Caridad McCormack Bequer |
| Dolores Palacios González | Marta Madriñán Vázquez |
| Edna Raquel Hogemann | Naiara Posenato |
| Eugênio Facchini Neto | Nilton César da Silva Flores |
| Flávio de Azambuja Berti | Ricardo Delgado Preti |
| Francisco Javier Sosa Álvarez | Roberta Maria Costa Santos |
| Grasiele Augusta Ferreira Nascimento | Roberta Soares da Silva |
| Héctor Luis Lovera Esquivel | Rodrigo Polanco Lazo |
| Icaro Reinaldo Teixeira | Tatsiana Ushakova |
| Jaime Gallegos Zúñiga | Thiago Serrano Pinheiro de Souza |
| Jesús Víctor Alfredo Contreras Ugarte | Tiago Martínez |
| José Laurindo de Souza Netto | Vanessa Fontana |
| Jose María Asencio Gallego | Vinicius Figueiredo Chaves |
| José Mauricio Conti | |

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Antonio García-Pablos de Molina

Catedrático de Direito Penal da Universidad Complutense de Madrid

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Catedrático de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Fernando Santa-Cecilia García

Profesor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidad Complutense de Madrid

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca

Joan J. Queralt

Catedrático de Direito Penal da Universitat Barcelona

Jordi García Viña

Catedrático de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Universitat de Barcelona

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

María Amparo Grau Ruiz

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario – Universidad Complutense de Madrid

María del Carmen Gete-Alonso y Calera

Catedrática de Direito Civil da Universitat Autònoma de Barcelona

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

ESSA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA *CREATIVE COMMONS*

Atribuição – Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma licença 3.0 Brasil.

É permitido:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra
- criar obras derivadas

Sob as seguintes condições:



ATRIBUIÇÃO

Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.



USO NÃO COMERCIAL

Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.



COMPARTILHAMENTO PELA MESMA LICENÇA

Se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

– Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outro, os termos da licença desta obra.

- Licença Jurídica (licença integral):
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/br/legalcode>

Esta revista proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual. (www.editorialjurua.com/revistaconsinter)

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

ACCIONES PENALES EN DEFENSA DEL DERECHO DE LA OBTENCIÓN VEGETAL

CRIMINAL PROCEEDINGS IN PURSUIT OF PLANT VARIETY RIGHT

DOI: 10.19135/revista.consinter.0007.08

*Jose María Asencio Gallego*¹ – ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7955-4246>

Resumen: El aumento de la población mundial y el desarrollo de la ciencia y la tecnología ha provocado un considerable crecimiento de la industria dedicada a la creación y desarrollo de las variedades vegetales. Como consecuencia de ello, y tras la adopción del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales el 2 de diciembre de 1961 en París, en los últimos años, la mayoría de los países han ido incorporando a sus legislaciones nacionales acciones en defensa del derecho del titular de una obtención vegetal, también denominado obtentor. En España, el obtentor, en caso de infracción de su derecho, puede acudir a la vía civil o a la penal, esta última reservada para las infracciones más graves. El objeto de este estudio es precisamente el análisis del delito contra el derecho del titular de un título de obtención vegetal en su modalidad de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida.

Palabras clave: variedad vegetal, derecho del obtentor, título de obtención vegetal, protección penal.

Abstract: The increase of the global population and the development of science and technology has led a considerable growth of the industry involved in creating and developing plant varieties. As a consequence, following the adoption of the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV) on December 2, 1961, by a Diplomatic Conference held in Paris, over recent years in most countries have increasingly incorporated to their national legislation criminal proceedings in pursuit to the holder of the plant variety right, also known as breeder. In Spain, the breeder, in the event of an infringement of its right, may refer the matter to the civil or criminal courts. The latter is often reserved to the most serious and harmful infringements. The aim of this study is indeed the analysis of criminal acts against the right to peaceful existence of the owner of a plant breeder's right, in its form of reproduction or commercialization of the material of a protected variety.

Keywords: plant variety, breeder's right, title to new plant varieties, criminal-law protection.

I BREVE APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE OBTENCIÓN VEGETAL

Cuando nos acercamos por primera vez al estudio de las obtenciones vegetales surge la pregunta de si estamos ante una categoría encuadrable en el concepto de propiedad intelectual o de propiedad industrial. Y ello porque la Ley

¹ Juez. Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universitat de Barcelona.

3/2000, de 7 de enero, de Régimen Jurídico de la Protección de las Obtenciones Vegetales (en adelante, LOV) dispone en ocasiones la aplicación supletoria de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, remisión que actualmente debe entenderse hecha a la vigente Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.

Lo cierto es, sin embargo, que la tradicional diferenciación que en España se ha hecho entre la propiedad intelectual e industrial responde a una orientación político-jurídica, que se aparta de la interpretación realizada en 1967 por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y posteriormente ratificada por la Declaración de las partes contratantes del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de Punta del Este en 1986.

En ambas sedes se propuso agrupar las distintas clases de derechos sobre bienes inmateriales en una sola categoría denominada “propiedad intelectual”. En concreto, las creaciones industriales (patentes, modelos de utilidad y diseños industriales) y los signos distintivos (marcas, nombres comerciales y rótulos de establecimientos), que en el Derecho español se engloban dentro del concepto de propiedad industrial, y los derechos de autor, que en España conforman el contenido de la propiedad intelectual.

Este criterio fue adoptado también en el Protocolo 28 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y en el Acuerdo Marco Interregional de Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por un lado, y el Mercado Común del Sur y sus Estados Parte, por otro lado (BOE nº 263, de 3 de noviembre de 1999). Y en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de 1994, incorporado a nuestra legislación interna².

Es por estas razones por las que entendemos que, no obstante las diferencias que en Derecho español se hacen de la propiedad intelectual e industrial, la primera representa un ámbito más amplio que abarca a la segunda. Las obtenciones, vegetales son, por tanto, propiedad industrial y, al mismo tiempo, intelectual.

• Las variedades vegetales en la legislación española e internacional.

Las obtenciones vegetales, al contrario de lo que a primera vista pudiera parecer, gozan de una indudable importancia en la actualidad. Cada vez son más los avances tecnológicos dirigidos a obtener productos específicos con los que mejorar tanto la salud humana como la animal. Y esto genera una industria en la que se invierten millones de euros destinados a la investigación de nuevas especies de plantas o incluso productos agroalimentarios transgénicos.

El punto de partida gira en torno al concepto de fitomejoramiento, que podemos definir como la técnica de investigación mediante la cual se cruzan distintas variedades de una misma especie vegetal, con el objetivo de mejorar sus características genéticas, logrando así plantas más resistentes y productivas. Partiendo de esta actuación, se seleccionan las plantas que presentan los rasgos deseados, tales como la resistencia a la enfermedad, la mayor productividad o la producción de un fruto más dulce, que puedan transmitirse hereditariamente de un modo estable, a fin de que se den de modo sistemático en el nuevo vegetal.

En este último ámbito se enmarcan las obtenciones vegetales, las cuales están protegidas por un título específico de la propiedad industrial denominado “título de

² GALLEGO SÁNCHEZ, E. *Derecho Mercantil. Parte Primera. 4ª edición*. Valencia. 2017. Págs. 215 y 216.

obtención vegetal”. Este título tiene como objeto el reconocimiento y la protección del derecho de obtentor de una variedad vegetal nueva.

Según el art. 3 LOV, que reproduce el art. 1 del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (CUPOV)³, se considera obtentor a la persona que haya creado o descubierto y puesto a punto, es decir, desarrollado, una variedad vegetal, o a sus causahabientes. Es importante tener presente que el concepto de persona incluye a las personas físicas y también a las jurídicas. El obtentor puede ser, por ejemplo, un horticultor no profesional, un agricultor, un científico, una institución dedicada al fitomejoramiento (selección de vegetales) o una empresa especializada en fitomejoramiento⁴.

Por su parte, el art. 2 LOV define la variedad vegetal como el conjunto de plantas de un solo taxón botánico del rango más bajo conocido que pueda: i) definirse por la expresión de los caracteres resultantes de un cierto genotipo o de una cierta combinación de genotipos (es decir, la información genética que posee el organismo en particular); ii) distinguirse de cualquier otro conjunto de plantas por la expresión de uno de dichos caracteres por lo menos; y iii) considerarse como una unidad, habida cuenta su aptitud a propagarse sin alteración.

En lo que ahora interesa, el taxón botánico más bajo conocido es la especie, que se define como un grupo de plantas aislado desde el punto de vista reproductivo. Esto significa que las plantas que pueden reproducirse entre sí por medios naturales son plantas de la misma especie y, por tanto, se integran en el mismo taxón más bajo conocido. De modo que la variedad vegetal es una clasificación que se efectúa dentro de una especie. Es un conjunto de plantas definido con más precisión en el seno de una misma especie. En concreto, está comprendida dentro de la última subdivisión de la especie. Pues aunque la categoría de especie es importante en la clasificación botánica, es patente que las plantas de una misma especie pueden ser muy diferentes (por ejemplo, las manzanas y uvas de diferente color, cada una con un aroma y un uso propios, son distintas variedades vegetales).

Ahora bien, para que la variedad sea objeto de protección no es suficiente con que se adviertan en ella los caracteres anteriores. Es necesario, además, que reúna los requisitos de protección expresados en la Ley. A este respecto, tanto el CUPOV, como la Ley española precisan que la variedad debe ser:

- Nueva. Será tal aquella variedad cuyo material de reproducción o de multiplicación vegetativa (componentes) o los productos de cosecha de la misma no han sido vendidos o entregados a terceros para la explotación de la variedad por el obtentor o con su consentimiento en la fecha de

³ El CUPOV, que fue firmado en París el 2 de diciembre de 1961, fue objeto de modificaciones posteriores mediante Actas adicionales de 1972, 1978 y 1991. España participó como mero observador en la Conferencia internacional celebrada en París en 1961. En 1980 se incorporó al sistema del CUPOV adhiriéndose al Acta de 1961 y al Acta adicional de 1972. Posteriormente, en 2007 ratificó el Acta de 1991. No obstante, ya había adaptado con anterioridad su legislación a lo dispuesto en el Acta de 1991, mediante la Ley 3/2000, de 7 de enero, de Régimen Jurídico de la Protección de las Obtenciones Vegetales. GARCÍA VIDAL, A. “El sistema de protección de las variedades vegetales”, en AA. VV. *Derecho de las obtenciones vegetales* (Dir. GARCÍA VIDAL, A.). Valencia. 2017. Págs. 66 y ss. y 97.

⁴ Vide. Notas explicativas sobre la definición de obtentor con arreglo al Acta de 1991 del Convenio de la UPOV, adoptadas por el Consejo de la UPOV en su cuadragésima séptima sesión ordinaria el 24 de octubre de 2013, Documento UPOV/EXN/BRD/1. Disponible en http://www.upov.int/edocs/expn/docs/es/upov_exn_brd.pdf.

presentación de la solicitud del título de obtención vegetal o, de haberse efectuado esos actos, siempre que no haya transcurrido un año, si tuvieron lugar en el país de la solicitud o si se realizaron fuera del país de la solicitud cuatro años, o seis años cuando el objeto de las variedades fueron árboles o vides (art. 6 CUPOV y art. 6 LOV).

- Por tanto, el elemento básico sobre el que gravita la concepción actual de la novedad de las variedades vegetales es la ausencia de venta o entrega a terceros con fines de explotación del material de reproducción o de multiplicación vegetativa o un producto de cosecha en los plazos determinados, que se computan desde la presentación de la solicitud.
- Poseer una denominación adecuada. La variedad debe designarse por una denominación destinada a ser su designación genérica. Si el obtentor no aporta una denominación adecuada, su solicitud será rechazada (art. 20 CUPOV y art. 5 LOV).
- Distinta. La variedad debe distinguirse claramente de toda otra variedad que sea notoriamente conocida, al menos, en razón de uno de los caracteres. La diferencia ha de ser constante y clara en relación con toda otra variedad notoriamente conocida. A este respecto es importante destacar que una variedad puede considerarse notoriamente conocida si en la fecha de la solicitud de la variedad candidata se ha inscrito en un registro oficial de variedades o se ha depositado la solicitud –si finalmente se concede el derecho– (art. 7 CUPOV y art. 7 LOV). Pero también cuando el material de reproducción o de multiplicación vegetativa o un producto de la cosecha de la variedad se ha comercializado o se ha publicado su descripción detallada o existe material vegetal vivo de la variedad en colecciones botánicas accesibles al público.
- Homogénea. Si es suficientemente uniforme en sus caracteres pertinentes, a reserva de la variación previsible habida cuenta de las particularidades de su reproducción sexuada o de su multiplicación vegetativa. Se exige, por tanto, que dicha homogeneidad sea suficiente, sin llegar a ser absoluta (art. 8 CUPOV y art. 8 LOV).
- Estable. Si sus caracteres pertinentes se mantienen inalterados después de reproducciones o multiplicaciones sucesivas (es decir, con el transcurso de las generaciones) o, en caso de un ciclo particular de reproducciones o de multiplicaciones, al final de cada ciclo (art. 9 CUPOV y art. 9 LOV).

Los últimos tres requisitos integran el llamado examen DHE cuya función esencial es identificar la variedad, es decir, el objeto de la protección; mientras que los cinco agotan las exigencias legales para conseguir el título de protección a favor del obtentor, tras la concesión del mismo por la instancia pertinente.

Una vez emitido el título, al igual que sucede con otros derechos de propiedad intelectual, los efectos de la protección se concretan en el derecho del obtentor a realizar de forma exclusiva un conjunto de actuaciones de naturaleza económica y, por tanto, el derecho de éste a impedir o excluir que terceros sin su consentimiento puedan llevar a cabo dichas actuaciones. El derecho de obtentor posee pues una vertiente positiva y una vertiente negativa (*ius prohibendi*). Es decir, la protección de la variedad tiene por efecto otorgar al beneficiario o a los

beneficiarios del título de obtención vegetal un derecho de monopolio, exclusivo y excluyente. De esta forma, sólo el titular de la obtención (o quienes estén por él autorizados), podrán llevar a cabo una serie de actuaciones sobre la variedad (y, en ciertas circunstancias, sobre el material cosechado y los productos fabricados), actuaciones que conforman el denominado “derecho de obtentor”⁵.

Las actuaciones expresamente previstas en el artículo 12 LOV son la producción o la reproducción (multiplicación), el acondicionamiento a los fines de la reproducción o de la multiplicación, la oferta en venta, la venta o cualquier otra forma de comercialización, la exportación, la importación y la posesión para cualquiera de los fines anteriores. Dichas actuaciones se proyectan en primer término respecto del material de reproducción o de multiplicación de la variedad (los componentes), pero pueden extenderse también al material cosechado y al producto fabricado, mediante lo que se ha dado en llamar ⁶ un sistema de solución o de disposiciones en cascada en virtud del cual existe una protección “primaria” que cubre el material de reproducción o de multiplicación (los componentes) de la variedad ante la realización de cualquiera de las conductas anteriores sin la autorización del obtentor.

Y una protección subsidiaria⁷ que afecta, en primer término, al material de la cosecha; y, en segundo lugar, al producto fabricado. La protección del producto de la cosecha exige, además de la falta de autorización del titular, el cumplimiento de dos requisitos adicionales. A saber, que tal producto se haya obtenido por la utilización no autorizada de material de reproducción o de multiplicación de la variedad y que el obtentor no haya podido ejercer razonablemente su derecho en relación con dicho material de reproducción o de multiplicación de la variedad (art. 13 LOV). Asimismo, la extensión de la protección a los productos fabricados directamente a partir de un producto de cosecha requiere que el producto fabricado se haya obtenido por la utilización no autorizada del producto de cosecha o de material de reproducción y que el obtentor no haya podido ejercer razonablemente su derecho en relación con dicho producto de cosecha o material de reproducción o multiplicación (arts. 13 LOV y 7 ROV)

II ACCIONES EN DEFENSA DE LAS OBTENCIONES VEGETALES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Llegados a este punto, una vez expuestos los conceptos básicos de obtentor, de variedad vegetal y derecho de obtentor, es necesario hacer referencia al marco legal de protección de las obtenciones vegetales.

En el ámbito civil, las acciones dirigidas a la protección de la obtención vegetal se encuentran recogidas en la LOV, así como en el Real Decreto 1261/2005, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Protección de Obtenciones Vegetales (ROV).

⁵ PETIT LAVALL, M^a V. “Derechos del titular de una obtención vegetal” en AA. VV. *Derecho de las obtenciones vegetales*. (Dir. GARCÍA VIDAL, A.). Valencia. 2017. Págs. 542 y 543.

⁶ PALAU RAMÍREZ, F. “*Alcance de los derechos de obtención vegetal y protección provisional de la solicitud*”, RDM, 266 (2007). Págs. 1114 y ss.

⁷ SSAP de Valencia de 17 de octubre de 2012 (ECLI:ES:APV:2012:4417 y TOL 2.726.357), de 22 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:APV:2011:7010 y TOL2.459.895) y de 24 de enero de 2012 (ECLI:ES:APV:2012:282 y TOL 2.525.340).

En concreto, el art. 21 LOV dispone: “*El titular de un título de obtención vegetal, podrá ejercitar ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, las acciones que correspondan, cualquiera que sea su clase y naturaleza, contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia.*”

En particular el titular podrá exigir:

- a) *El cese de los actos que violen su derecho.*
- b) *La indemnización por los daños y perjuicios sufridos.*
- c) *La recogida de todo el material vegetal obtenido que se encuentre en poder de cualquiera de los responsables y su destrucción cuando ello fuera indispensable.*
- d) *La atribución en propiedad del material vegetal al que hace referencia el párrafo anterior, en cuyo caso su valor será imputado a la indemnización de daños y perjuicios. Si el valor de los citados productos excediera de la indemnización concedida, el titular del derecho deberá compensar a la parte condenada por el exceso.*
- e) *La publicidad de la sentencia por cuenta de la parte condenada.*
- f) *La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación de su derecho”.*

Y el art. 22 LOV: “*1. Estarán obligados a responder por los daños y perjuicios causados quienes infrinjan los derechos de obtentor por:*

- a) *Llevar a cabo alguna de las operaciones que se citan en el apartado 2 del artículo 12 de esta Ley sin poseer la debida autorización del titular de la obtención vegetal.*
- b) *Utilizar, hasta el punto de crear riesgo de confusión, una designación idéntica o parecida a la denominación de una variedad protegida, si dicha designación se aplica a otra variedad de la misma especie o de una especie botánicamente cercana.*
- c) *Omitir el uso de la denominación para una determinada variedad protegida o cambiar la citada denominación.*

2. Todos aquéllos que vulneren los derechos del obtentor, de cualquier otra forma diferente a las indicadas en el apartado 1, estarán obligados a indemnizar los daños y perjuicios únicamente cuando en su actuación hubiere mediado dolo o negligencia, presumiéndose la existencia de dolo a partir del momento en que el infractor haya sido advertido por el titular del título de obtención vegetal y requerido para que cese en la violación del derecho del obtentor.

3. La indemnización de daños y perjuicios a favor del titular del título de obtención vegetal comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido y el de la ganancia que haya dejado de obtener, sino también el perjuicio que suponga el desprestigio de la variedad objeto del título de obtención vegetal causado por el infractor mediante una utilización inadecuada. La indemnización en ningún caso podrá ser inferior al beneficio obtenido por la persona que cometió la infracción”.

Ahora bien, como ocurre también en relación con los demás derechos incluidos en el ámbito de la propiedad industrial, el Código Penal tipifica delitos en orden a sancionar los ataques más graves contra el derecho de obtentor de una variedad vegetal.

En su primera redacción, dicho Código, si bien contenía tipos delictivos que sancionaban diversas infracciones del derecho de los titulares de una patente, de un

modelo de utilidad o de una marca, guardaba silencio sobre el derecho del titular de una obtención vegetal. De este modo, la doctrina se encontraba dividida sobre cuál debía ser la respuesta penal ante estas infracciones. Un sector doctrinal entendía que, aunque el Código Penal no se refería expresamente a las obtenciones vegetales, ello no significaba que no debiera castigarse la conducta atentatoria contra el derecho de obtentor de una variedad vegetal, sino que, en tales casos, debían imponerse las mismas penas que llevaban anejas los delitos contra cualquiera de las modalidades de propiedad industrial incluidas en el Código, es decir, patentes, modelos de utilidad y marcas. Ello no obstante, otro sector doctrinal consideraba que esta postura suponía una clara aplicación analógica de una norma penal a supuestos no contemplados en la misma, es decir, una analogía *in malam partem* prohibida por el art. 4 del citado Código, según el cual “*las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*”.

En cualquier caso, esta discusión perdió su sentido cuando, a través de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, se introdujeron en éste dos nuevos preceptos, que correspondían a los números 3 y 4 del art. 274, en los que se diseñaban los delitos relativos a las obtenciones vegetales. Más tarde, la Ley Orgánica 1/2015 volvió a modificar este precepto, quedando estos delitos encuadrados únicamente en su apartado 4.

III EXÉGESIS DEL APARTADO 4 DEL ART. 274 DEL CÓDIGO PENAL

El art. 274.4 CP, en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, establece:

“Será castigado con las penas de uno a tres años de prisión el que, con fines agrarios o comerciales, sin consentimiento del titular de un título de obtención vegetal y con conocimiento de su registro, produzca o reproduzca, acondicione con vistas a la producción o reproducción, ofrezca en venta, venda o comercialice de otra forma, exporte o importe, o posea para cualquiera de los fines mencionados, material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación nacional o de la Unión Europea sobre protección de obtenciones vegetales.

Será castigado con la misma pena quien realice cualesquiera de los actos descritos en el párrafo anterior utilizando, bajo la denominación de una variedad vegetal protegida, material vegetal de reproducción o multiplicación que no pertenezca a tal variedad”.

Pues bien, siguiendo con la estructura tradicional del estudio de los tipos penales, en las siguientes páginas nos referiremos a los aspectos y elementos esenciales del delito previsto en el citado artículo, comenzando por un análisis sobre el bien jurídico protegido, su objeto material, los sujetos activo y pasivo, la conducta típica y el elemento subjetivo.

1 Bien jurídico protegido

El art. 274 está incluido en el Título XIII del Libro Segundo del Código Penal, que lleva por rúbrica “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, dentro del Capítulo XI “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”, en la Sección 2ª “De los delitos relativos a la propiedad industrial”.

Como ocurre en todos los tipos delictivos del Código Penal, su colocación sistemática afecta al bien jurídico protegido en cada caso. Por tanto, en términos generales, podemos situarlo en el patrimonio y el orden socioeconómico. Ahora bien, profundizando aún más en el estudio del art. 274.4, no podemos olvidar que, como hemos expuesto al comienzo de este trabajo, las obtenciones vegetales se encuentran contenidas en el ámbito de la propiedad industrial y ésta, a su vez, en la más amplia categoría de propiedad intelectual.

Se protege, pues, la propiedad industrial, entendida como derecho exclusivo de uso y explotación de los objetos amparados por un título de propiedad industrial y, como derivación, el interés general, en cuyo contexto se integra también la tutela del consumidor. En tal sentido se pronuncia la Sentencia nº 243/2003, de 19 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª): *“La finalidad última (ratio legis) que lleva al legislador a incriminar penalmente las conductas atentatorias contra los derechos propiedad industrial es la tutela del interés general, a través de la protección del orden económico basado en la libre competencia y del mercado en su conjunto, en interés de todos los participantes en el mismo; es decir, no sólo el de los empresarios competidores, sino también el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del estado por el mantenimiento de un orden concurrencia no falseado. Frente a esta finalidad, en un segundo nivel y con carácter inmediato, se sitúa el bien jurídico protegido por las infracciones de los derechos de propiedad industrial; el derecho de exclusiva de explotación derivado de la inscripción registral a favor del titular o titulares. Sólo este derecho constituye el bien jurídico protegido por la norma, pues a través de la adecuada protección de este derecho individual se consigue alcanzar la más remota finalidad de proteger el orden concurrencial; pero ello no nos lleva a negar la fundamental transcendencia que, para los intereses generales, tienen las infracciones en cuestión. Es decir, el bien jurídico protegido por este delito, lo mismo que en aquellos otros supuestos de figuras penales relativas a la propiedad industrial, se encuentra en la necesidad económica social de intervención del Estado a fin de promocionar el fomento de la investigación y el desarrollo tecnológico, que exige favorecer la exclusividad, no sólo en la utilización de los inventos, sino también en el uso de los signos distintivos de la empresa (uso exclusivo de la marca) para permitir así la correspondiente ganancia mercantil a quienes invierten sus bienes en el hallazgo de sus productos o en la mejora de su calidad. Ahora bien, ese favorecimiento de la exclusividad tiene un doble fundamento, pues, por un lado, se protegen los intereses de los consumidores, que de este modo ven favorecidas unas mejores posibilidades de asegurar la calidad deseada en las mercancías que adquieren y, por otro lado, se beneficia a la empresa titular del derecho de propiedad industrial a quien se permite el goce de la correspondiente rentabilidad económica”*⁸.

⁸ Vide. también SAP de Tarragona (Sección 2ª) de 12 de febrero de 2004: *“La autenticidad, para los potenciales consumidores, no constituye propiamente el bien jurídico especial o directamente protegido por el tipo penal, sancionado en otros tipos concernientes a las conductas defraudatorias, pues el artículo 274 se ubica en la Sección referente a los «delitos relativos a la propiedad industrial» separado por lo tanto de la Sección en la que se contemplan «los delitos relativos al mercado y a los consumidores», aunque en todo caso sí se contemplan dentro del mismo capítulo, por lo que exige de una interpretación sistemática, debiendo de analizarse especialmente la capacidad del signo indebidamente usado o su apariencia de originalidad respecto del registrado y protegido”*.

Esta Sentencia, sin embargo, fue dictada en aplicación del art. 274 antes de su reforma por la Ley 15/2003, es decir, antes de la introducción en el Código Penal de un delito específico contra el derecho de obtentor de una variedad vegetal, por lo que junto a lo ya expuesto, y en el bien entendido de que nos encontramos en el ámbito de la propiedad industrial, el apartado 4 del citado precepto protege un título específico encuadrable en ésta, cual es el título de obtención vegetal.

La obtención vegetal constituye, en efecto, una modalidad específica de propiedad industrial, en cuanto que, según se ha expuesto antes, el art. 12 LOV confiere al beneficiario o a los beneficiarios del título de obtención vegetal el derecho exclusivo a llevar a cabo respecto de la misma las siguientes actuaciones:

- La producción o la reproducción (multiplicación).
- El acondicionamiento a los fines de la reproducción o de la multiplicación.
- La oferta en venta.
- La venta o cualquier otra forma de comercialización.
- La exportación.
- La importación.
- La posesión para cualquiera de los fines anteriores.

Pues bien, estos son los mismos actos expresamente consignados en el art. 274.4 CP, cuya realización requiere siempre la autorización del obtentor, por lo que puede afirmarse que el bien jurídico protegido es el derecho exclusivo que corresponde al titular de un título de obtención vegetal, es decir, al obtentor, para realizar, respecto de la variedad vegetal protegida, cualquiera de las actividades previstas en el art. 12 LOV, en la medida en que este derecho forma parte de su patrimonio; así como la protección de la competencia y el interés de los consumidores.

Sobre este último inciso, empero, se ha pronunciado la jurisprudencia, poniendo de relieve que, aunque en el caso concreto no puedan entenderse afectados los derechos de los consumidores, basta para la comisión del delito que se hayan lesionado los derechos patrimoniales del titular de la obtención vegetal⁹, de modo

⁹ SAP de Teruel (Sección 1ª) nº 21/2007, de 5 de septiembre: “El último argumento esgrimido por la Sentencia recurrida para decretar la libre absolución de los acusados se concreta en que no se ha producido una lesión del bien jurídico tutelado por el tipo delictivo del artículo 274.3 del C. Penal, pues no se ha visto perjudicado el interés de los consumidores que en todo momento conocieron que la semilla vendida no era sino una imitación de la semilla garantizada, lo que hacía imposible la confusión; sin embargo este argumento tampoco puede ser asumido por la Sala. Ciertamente, como señalan las Sentencias del T. Supremo de 6 de Mayo de 1992 y 13 de Diciembre de 1993, la punición de los delitos contra la propiedad industrial tiene un doble fundamento, por una parte se protegen los intereses de los consumidores, que de esta manera ven favorecidas unas mejores posibilidades de asegurar la calidad deseada en las mercancías que adquieren, y, por otro, se protegen los intereses de la empresa titular del derecho de propiedad industrial, a quien se permite el goce de la correspondiente rentabilidad a que aspira mediante el cumplimiento estricto de las normas estatales que se le imponen. Pues bien, aún cuando en el caso debatido no puedan entenderse lesionados los derechos de los consumidores, por las razones expuestas en la sentencia recurrida, lo que no cabe duda es que en el presente caso han sido lesionados los derechos patrimoniales del titular de la obtención (el obtentor), que tiene un derecho patrimonial, que el propio Reglamento (CE) 2100/1994 califica como asimilado al derecho de propiedad (Artículo 22), y que le otorga la facultad exclusiva de producir, reproducir, acondicionar, propagar, vender, comercializar, exportar, importar o almacenar la obtención vegetal de que se trate, de suerte que cualquiera de estas operaciones que pretenda realizar un tercero requerirá la previa licencia del titular, generándose de esta forma un

que éstos constituyen la esencia del bien jurídico protegido del tipo penal previsto en el art. 274.4 del Código.

2 Objeto material

Con arreglo al art. 13 LOV, el derecho del obtentor no sólo abarca el material de reproducción o multiplicación de la variedad vegetal protegida, sino también, en las condiciones antes expuestas, el producto de la cosecha y los productos fabricados directamente a partir de un producto de la cosecha. De igual modo, a tenor del mismo precepto, el derecho se extiende también a las variedades derivadas esencialmente de la variedad inicial protegida, a las variedades que no se distingan claramente de la variedad protegida y a las variedades cuya producción necesite el empleo repetido de la variedad protegida.

Ello no obstante, si revisamos el tenor literal del art. 274.4 CP, podremos fácilmente observar que sólo contempla el material vegetal de reproducción o multiplicación de la variedad vegetal protegida, excluyendo el producto de la cosecha y los productos que deriven directamente de éste. De este modo, el objeto material de estas infracciones penales son las obtenciones vegetales en cuanto variedades vegetales protegidas conforme a la legislación nacional (Ley 3/2000 de Régimen Jurídico de la Protección de las Obtenciones Vegetales) o de la Unión Europea (Reglamento nº 2100/94 del Consejo, de 27 de julio de 1994, relativo a la Protección Comunitaria de las Obtenciones Vegetales), exclusivamente en su material vegetal de reproducción o multiplicación.

Es necesario precisar que ni el CUPOV ni la LOV definen qué debe entenderse por material de reproducción (sexual) o multiplicación (vegetativa o no sexual), cuestión por lo demás extremadamente compleja puesto que puede variar notablemente de unos determinados tipos de plantas a otros. Se ha propuesto¹⁰, por ello, partir de una orientación finalista que comprenda cualquier material susceptible de ser usado para la producción de la variedad vegetal, incluyendo por supuesto las semillas, los tubérculos, los bulbos, los esquejes y la planta entera, así como cualquier parte de la misma que pueda resultar útil para esta fin (como sucede con muchas especies botánicas, por ejemplo el geranio), es decir, con la que se pueda conseguir la planta entera o de la que se puedan extraer las semillas de la misma, o ambas cosas, lo que incluiría a las células y líneas celulares de la planta si permiten conseguir estos objetivos. O incluso partes de plantas distintas de las habitualmente empleadas para la producción de la variedad con fines de reproducción o multiplicación. Así, por ejemplo, podría multiplicarse *in vitro* tejido vegetal obtenido de una hoja para producir clones de la planta. Las hojas no son un material de reproducción o de multiplicación típico, aunque en este caso, al ser utilizadas para clonar plantas (es decir, para multiplicar la variedad), podrían considerarse material de multiplicación.

Por el contrario, debe estimarse incluido en el objeto material del tipo penal el material de reproducción o multiplicación de las variedades derivadas esencialmente de la variedad inicial protegida, de las variedades que no se distingan

perjuicio al obtentor, económicamente evaluable, al haber sido privado de los beneficios que esa producción o comercialización exclusiva le hubiera reportado”.

¹⁰ MARCO ARCALÁ, L.A. “Variedades vegetales: el requisito de la novedad”, en AA. VV. *Derecho de las obtenciones vegetales* (Dir. GARCÍA VIDAL, A.). Valencia. 2017. Págs. 336 y 337.

claramente de la variedad protegida y de las variedades cuya producción necesite el empleo repetido de la variedad protegida, puesto que todas ellas son variedades vegetales a las que alcanza el derecho del obtentor.

3 Sujetos

3.1 Sujeto activo

Sujeto activo de estos delitos puede ser cualquiera. Sin embargo, dadas sus especiales características, es frecuente que sean cometidos por personas jurídicas.

En estos supuestos, MARTÍN URANGA¹¹ distingue dos posibilidades de actuación:

- La de las empresas que, merced a la actividad de organizaciones dirigidas al espionaje industrial, logran utilizar ilegítimamente invenciones u obtenciones vegetales de forma sistemática (supuestos próximos a toda la problemática de la delincuencia organizada).
- La de la empresa que, en el transcurrir de una actividad productiva lícita, emplea de manera eventual las obtenciones ajenas.

3.2 Sujeto pasivo

Sujeto pasivo de estas infracciones es el titular del derecho de la obtención vegetal, es decir, el obtentor, que puede ser una persona física o jurídica.

El obtentor puede ser, por ejemplo, un horticultor no profesional, un agricultor, un científico, una institución dedicada al fitomejoramiento o una empresa especializada en fitomejoramiento.

3.3 Supuesto específico del trabajador por cuenta ajena o empleado público

Cuando el que haya creado o descubierto y desarrollado una variedad vegetal nueva sea un trabajador por cuenta ajena o un empleado público pueden darse dos situaciones, según cual sea el objeto de la relación laboral o funcionarial que ligue a dicho trabajador o empleado público con su empleador.

En tales casos, según dispone el art. 10 LOV, el derecho de obtentor se regirá por la normativa aplicable a la relación de servicios de que se trate y, en su defecto, se aplicará supletoriamente la regulación de las invenciones laborales, contenida en la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.

El art. 15.1 de dicha Ley establece: “*Las invenciones realizadas por el empleado o prestador de servicios durante la vigencia de su contrato o relación de empleo o de servicios con el empresario que sean fruto de una actividad de investigación explícita o implícitamente constitutiva del objeto de su contrato pertenecen al empresario*”. Por el contrario, según el art. 16, las invenciones en cuya realización no concurren estas circunstancias pertenecen al trabajador, autor de las mismas, y su empleador, si utiliza sin autorización del trabajador su innovación vegetal, podría incurrir en el delito que analizamos.

Sobre esta materia, la STS 1171/1999, de 31 de diciembre, en interpretación del art. 15 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, vigente en aquel

¹¹ MARTÍN URANGA, A. *La protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas. Especial consideración de su protección penal*. Granada. 2003. Pág. 457.

momento, y que se reproduce de manera idéntica en la actual Ley de Patentes de 2015, señaló que *“una hermenéutica literal y razonable de dicho precepto, determina que, cuando se habla de «las invenciones realizadas por el trabajador durante la vigencia de su contrato, relación de trabajo o de servicios con la empresa», habrá de entenderse, con la mejor doctrina que, la referencia a «relación de servicios con la empresa», en pura hermenéutica técnico/jurídica, no conduce a sostener que, en todo caso, ha de tratarse de servicios que sean siempre prestados por el trabajador nominalizado quien los prestará a resultas de un preexistente contrato o relación de trabajo, sino que, cuando se trata de «prestación de servicios con la empresa», sin más, es evidente que la cualidad de prestatario, no se integrará en la categoría del trabajador, sino en la inmanente a una auténtica «locatio operarum», esto es, un prístino arrendamiento de servicios, en el que, el arrendador-profesional, desempeña un quehacer a favor del arrendatario-dueño, merced a una derivada contraprestación”*¹².

Estas disposiciones de la Ley de Patentes de 2015 son asimismo aplicables a los funcionarios, empleados y trabajadores del Estado, Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios y demás Entes Públicos, sin perjuicio de lo previsto en el art. 21 de ese mismo texto legal (art. 20 LP 2015). Dicho precepto, dispone que las invenciones realizadas por el personal investigador de los Centros y Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado, de los Centros y Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas, de las Universidades Públicas, de las Fundaciones del Sector Público Estatal y de las Sociedades Mercantiles Estatales pertenecerán a las entidades cuyos investigadores las hayan obtenido en el ejercicio de las funciones que les son propias, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica por la que estén vinculados a ellas, salvo que el organismo o entidad pública decida ceder su derecho al autor de la invención.

4 Conducta típica

El art. 274.4 del Código Penal contiene dos conductas típicas que, si bien guardan semejanzas en cuanto a sus elementos esenciales, presentan diferencias que es necesario poner de relieve.

4.1 Modalidad del párrafo 1º del apartado 4

“Será castigado con las penas de uno a tres años de prisión el que, con fines agrarios o comerciales, sin consentimiento del titular de un título de obtención vegetal y con conocimiento de su registro, produzca o reproduzca, acondicione con vistas a la producción o reproducción, ofrezca en venta, venda o comercialice de otra forma, exporte o importe, o posea para cualquiera de los fines mencionados, material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación nacional o de la Unión Europea sobre protección de obtenciones vegetales”.

Hay que tener en cuenta que esta norma posee la característica de ser una norma penal en blanco, pues reproduce los contenidos desarrollados en el art. 12.2 LOV, el cual prevé las distintas actuaciones que, con carácter exclusivo, podrá

¹² Sobre las invenciones laborales en la Ley de Patentes, Vide. también SAP de Cantabria (Sección 4ª) nº 361/2001, de 12 de junio.

realizar el obtentor de una variedad vegetal respecto del material vegetal de reproducción o multiplicación de ésta. Así las cosas, la primera cuestión que surge es la relativa a la posible colisión de leyes.

Si bien por una parte de la doctrina se ha criticado este solapamiento de conductas, fundamentalmente aduciendo una probable extralimitación del principio de intervención mínima del Derecho Penal, otros, como MORÓN LERMA¹³, llegan incluso a estimarlo positivo, en cuanto que el objeto material del tipo penal difiere del contenido del derecho del obtentor conforme a la LOV.

Como ya hemos dicho al estudiar el objeto material del tipo penal contenido en el art. 274.4 CP, éste sólo se refiere al material vegetal de reproducción o multiplicación de la variedad vegetal protegida, por lo que la consecuencia lógica a la que llegamos es que la tipicidad penal queda limitada a las actuaciones que se refieran específicamente a este objeto material, excluyendo, por tanto, el producto de la cosecha y los productos que deriven directamente de éste que, según el art. 13 LOV, sí entran dentro del ámbito civil de protección. Esto, entendemos, constituye una clara diferenciación entre la protección penal y la civil, que proporciona un elemento de restricción del ámbito punible perfectamente compatible con el principio de intervención mínima del Derecho Penal.

Por lo que se refiere a la conducta típica, el delito se comete cuando el sujeto activo realiza cualquiera de los actos enumerados en el precepto penal. Son, pues, alternativos, y aunque se han transcrito antes, es necesario citarlos de nuevo por razones de sistemática. Éstos son: la producción o la reproducción (multiplicación), el acondicionamiento a los fines de la reproducción o de la multiplicación, la oferta en venta, la venta o cualquier otra forma de comercialización, la exportación, la importación y la posesión para cualquiera de estos fines.

4.2 Modalidad del párrafo 2º del apartado 4

“Será castigado con la misma pena quien realice cualesquiera de los actos descritos en el párrafo anterior utilizando, bajo la denominación de una variedad vegetal protegida, material vegetal de reproducción o multiplicación que no pertenezca a tal variedad”.

La conducta típica consiste en realizar cualquiera de las actividades previstas en el párrafo anterior, por lo que la conexión entre ambos preceptos es más que evidente, así como con el art. 12.2 LOV.

Por lo demás, el objeto material se concreta también en el material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida, excluyéndose el material cosechado o producto de la cosecha obtenido por utilización no autorizada de material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida, y los productos fabricados directamente a partir de un producto de cosecha de la variedad protegida por utilización no autorizada de dicho producto de la cosecha.

Finalmente, y como particularidad de este precepto, dice MORILLAS CUEVA¹⁴ que en la hipótesis de este párrafo la relevancia del consentimiento del obtentor no tiene la misma incidencia que en el anterior, pues aquí puede jugar como

¹³ MORÓN LERMA, E. *Comentarios al nuevo Código Penal*. (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.). 3ª edición. Navarra. 2004. Pág. 1373.

¹⁴ MORILLAS CUEVA, L. *Protección jurídico-penal de las obtenciones vegetales*. VLex-324606. Pág. 13.

forma de autoría o de participación delictiva, en la medida en que puede ser un obtentor quien utilice material vegetal de reproducción o de multiplicación que no pertenezca a la variedad que él tenga registrada, pero empleando la denominación de ésta.

5 Elemento subjetivo

El elemento subjetivo del tipo penal viene definido por el propio tenor literal del mismo. Así, el art. 274.4 CP exige, en primer lugar, la falta de consentimiento del titular y, en segundo lugar, el conocimiento de la inscripción registral de la variedad vegetal por el sujeto activo.

En cuanto al primer requisito, se configura una exigencia en forma de elemento del tipo redactado de modo negativo y que enlaza directamente con el derecho de exclusividad que fundamenta el bien jurídico protegido, para destacar la naturaleza individual y disponible de éste¹⁵. Y en relación con el segundo, es necesaria la previa inscripción registral de la obtención vegetal en el Registro Oficial de Variedades Protegidas, que regula el art. 33 LOV y el conocimiento de la misma por el sujeto activo.

Además de esto, el legislador añade lo que para la mayoría de la doctrina¹⁶ es un elemento subjetivo del injusto: que la conducta se realice con fines agrarios o comerciales. Y es un elemento subjetivo del injusto porque para que la conducta se estime delictiva el sujeto activo ha de actuar con estas finalidades.

Esta posición se ratifica por lo dispuesto en el art. 15 LOV, cuando excluye de los derechos del obtentor y, por tanto, de la protección de la obtención vegetal:

- Los actos realizados en un marco privado con fines no comerciales.
- Los actos realizados a título experimental.
- Los actos realizados a los fines de la creación de nuevas variedades, a menos que las nuevas variedades sean variedades esencialmente derivadas de la variedad protegida, o que no se distinguen claramente de la variedad protegida, o que sean variedades cuya producción necesite el empleo repetido de la variedad protegida.

Todo esto implica la no penalización en estos delitos de la comisión imprudente y, aunque sea más discutible, la exclusión del dolo eventual. En otras palabras, se requiere dolo directo para la comisión de estos hechos delictivos.

Y en relación con la cuestión debatida de si es necesario un requerimiento previo del titular del derecho a quien realiza la actividad ilícita para que se cometa el delito, la SAP de Teruel (Sección 1ª) nº 21/2007, de 5 de septiembre, dice al respecto: *“El tipo del delito objeto de enjuiciamiento precisa de un elemento subjetivo de lo injusto, de un dolo defraudatorio que se manifiesta en el conocimiento previo por parte del agente de que la variedad vegetal que produce, acondiciona o vende es objeto de protección, y de que tales actos se realizan sin el consentimiento o autorización del titular de la protección. Ciertamente hay que*

¹⁵ Esta conclusión viene corroborada por lo dispuesto en el art. 20.1 LOV, según el cual: *“Los derechos derivados de una solicitud debidamente presentada y el derecho del obtentor son transmisibles por cualquiera de los medios admitidos en derecho, sin perjuicio de las limitaciones establecidas en la Ley”*.

¹⁶ MORILLAS CUEVA, L. *Protección jurídico-penal...* Cit. Pág. 14.

convenir con la parte recurrente, en contra de lo que parece sostener la sentencia recurrida, que ese elemento subjetivo no implica la necesidad de que exista un requerimiento previo del titular del derecho a quien realiza la actividad ilícita para que se consume el delito, pero sí que resulta necesaria la existencia de alguna prueba de aquél conocimiento, prueba que, en la mayoría de los casos habrá que obtenerla por vía indirecta o indiciaria, deduciéndola de las circunstancias que rodean al hecho, pues difícilmente se podrá disponer de un reconocimiento explícito por parte del imputado. Por otra parte ese conocimiento no debe ser exhaustivo y detallado, bastando con que se tenga conciencia de que se está produciendo o comercializando de cualquier modo una variedad registrada, aún cuando no se conozca con exactitud cual es el Registro que ampara la variedad o el alcance de dicha protección”.

IV ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- GALLEGO SÁNCHEZ, E. *Derecho Mercantil. Parte Primera, 4ª edición*. Valencia. 2017.
- GARCÍA VIDAL, A. “El sistema de protección de las variedades vegetales”, en AA.VV. *Derecho de las obtenciones vegetales*. (Dir. GARCÍA VIDAL, A.). Valencia. 2017.
- MARCO ARCALÁ, L.A. “Variedades vegetales: el requisito de la novedad”, en AA. VV. *Derecho de las obtenciones vegetales*. (Dir. GARCÍA VIDAL, A.). Valencia. 2017.
- MARTÍN URANGA, A. *La protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas. Especial consideración de su protección penal*. Granada. 2003.
- MORILLAS CUEVA, L. *Protección jurídico-penal de las obtenciones vegetales*. VLex-324606.
- MORÓN LERMA, E. *Comentarios al nuevo Código Penal*. (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.). 3ª edición. Navarra. 2004.
- PALAU RAMÍREZ, F. “Alcance de los derechos de obtención vegetal y protección provisional de la solicitud”, RDM, 266 (2007).
- PETIT LAVALL, Mª V. “Derechos del titular de una obtención vegetal” en AA. VV. *Derecho de las obtenciones vegetales*. (Dir. GARCÍA VIDAL, A.). Valencia. 2017.