

# LA PROTECCIÓN DE LA BIOTECNOLOGÍA APLICADA A LAS PLANTAS A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL: EL DELITO CONTRA LAS OBTENCIONES VEGETALES EN EL MARCO DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

## THE PROTECTION OF BIOTECHNOLOGY APPLIED TO PLANTS THROUGH CRIMINAL LAW: THE CRIME AGAINST PLANT VARIETIES IN THE FRAMEWORK OF CRIMES AGAINST INDUSTRIAL PROPERTY

María Isabel Montserrat Sánchez-Escribano<sup>1,a</sup>

<sup>1</sup> Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal Facultad de Derecho de la Universitat de les Illes Balears, Edificio Gaspar Melchor de Jovellanos, Campus Universitario, Ctra. de Valldemossa Km 7.5, 07122Palma de Mallorca, España

✉ [a Isabel.montserrat@uib.es](mailto:a Isabel.montserrat@uib.es)

### Resumen

Este trabajo analiza la problemática que se plantea en torno al ámbito aplicativo del artículo 273.4 del Código penal, que protege el derecho de exclusiva explotación económica de los titulares de creaciones o invenciones en el campo de la botánica, las llamadas obtenciones vegetales, en el marco de los delitos contra la propiedad industrial.

**Palabras clave:** vegetales; biotecnología; propiedad industrial; invenciones; patentes.

### Abstract

This work analyzes the problems that arise around the scope of application of article 273.4 of the Penal Code, which protects the right of exclusive economic exploitation of the owners of creations or inventions in the field of botany, the so-called plant varieties, within the framework of crimes against industrial property.

**Keywords:** plant varieties; biotechnology; industrial property; inventions; patents.

## I. INTRODUCCIÓN

España es desde hace años el primer país productor de alimentos transgénicos de la Unión Europea y de la EFTA<sup>1</sup>, y actualmente ocupa el decimosexto puesto en exportaciones agroalimentarias a nivel mundial y el cuarto puesto a nivel europeo<sup>2</sup>, con un número de ventas total de 50.349 millones de euros en 2018 y 52.530 millones en 2019 (un incremento de un 4% respecto del 2018). En las últimas décadas, la necesidad de dar respuesta a este mercado, cada vez más extendido, ha generado un importante crecimiento de la producción agrícola, lo que, a la vez, ha requerido asegurar que dicha producción llegue a buen término. La consecución de este objetivo se ha arbitrado a través de la aplicación de la biotecnología a las plantas, cuya utilización ha permitido la creación de nuevas variedades vegetales, de características superiores a las existentes, más resistentes a plagas y más productivas<sup>3</sup>.

En este campo, pues, se han realizado importantes inversiones, las cuales han estimulado la investigación en el sector agrícola y, con ello, la aparición de multitud de nuevas variedades. El reto al que ahora mismo nos enfrentamos radica en ofrecer una adecuada protección a los creadores de estas obtenciones frente a posibles utilizaciones no autorizadas de las mismas. Esto ha tenido lugar a través de los derechos vinculados a la propiedad industrial, al amparo de los cuales se ha dado cobertura a todas las creaciones o invenciones en el campo de la botánica y, en particular, a las obtenciones vegetales, mediante la concesión a su titular de un derecho exclusivo de explotación económica. Desde esta perspectiva, el presente artículo tiene como objeto de estudio analizar la forma en que se ha traducido este marco específico de protección en el Derecho penal, un tema con gran interés práctico pero escasamente tratado tanto en la doctrina penal como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el que cada vez es más numerosa la jurisprudencia menor.

## II. LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS OBTENCIONES VEGETALES

En España, las obtenciones vegetales se han protegido de forma específica a través del Derecho penal con carácter relativamente reciente. Obviando ciertos antecedentes históricos<sup>4</sup>, el Código penal de 1995 en su redacción inicial no contenía ninguna referencia a las mismas, sino que fue la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la que incorporó dos delitos contra las obtenciones vegetales en los apartados 3 y 4 del artículo 274 del Código penal, el primero tutelando los derechos de exclusiva del beneficiario de un título de obtención vegetal y, el segundo, protegiendo su denominación.

---

<sup>1</sup> MARTINEZ CAÑELLAS, A.: "La protección dual de la propiedad industrial de las plantas transgénicas: como invenciones y como variedades vegetales", en *Indret*, pág. 5. En materia de transgénicos, resulta también de interés el informe Global Status of Commercialized Biotech/GM Crops in 2017, disponible en: [https://www.argenbio.org/adc/uploads/ISAAA\\_2017/isaaa-brief-53-2017.pdf](https://www.argenbio.org/adc/uploads/ISAAA_2017/isaaa-brief-53-2017.pdf)

<sup>2</sup> <https://www.europapress.es/economia/noticia-exportaciones-agroalimentarias-crecieron-41-2019-maximo-historico-52530-millones-20200722140644.html> Véanse también los Informes del Observatorio del Sector Agroalimentario español: <https://www.cajamar.es/es/pdf/observatorio-sector-agro.pdf>

<sup>3</sup> Circular 1/2006, de 22 de enero, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la ley orgánica 15/2003, pág. 78.

<sup>4</sup> A ellos se refiere con detalle SEGURA GARCÍA, M<sup>a</sup> J., *Los delitos contra la propiedad industrial en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch "Colección los delitos", Valencia, 2005, pág. 56.

En el año 2015, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, desplazó ambas conductas al apartado 4, concretizó su pena y modificó levemente la descripción típica del precepto, en el sentido que más adelante se comentará<sup>5</sup>. Su redacción actual es la que sigue:

*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.*

*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.*

Actualmente, el Código penal protege las obtenciones vegetales entre los delitos contra la propiedad industrial<sup>6</sup>, concretamente en el apartado 4 artículo 274, relativo a los signos distintivos. Este precepto pretende adaptarse a las necesidades de la vigente regulación extrapenal en la materia, contenida en el la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales y en el Reglamento (CE) núm. 2100/94 del Consejo de 27 de julio de 1994, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales<sup>7</sup>, lo que ha traído como corolario una norma penal extremadamente deudora de dicha normativa, integrada por numerosos conceptos normativos, y un completo solapamiento entre el ilícito civil y el penal, tal y como se pondrá de relieve con la lectura del presente texto.

A ello cabe añadir una crítica más, y es la relativa a la ubicación sistemática de la conducta entre los delitos contra los signos distintivos. Aunque efectivamente este tipo penal debe mantenerse entre los delitos contra la propiedad industrial (las obtenciones vegetales son como se ha dicho invenciones sobre plantas), lo más adecuado sería ubicarlo separadamente en un nuevo artículo 273 *bis*, dado que la naturaleza de las obtenciones vegetales es completamente distinta a la de los signos distintivos. Así, mientras el signo distintivo forma parte del grupo de derechos de la propiedad industrial que permiten diferenciar a cada empresa en el mercado y facilitan la identificación de sus productos (estos son, concretamente, la marca, el nombre comercial, el rótulo de establecimiento y las denominaciones de origen)<sup>8</sup>, las obtenciones vegetales son invenciones en el campo de la botánica que tienen por objeto la creación de nuevas variedades vegetales<sup>9</sup>. En este sentido, su

<sup>5</sup> Véase III. Objeto material. D) Análisis de la exigencia de que una variedad esté “protegida”: especial comentario a la protección penal de las obtenciones vegetales durante el periodo de protección provisional

<sup>6</sup> Los delitos contra la propiedad industrial están regulados en los artículos 273 a 277 del Código penal, Sección 2ª De los delitos relativos a la propiedad industrial del Capítulo XI De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores del Título XIII, rubricado Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.

<sup>7</sup> Según se ha indicado en el apartado I. Introducción, las obtenciones vegetales cuentan con un sistema específico de protección tanto a nivel supranacional como nacional, de modo que la legislación nacional supone la adaptación de la legislación española al Derecho Internacional unificado en la materia. Este marco regulatorio fue originariamente establecido por el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, firmado en París el 2 de diciembre de 1961 y sucesivamente modificado en 1972, en 1978 y en 1991. En el ámbito de la Unión Europea se ha aprobado el Reglamento (CE) núm. 2100/94 del Consejo de 27 de julio de 1994, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales. Y en el ámbito nacional en España actualmente rige en esta materia la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, desarrollada por el Real Decreto 1261/2005, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de protección de obtenciones vegetales.

naturaleza es más similar a la de las patentes que a la de los signos distintivos. De ahí que, sin duda, sea más apropiado acercar el tipo penal a los delitos que protegen las patentes.

### III. LOS DERECHOS DE EXCLUSIVIDAD DEL OBTENTOR COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Teniendo en cuenta que, según se ha comentado, las obtenciones vegetales son expresión de la relación entre el Derecho y la inventiva humana y, como tales, forman parte de los derechos de propiedad industrial<sup>10</sup>, resulta fácilmente deducible que el bien jurídico del delito que las protege deba corresponderse con el que sustenta al relativo a este conjunto de derechos. No existe, sin embargo, un consenso unánime en la doctrina sobre cuál es el interés contra el que atentan este género de conductas. De hecho, es posible diferenciar al respecto tres tendencias.

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia atribuye a estos delitos una naturaleza individual y un cariz patrimonial. En este sentido, este sector considera que el bien jurídico es la explotación exclusiva de los derechos de propiedad industrial<sup>11</sup>, más aún hay quienes, sin abandonar esta fundamentación individual del bien jurídico, dirigen la atención hacia uno de los dos aspectos mencionados, ya sea la intangibilidad de la exclusividad de tales derechos<sup>12</sup>, ya sea el propio patrimonio<sup>13</sup>. Otro sector, minoritario, de la literatura jurídica atribuye, en cambio, a estos delitos una naturaleza supraindividual, entendiendo que afectan también al orden socioeconómico, en tanto que garantizan el correcto funcionamiento del mercado (libertad de mercado) y/o el derecho de competencia<sup>14</sup>. Finalmente, algunas opiniones

---

<sup>8</sup> Sobre signos distintivos, véase artículo 1.1 de la Ley 17/2001, de 7 de Diciembre, de Marcas y entre otros: BARRERO RODRÍGUEZ, E.: "Algunos aspectos de la reforma del Derecho español de los signos distintivos. Consideraciones sobre la Ley 17/2001, de marcas", en *Revista de derecho mercantil*, 245, 2002, págs. 1425-1460. RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, J. C.: "Teoría general de los signos distintivos", en *Revista la propiedad inmaterial*, 18, 2014, pág. 191 a 219.

<sup>9</sup> Circular 1/2006, de 22 de enero, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la ley orgánica 15/2003, pág. 78.

<sup>10</sup> Estos comprenden todas las invenciones o innovaciones, las creaciones formales de aplicación industrial o artística y los signos distintivos de carácter mercantil. JORGE BARREIRO, A.: "Delitos contra la propiedad industrial", en *Comentarios al Código penal RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.) y JORGE BARREIRO, Agustín (coord.)*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 783.

<sup>11</sup> BLANCO LOZANO, C.: "La reciente reforma de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, en el Código Penal español", en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 17, 2011, pág. 158. GÓMEZ RIVERO, M.: *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 340. MAPELLI CAFFARENA, B.: "Consideraciones en torno a los delitos contra la propiedad industrial", en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2003, y en *Derecho y conocimiento*, 1, pág. 114-116. VV.AA.: "Delitos contra la propiedad industrial", *Memento penal*, Francis Lefebvre, 2011, párrafo 11838 pág. 1071.

<sup>12</sup> GARCÍA RIVAS, N.: "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (14). Delitos contra la propiedad industrial", en *Derecho Penal. Parte Especial (BOIX REIG, (dir.))*, II, Iustel, Madrid, pág. 436. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (actualizado por RODRIGUEZ MORO, L.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 89; PAREDES CASTAÑÓN, J.: *La protección penal de las patentes e innovaciones tecnológicas*, McGraw-Hill, Madrid, 2001, pág. 45.

<sup>13</sup> FARALDO CABANA, P.: "Los delitos contra la propiedad industrial tras la reforma del Código Penal de 2015: análisis del artículo 274", en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, 35, 2014-2015, págs. 359, y LA MISMA: "Algunos aspectos relativos a los delitos contra la propiedad industrial tras la reforma de 2015", en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo Fernández*, Ramón Aceres, Madrid, 2016, pág. 939.

defienden su carácter mixto, patrimonial y socioeconómico, configurando el interés protegido en estos delitos como un bien jurídico de los denominados intermedios o espiritualizado<sup>15</sup>.

En mi opinión, el bien jurídico protegido es la legítima titularidad de las facultades de explotación exclusiva de los derechos de propiedad industrial objeto de registro y, en el caso que nos ocupa, la titularidad de las susodichas facultades en relación con las obtenciones vegetales. Nos encontramos, por tanto, ante un bien de carácter puramente individual y disponible, en el que la tipicidad se subordina a la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo, en el sentido de que este, el consentimiento del afectado, convierte la conducta en atípica. Por supuesto, con la protección de tales derechos se fortalecerán indirectamente las normas de la libre competencia y se acrecentará la defensa de los intereses específicos de consumidores y usuarios, pero una cosa son las consecuencias más o menos deseables de la tipificación penal y otra distinta el objeto jurídico de tutela.

Indiscutiblemente debe reconocerse a este interés una vertiente patrimonial, sobre todo teniendo en cuenta que la conducta se halla entre los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, que como elemento subjetivo del tipo se prevé que el autor persiga fines industriales o comerciales, y que la *ratio legis* persigue compensar la inversión económica realizada para lograr la invención y los ingresos a percibir como consecuencia de ser el creador de la misma<sup>16</sup>. No obstante, entiendo que el fundamento de la incriminación de este delito va más allá de lo estrictamente económico, no debiéndose soslayar el componente intelectual de la obtención, un aspecto que, a mi juicio, también es objeto de tutela. Me estoy refiriendo a la ideación o descubrimiento de la una nueva variedad vegetal y la dedicación personal del obtentor a esa nueva invención, que es tanto o al menos igual de importante que los derechos patrimoniales derivados del título registral. De ahí la relevancia de que la titularidad sea legítima y de que, por tanto, la obtención vegetal se encuentre debidamente inscrita en el correspondiente registro.

#### **IV. OBJETO MATERIAL DEL DELITO: EL MATERIAL VEGETAL DE REPRODUCCIÓN O MULTIPLICACIÓN DE UNA VARIEDAD VEGETAL**

---

<sup>14</sup> DE LA MATA BARRANCO, N.: "Delitos contra la propiedad intelectual e industrial y violación de secretos de empresa", en *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, pág. 343. GONZALEZ RUS, J.J.: "Delitos contra la propiedad industrial", en *Derecho penal. Parte Especial* (MORILLAS CUEVA, L. (dir:)), Dykinson, Madrid, pág. 583.

<sup>15</sup> SEGURA GARCÍA, M. J.: *Los delitos contra la propiedad industrial en el Código penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 26-28. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 428.

<sup>16</sup> Así, la Exposición de Motivos de la Ley 3/2000, de 7 de enero expone que *se trata de tutelar las costosas inversiones necesarias para obtener una nueva variedad vegetal, así como estimular la investigación, con ello se facilita el acceso de los agricultores a las nuevas tecnologías, se incrementa la productividad y se mejora la competitividad de los productos y renta de los agricultores*. Explica MARTINEZ CAÑELLAS que el agricultor que usa semillas transgénicas se aprovecha de dichas mejoras, pues consigue la reducción de los costes de preparación del terreno, una mayor resistencia de las plantas a la pobreza de los suelos, al estrés hídrico, a las inundaciones, a las heladas y a las plagas, o el incremento del rendimiento por planta... En consecuencia, el inventor merece ver su actividad recompensada. El esfuerzo creador de un organismos modificados genéticamente es importante y la inversión fuerte, pero los productos obtenidos pueden ser beneficiosos para la comunidad, por ello el legislador otorga a sus inventores un monopolio legal que permite explotar dicha invención excluyendo a los demás de producir, usar, vender u ofrecer en venta los organismos modificados genéticamente durante un tiempo determinado. MARTINEZ CAÑELLAS, A.: "La protección dual de la propiedad industrial de las plantas transgénicas: como invenciones y como variedades vegetales", en *InDret*, pág. 5; y Circular 1/2006, de 22 de enero, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la ley orgánica 15/2003, pág. 78.

## PROTEGIDA CONFORME A LA LEGISLACIÓN NACIONAL O DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE PROTECCIÓN DE OBTENCIONES VEGETALES

El objeto material del delito es el 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. Como se ve, todos estos conceptos son elementos normativos<sup>17</sup>, de modo que su significación deberá determinarse conforme a la normativa extrapenal. Así pues, será necesario definir qué son variedades vegetales, cuál es el material de reproducción o multiplicación de las mismas, y, además, identificar cuáles de estas variedades son objeto de protección. Esto, nótese, aunque en la práctica judicial este paso resultará bastante más sencillo, pues valga adelantar por ahora que, en principio, ello supondrá meramente comprobar si una variedad es objeto de registro en el correspondiente Registro de Obtenciones Vegetales, al que se hará referencia más tarde.

### A) CONCEPTO DE VARIEDAD VEGETAL

La noción de variedad vegetal se encuentra recogida en el artículo 2.1 (puesto en relación con el artículo 4) de la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales<sup>18</sup>, que, *a grosso modo*, define como tal a todo conjunto de plantas de todos los géneros y especies vegetales, incluidos los híbridos<sup>19</sup>, con el mismo taxón botánico (del rango más bajo)<sup>20</sup>, un genotipo propio<sup>21</sup> y capacidad de reproducirse sin alteración<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> Y, en contra de lo que ha afirmando alguna que otra sentencia, no es una norma penal en blanco porque el legislador define las conducta punibles.

<sup>18</sup> Este precepto define variedad vegetal como *un conjunto de plantas de un solo taxón botánico del rango más bajo conocido que, con independencia de si responde o no plenamente a las condiciones para la concesión de un derecho de obtentor, pueda: a) Definirse por la expresión de los caracteres resultantes de un cierto genotipo o de una cierta combinación de genotipos. b) Distinguirse de cualquier otro conjunto de plantas por la expresión de uno de dichos caracteres por lo menos, y c) Considerarse como una unidad, habida cuenta de su aptitud a propagarse sin alteración. 2. A los efectos de esta Ley se entiende por conjunto de plantas el formado por plantas enteras o partes de plantas, siempre que dichas partes puedan generar plantas enteras.*

<sup>19</sup> Un híbrido es una planta resultado de un cruce de variedades o especies diferentes, con el deseo de reproducir en la descendencia algunos de los caracteres de los parentales. GARCIA VIDAL, A.: “La variedad vegetal como objeto de protección”, en *Derecho de las Obtenciones Vegetales* (GARCIA VIDAL, A. (dir.)), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 274.

<sup>20</sup> Un taxón es un grupo de plantas con determinadas características comunes y hereditarias. La propia Oficina de Protección de las Variedades Vegetales aclara para entender este concepto debe atenderse a los rangos utilizados en la clasificación de las plantas, que son por orden descendente: reino, división, clase, orden, familia, género y especie. Véase The UPOV system of Plant Variety Protection, disponible en: [https://www.upov.int/about/en/upov\\_system.html](https://www.upov.int/about/en/upov_system.html)

<sup>21</sup> El genotipo o genoma es el conjunto de genes que integran a un organismo y que, por tanto, se utilizan para identificarlo y diferenciarlo de los demás. Últimamente algunos autores la doctrina mercantilista apuntan, sin embargo, al fenotipo, es decir, la apariencia morfológica de la planta, y no al genotipo como elemento determinante y más preciso para identificar una variedad vegetal nueva. Véanse, por GARCIA VIDAL, A.: *La variedad vegetal como objeto de protección*, en *Derecho de las Obtenciones Vegetales* (GARCIA VIDAL, A. (dir.)), Tirant lo Blanch, 2017, pág. 273 y ARCUDIA HERNÁNDEZ, C.: “El régimen de protección jurídica de las obtenciones vegetales en México: propuestas para una mejor adaptación al sistema CUPOV”, en *Revista de la propiedad inmaterial*, 19, 2015, pág. 102.

<sup>22</sup> Debe reseñarse que el precepto no hace referencia al método de obtención utilizado para crear la nueva variedad vegetal, por lo que cabrá entender como tal cualquiera de los posibles, es decir, ya sea como consecuencia de la aplicación de las técnicas tradicionales del cruzamiento y la selección, o provengan de otros novedosos procesos biotecnológicos.

El apartado 2 del propio artículo 2 extiende la protección a todos los componentes de una variedad vegetal, esto es, tanto a las plantas enteras como a las partes de dichas plantas. En este sentido, explica el mercantilista GARCIA VIDAL que en la actualidad tienen una mayor importancia económica las partes de plantas que las plantas enteras (esquejes), puesto que son las que se utilizan con mayor habitualidad para la reproducción y multiplicación de la planta<sup>23</sup>.

Además, debe subrayarse que, aunque la expresión conjunto de plantas hace referencia a un grupo de plantas en plural, en ella deben entenderse englobadas también aquellas variedades que estén representadas por una única planta<sup>24</sup>.

## **B) NOCIÓN DE VARIEDAD VEGETAL PROTEGIDA U “OBTENCIÓN VEGETAL”: REQUISITOS PARA CONSIDERAR UNA VARIEDAD VEGETAL SUSCEPTIBLE DE PROTECCIÓN**

Nótese que el concepto de variedad vegetal descrito lo es con independencia de si la misma cumple o no con los requisitos para la concesión del título de protección. De este modo, para que el obtentor de una variedad vegetal pueda ser beneficiario de dicho título, esta debe cumplir un conjunto de requisitos: de un lado, tener capacidad de reproducción o multiplicación y, de otro, tener las características de novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad. Veamos brevemente unas y otras:

### **1. LA SUSCEPTIBILIDAD DE GENERAR UNA NUEVA PLANTA: ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE MATERIAL DE REPRODUCCIÓN O MULTIPLICACIÓN**

Para empezar, el primer requisito que debe cumplir toda variedad vegetal protegible (sea planta entera o parte de planta) es que sea susceptible de generar una nueva planta entera, pues no quedarán englobadas dentro del concepto de variedad vegetal aquellas plantas o partes de planta que no posean esta característica. Esta capacidad es, pues, la condición indispensable para considerar incluidas tanto a las plantas únicas como a las partes de plantas dentro de la noción de obtenciones vegetales. Y, de hecho, esta capacidad es lo que convertirá a todas ellas en material de reproducción o multiplicación de la variedad. El material de reproducción o multiplicación es, pues, todo aquel que sirva para generar una nueva planta entera<sup>25</sup>. PALAU RAMIREZ recoge una enumeración de los elementos que integran dicho material: las plantas enteras, flores, frutos, semillas, simientes, esquejes, bulbos, raíces, hojas, injertos, yemas o incluso las células vegetales<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> GARCIA VIDAL, A.: “La variedad vegetal como objeto de protección”, en *Derecho de las Obtenciones Vegetales* (GARCIA VIDAL, A. (dir.)), Tirant lo Blanch, 2017, pág. 268.

<sup>24</sup> Notas explicativas sobre la definición de variedad con arreglo al Acta de 1991 del Convenio de la UPOV.

<sup>25</sup> Factor iii) recogido en las Notas explicativas sobre el material de reproducción o de multiplicación con arreglo al convenio de la upov, accesible en: [https://www.upov.int/edocs/expndocs/es/upov\\_exn\\_ppm.pdf](https://www.upov.int/edocs/expndocs/es/upov_exn_ppm.pdf)

<sup>26</sup> PALAU RAMIREZ, F.: “Alcance de los derechos de obtención vegetal y protección provisional de la solicitud”, *Revista de Derecho Mercantil*, págs. 1103 a 1122, 266, 2007, pág. 1111. PETIT LAVALL, M<sup>a</sup> V.: “Derechos del titular de una obtención vegetal”, págs. 533 a 572, en *Derecho de las Obtenciones Vegetales* (GARCIA VIDAL, A. (dir.)), Tirant lo Blanch, 2017, pág. 537.

## 2. LOS REQUISITOS DE LA PROTECCIÓN

Por su parte, el artículo 5 establece los requisitos para que una variedad vegetal sea susceptible de protección: novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad<sup>27</sup>. De ello se desprende que no todas las plantas que sean consideradas variedades vegetales serán objeto de protección, sino solo las que cumplan con los requisitos mencionados<sup>28</sup>. Así pues, es preciso distinguir lo que denominaríamos meras variedades vegetales, que serían aquellas plantas que pertenecen a una determinada categoría de la clasificación botánica y son una subespecie de la especie vegetal, en las que no se tienen en cuenta los condicionantes que la ley exige para su protección; y las obtenciones vegetales, que serían aquellas variedades vegetales que pueden protegerse mediante el derecho del obtentor porque cumplen con los requisitos necesarios para ello.

### C) EXTENSIÓN DEL CONCEPTO DE MATERIAL DE UNA VARIEDAD VEGETAL: EL PRODUCTO DE LA COSECHA, LAS VARIEDADES ESENCIALMENTE DERIVADAS Y LOS PRODUCTOS FABRICADOS CON EL PRODUCTO DE LA COSECHA

El artículo 13 de la mencionada Ley 3/2000, de 7 de enero, extiende la protección legal a las variedades esencialmente derivadas (apartado 3 del artículo 13) y al producto de la cosecha (apartado 1), así como prevé la posibilidad de ampliar reglamentariamente la protección a los productos fabricados con el producto de la cosecha (apartado 2). El objeto de la protección de la Ley abarca, pues, además de la variedad vegetal y sus componentes, estos tres elementos. Se presenta a continuación el análisis de cada uno de estos conceptos por separado:

#### 1. VARIEDADES ESENCIALMENTE DERIVADAS

El concepto de variedad esencialmente derivada se contiene en el apartado 4 del artículo 13<sup>29</sup>, que entiende como tal, en esencia, aquella para cuya creación se ha utilizado el genoma de una variedad ya registrada y que, por tanto, deriva de una variedad protegida (variedad inicial), pero que se distingue claramente de esta. La tutela extrapenal de estas variedades

---

<sup>27</sup> A juicio de la autora excede del presente trabajo el estudio pormenorizado de los requisitos mencionados. Un exhaustivo análisis de los mismos realizan MARCO ARCALÁ, L. A.: “Variedades vegetales: el requisito de la novedad”, en *Derecho de las obtenciones vegetales*, págs. 290 a 348, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; y GARCIA VIDAL, A.: “Los requisitos de la distinción, la homogeneidad y la estabilidad”, en *Derecho de las obtenciones vegetales*, págs. 349 a 395, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

<sup>28</sup> Indica SÁNCHEZ GIL que mientras que todas las obtenciones vegetales son variedades vegetales, no sucede lo mismo al revés. SANCHEZ GIL, O.: *La protección de las obtenciones vegetales. El privilegio del agricultor*, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Madrid, 2008, pág. 49.

<sup>29</sup> 4. (...), se considerará que una variedad es esencialmente derivada de otra variedad, denominada ésta última variedad inicial, si:

a) Se deriva principalmente de la variedad inicial, o de una variedad que a su vez deriva principalmente de la variedad inicial, conservando al mismo tiempo las expresiones de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial.

b) Se distingue claramente de la variedad inicial, y



se configura como una extensión del derecho de propiedad industrial derivado del título de obtención vegetal, debiéndose destacar, según indica GARCIA VIDAL, que lo que se produce no es una ampliación del concepto de variedad, sino del derecho del obtentor sobre la variedad inicial, el cual se extiende para permitir prohibir la comercialización o explotación de la variedad esencialmente derivada<sup>30</sup>.

Con ello, se pretende evitar que se pueda conseguir una nueva variedad vegetal realizando pequeñas modificaciones de nulo o escaso valor agrario o comercial sobre una variedad protegida (es lo que se conoce como plagio varietal), pero al mismo tiempo se crea una absoluta dependencia de la variedad derivada en relación con la variedad inicial, ya que si la variedad inicial no está protegida (bien porque hubiera expirado el plazo de protección, bien porque esta no se hubiera solicitado su registro), la protección no se ampliará a la variedad esencialmente derivada, y a la inversa<sup>31</sup>. Así, únicamente la variedad inicial debe estar registrada, pero este registro protegerá a las dos. No obstante, se ha de precisar que el hecho de que una variedad tenga la consideración de variedad esencialmente derivada no será obstáculo para su protección mediante su inscripción en el registro de variedades competente, ya que lo único que exige la ley para que sea posible su explotación comercial es el consentimiento del titular de la variedad inicial protegida<sup>32</sup>.

En consecuencia, puesto que a las variedades esencialmente derivadas se les aplica la misma protección que a las variedades iniciales, todo lo indicado respecto a estas en el apartado anterior les resultará de aplicación, incluido lo referente a su tutela penal. En este caso, sin embargo, ante una variedad esencialmente derivada será necesario comprobar si esta está registrada y, en caso de no ser así, hallar la variedad inicial y verificar si esta lo está. En caso afirmativo, cualquier acción típica cometida contra ella será delito.

## 2. PRODUCTO DE LA COSECHA

El producto de la cosecha viene a integrarse por los elementos de la planta que hayan sido obtenidos como consecuencia del cultivo, debiéndose entender como tal no solo el fruto de la planta (semillas, flores, frutas y verduras), sino la propia planta y sus partes. PETIT LAVALL explica que, en el ámbito mercantil, esta noción engloba todas aquellas plantas o partes de plantas que vayan a ser destinadas a la comercialización, con independencia de que al mismo tiempo constituyan o no material de reproducción o multiplicación<sup>33</sup>. Sin embargo, esta idea no puede ser trasladada al ámbito penal, en el cual, precisamente, solo queda amparado por la norma el material de reproducción o multiplicación de la variedad vegetal, lo que

---

*c) Salvo por lo que respecta a las diferencias resultantes de la derivación, es conforme a la variedad inicial en la expresión de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial.*

<sup>30</sup> GARCIA VIDAL, A.: “El privilegio del obtentor y las variedades esencialmente derivadas”, en *Derecho de las Obtenciones Vegetales* (GARCIA VIDAL, A. (dir.)), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 682.

<sup>31</sup> Notas Explicativas de las variedades esencialmente derivadas.

<sup>32</sup> GARCIA VIDAL, A.: “El privilegio del obtentor y las variedades esencialmente derivadas”, en *Derecho de las Obtenciones Vegetales* (GARCIA VIDAL, A. (dir.)), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 682.

<sup>33</sup> PETIT LAVALL, M<sup>a</sup> V.: “Derechos del titular de una obtención vegetal”, en *Derecho de las Obtenciones Vegetales* (GARCIA VIDAL, A. (dir.)), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 539.

implica reducir el ámbito de protección únicamente al producto de la cosecha que cumpla esta característica, esto es, a las semillas y a las plantas y a las partes de plantas.

### 3. PRODUCTO FABRICADO CON EL PRODUCTO DE LA COSECHA

Tal y como se ha indicado, el artículo 13.2 recoge la posibilidad de que reglamentariamente se extienda la protección a los productos fabricados con el producto de la cosecha (zumos, nectares, alimentos, etc.). Esta norma fue desarrollada por el artículo 7.1 del Real Decreto 1261/2005, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de protección de obtenciones vegetales, que desarrolla la Ley 3/2000, de 7 de enero. Sin embargo, este precepto fue anulado por la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 5 junio 2007<sup>34</sup>. En cualquier caso, es obvio que tales productos no pueden considerarse material de reproducción o multiplicación de la variedad vegetal.

### 4. ¿SISTEMA ESCALONADO DE PROTECCIÓN? INCOHERENCIA CON LA TUTELA PENAL DE LAS OBTENCIONES VEGETALES

Por consiguiente, la protección penal deberá extenderse a las variedades esencialmente derivadas y al producto de la cosecha con capacidad para generar una nueva planta. Esto ni siquiera ha sido cuestionado por la jurisprudencia<sup>35</sup>, que ha otorgado idéntica protección tanto al producto de la cosecha como a los propios componentes de la variedad vegetal protegida, obviando que esta protección no se encuentra al mismo nivel en el ámbito mercantil. Efectivamente, la extensión del derecho exclusivo del obtentor al material cosechado en la Ley 3/2000, de 7 de enero, tiene lugar mediante un sistema denominado “sistema royalty en cascada”. Ello implica que el obtentor no podrá elegir el momento en el que ejercitar las acciones en defensa de su derecho<sup>36</sup>, sino que primero deberá intentar tutelar el material de reproducción o multiplicación inicial y posteriormente el producto de la cosecha<sup>37</sup>. Sin embargo, en el ámbito penal es perfectamente viable, y así lo demuestra

---

<sup>34</sup> Sentencia de 5 de junio de 2007, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se anulan los artículos 7.1 y 18 del Real Decreto 1261/2005, de 21 de octubre, que aprobó el Reglamento de Protección de las Obtenciones Vegetales. Accesible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-21789> Sobre esta Sentencia puede leerse el comentario Sobre esta sentencia: BOTANA AGRA, M. “El Tribunal Supremo anula determinados preceptos del RD 1261/2005 por el que se aprueba el Reglamento de protección de las obtenciones vegetales”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 27, 2006-2007, págs. 1170-1171.

<sup>35</sup> Explica la SAP Cuenca 26/2012, de 22 de febrero, FJ. 3º, que la tesis consistente en que el tipo penal solo protege la planta y no las semillas no pasa del terreno de lo anecdótico al no tener sustento razonable. El tipo penal lo que protege es, precisamente la comercialización de producto de los agricultores, una vez acondicionado para su utilización como material de reproducción, y la mera posesión para tales fines o el acondicionamiento con fines de producción lo que conforma el ilícito penal.

<sup>36</sup> Explica PETIT LAVALL que existe una protección primaria que cubre los componentes de la variedad vegetal, mientras que el producto de la cosecha, por su parte, es objeto de una protección secundaria, y el producto fabricado se protege en tercer término. Es decir, la protección del obtentor se extiende de forma subsidiaria, que no excepcional, al producto de la cosecha. Continúa la autora diciendo que para poder ejercer las correspondientes acciones sobre el producto de la cosecha son necesarios ulteriores requisitos y no sólo la correspondiente autorización del obtentor. Por tanto, los derechos del obtentor en principio se restringen al momento o fase de multiplicación del material de reproducción o multiplicación y no se proyectan a priori sobre la vida de la planta, ni sobre los frutos que esta produzca y su comercialización. PETIT LAVALL, Mª V.: “Derechos del titular de una obtención vegetal”, págs. 533 a 572, en *Derecho de las Obtenciones Vegetales* (GARCIA VIDAL, A. (dir.)), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 549-550.

la práctica judicial, poner una denuncia o una querrela para la persecución de cualesquiera violaciones de tales derechos, lo que llevará aparejado por supuesto un pronunciamiento por parte del órgano judicial respecto de la responsabilidad civil derivada del delito.

El Derecho penal eleva, pues, la protección del producto de la cosecha al mismo nivel que los componentes de la propia obtención vegetal, de modo que acudir a la jurisdicción penal se convierte en un atajo verdaderamente ventajoso para el obtentor pero nada deseable desde la perspectiva de los principios de lesividad y de intervención mínima. Sobre todo cuando, además, la práctica totalidad de las sentencias dictadas en la material por parte de órganos judiciales pertenecientes a la jurisdicción penal tienen como objeto el producto de la cosecha. La aplicación del tipo debería, como mínimo, restringirse a la comprobación del cumplimiento de dicha premisa por parte del obtentor.

## **D) ANÁLISIS DE LA EXIGENCIA DE QUE UNA VARIEDAD ESTÉ “PROTEGIDA”: ESPECIAL COMENTARIO A LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS OBTENCIONES VEGETALES DURANTE EL PERIODO DE PROTECCIÓN PROVISIONAL**

Como se ha indicado, el Derecho penal solo tutela las variedades vegetales *protegidas por la legislación nacional o la legislación de la Unión Europea*. Esta restricción de la tipicidad no solo resulta lógica sino que también concuerda plenamente con el marcado carácter patrimonialista de la protección. A pesar de ello, la interpretación de este inciso no ha sido una cuestión pacífica en la jurisprudencia. Antes de 2015 el tenor literal del precepto efectuaba una referencia genérica a *la legislación sobre protección de obtenciones vegetales*, lo que condujo a que multitud de sentencias negaran protección a las variedades registradas en el Registro Comunitario<sup>38</sup> (demostrando así un completo desconocimiento de las vías de integración de la normativa internacional y comunitaria en el derecho nacional). Pues bien, aunque a mi parecer ello no era necesario, como consecuencia de lo anterior, la redacción del tipo ha sido modificada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, a través de la que el legislador ha precisado que debe tratarse de variedades protegidas por *la legislación nacional o de la Unión Europea sobre protección de obtenciones vegetales*.

Volviendo a la redacción actual, los pocos autores que han analizado este tipo penal entienden que el apartado 4 del artículo 274 condiciona la protección de las obtenciones vegetales a la previa inscripción registral, en tanto que el nacimiento del derecho del obtentor solo emerge con el registro válidamente efectuado<sup>39</sup>. A fin de probar este parámetro, la defensa técnica del obtentor deberá solicitar una certificación emitida por el Director o la Directora de la correspondiente Oficina de Variedades Vegetales que así lo advierte y el

---

<sup>37</sup> El artículo 13.1 de la Ley 3/2000, de 7 de enero, establece que el producto de la cosecha debe haber sido obtenido por utilización no autorizada de material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida y que el obtentor no debe haber podido ejercer razonablemente su derecho en relación con dicho material de reproducción o de multiplicación.

<sup>38</sup> Ilustrativa resulta en este punto la SJP nº 3 de Burgos nº 96/2007, de 28 de marzo, que absuelve a los acusados al considerar que la no inscripción de una obtención vegetal en el Registro Oficial de Variedades Vegetales protegidas del Ministerio de Agricultura no puede ser suplica por la inscripción en el Registro de Protección Comunitaria de Obtenciones Vegetales. En igual sentido,

<sup>39</sup> En QUINTERO OLIVARES, G.: “Delitos contra la propiedad industrial”, en *Comentario a la Parte Especial del Derecho Penal*, accesible en Thomson Reuters Proview.

juzgador deberá comprobar la efectiva acreditación de la vigencia de la protección, la cual, de acuerdo con los artículos 18.1 de la Ley 3/2000, de 7 de enero y 19.1 del Reglamento 2100/94, se extiende a 20 años con carácter general y 25 o 30 años para los árboles y las vides<sup>40</sup>.

Desde la perspectiva apuntada, la expresión “variedad protegida” equivaldría a la de “variedad registrada” y cabe decir que, al menos en el ámbito extrapenal, ello no es del todo cierto. Me explico. Ciertamente, como ocurre con los demás derechos de propiedad industrial, la completa protección de los derechos en exclusiva del titular de una obtención vegetal exige la previa inscripción registral de la misma, en este caso o bien en el Registro Oficial de Variedades Vegetales protegidas del Ministerio de Agricultura (artículo 44 de la Ley 3/2000, de 7 de enero) o bien en el Registro Comunitario de Obtenciones Vegetales (artículo 62 del Reglamento 2100/94). Pero debe tenerse en cuenta que dicha protección no opera únicamente desde la concesión del título de obtención vegetal sino desde su solicitud. Es lo que la doctrina mercantilista denomina periodo de protección provisional.

Con todo, el Código penal hace referencia de forma amplia a variedades protegidas y no restrictivamente a variedades “registradas”. De este modo, la realización de una completa integración del término “protegida” supone dilucidar si el juzgador penal debe tener en cuenta o no el periodo de protección provisional a la hora de determinar el ámbito aplicativo del tipo penal. Este tiene como finalidad salvaguardar los derechos del obtentor en el periodo de tiempo que va desde la presentación de la solicitud de registro de una nueva variedad vegetal hasta la propia concesión del derecho, toda vez que ésta última se puede demorar en el tiempo debido a que es preciso examinar si esta cumple las condiciones relativas a la novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad, para lo cual puede ser preciso realizar el cultivo de la variedad u otros ensayos<sup>41</sup>. Se pretende, por tanto, reforzar la protección del obtentor mientras este todavía no es titular de derecho de exclusiva sobre la variedad vegetal<sup>42</sup>.

Esta protección se configura, no obstante, de forma distinta en el Reglamento 2100/94 y en la Ley 3/2000, siendo que en el ámbito comunitario la legitimación de tutela no opera hasta el momento de la concesión del derecho del obtentor (artículo 95), mientras que a nivel nacional el propio solicitante puede reclamar la protección de sus potenciales derechos (artículo 18). Sin embargo, aun con esta diferencia, la protección provisional constituye en el ámbito mercantil un derecho más del obtentor y, aunque este surge con la concesión del título, su aplicación es retroactiva desde la presentación de la solicitud, por lo que el obtentor podrá realizar todas las acciones por los actos efectuados por los terceros durante dicho periodo<sup>43</sup>. En definitiva, la protección provisional es considerada por la literatura

---

<sup>40</sup> La SAP Ciudad Real 12/2012, de 16 de enero, FJ. 2º, asienta su pronunciamiento absolutorio precisamente en la falta de acreditación de la vigencia del título de obtención vegetal, afirmando que a este efecto resulta fundamental analizar que la protección de la obtención vegetal se encuentra vigente a través una certificación emitida por la Directora de la Oficina de Variedades Vegetales que así lo adviera, contratos de licencia o multiplicación que demuestran que es una semilla certificada y una variedad protegida.

<sup>41</sup> ARROYO APARICIO, A.: “Obtenciones vegetales: contenido del derecho y alcance de la protección para los actos anteriores a la concesión de la obtención (protección provisional)”, en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, 13, 2013, págs. 183-202. PALAU RAMÍREZ, F.: “Alcance de los derechos de obtención vegetal y protección provisional de la solicitud”, en *Revista de derecho mercantil*, 266, 2007, pág. 1015. PLAZA PENADÉS, J.: “La jurisdicción sobre la protección provisional de las obtenciones vegetales”, en *Cuestiones actuales sobre la protección de las obtenciones vegetales* (coord. Plaza Penadés y Grau Corts, 2014, págs. 137-169).

<sup>42</sup> Y, con ello, a los efectos de incentivar la investigación y la inversión económica que de esta se deriva. AMAT LLOMBART, P.: “Concepto, contenido y límites del derecho del obtentor de variedades vegetales según la Ley 3/2000, de 7 de enero y el Real Decreto 1261/2005, de 21 de octubre”, en *La propiedad industrial sobre obtenciones vegetales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 189.

mercantilista como una ampliación de los derechos del obtentor, decantándose esta, incluso, a favor de la compatibilidad de ambas protecciones jurídicas.

Aunando las consideraciones hasta aquí realizadas, es preciso concluir que conforme a la descripción del apartado 4 del artículo 274 del Código penal resulta perfectamente viable extender la tutela penal de las obtenciones vegetales a ambos periodos, el provisional y el definitivo. Si bien no creo que ello sea lo más adecuado desde la perspectiva del principio de intervención mínima, por lo que debería realizarse una interpretación restrictiva del término “variedad protegida” en el sentido de interpretarlo como “variedad registrada”, en tanto que durante el periodo provisional no se tiene todavía la certeza de la protección.

## V. CONDUCTA TÍPICA

La conducta típica se describe en el apartado 4 del artículo 274 a través de las acciones de *producir o reproducir, acondicionar con vistas a la producción o reproducción, ofrecer en venta, vender o comercializar de otra forma, exportar o importar, o poseer*, las cuales vienen a integrar el conjunto de facultades exclusivas que la Ley 3/2000 otorga en su artículo 12 al obtentor o beneficiario de un título de obtención vegetal<sup>43</sup>. Esta traslación de comportamientos típicos, unida al hecho de que no se han delimitado criterios que indiquen un plus de contenido de injusto que justifiquen la intervención del Derecho penal, dificulta en grado sumo la delimitación entre las infracciones civiles y las penales, pudiéndose afirmar que existe un completo solapamiento entre ambas.

Con todo, el tipo penal se configura como un tipo mixto alternativo que recoge conductas propias de los delitos de este capítulo y que, como ellos, eleva a autoría lo que son únicamente meros actos preparatorios o de participación. Así pues, constituyen propiamente supuestos de autoría solamente las acciones de venta, ofrecimiento en venta y comercialización del material vegetal de una variedad protegida, mientras que las acciones de producción, reproducción y

---

<sup>43</sup> Ciertamente es que el artículo 18 de la Ley 3/2000 hace referencia únicamente a la posibilidad de solicitar una indemnización razonable por los actos ejecutados respecto de la obtención vegetal. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia reconocen ampliamente que, una vez concedida la obtención, los derechos del titular no pueden quedar limitados a la percepción de una indemnización por el periodo de protección provisional. LAVALL, M<sup>a</sup> V.: “Derechos del titular de una obtención vegetal”, págs. 533 a 572, en *Derecho de las Obtenciones Vegetales* (GARCIA VIDAL, A. (dir.)), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 561-562 y en la nota 543.

<sup>44</sup> Artículo 12. Alcance del derecho de obtentor.

1. La protección de la variedad tiene como efectos conferir al beneficiario o a los beneficiarios del título de obtención vegetal el derecho exclusivo a llevar a cabo, respecto a la misma, las distintas actuaciones que figuran en el apartado siguiente.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14 y 15, se requerirá la autorización del obtentor para la ejecución de las actuaciones siguientes realizadas respecto al material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida:
  - a) La producción o la reproducción (multiplicación).
  - b) El acondicionamiento a los fines de la reproducción o de la multiplicación.
  - c) La oferta en venta.
  - d) La venta o cualquier otra forma de comercialización.
  - e) La exportación.
  - f) La importación, o
  - g) La posesión para cualquiera de los fines mencionados en los apartados a) a f).

acondicionamiento integran actos preparatorios, y, finalmente, la exportación, importación y posesión son comportamientos demostrativos de complicidad si se llevan a cabo por parte de un tercero. Encontramos, pues, como en tantos otros delitos, conductas de primer grado y de segundo grado, es decir, una mezcla de conductas que exigen un resultado y conductas de mera actividad. De interés resulta, a este efecto, definir el ámbito típico de cada uno de los comportamientos enunciados, porque, aunque se trata de una mera distinción teórica, puede arrojar luz en la interpretación del precepto.

## 1. PRODUCIR O REPRODUCIR

Las acciones de producir o reproducir, homólogas a la de fabricación (de reciente incriminación) de los demás delitos de este capítulo, tienen un contenido de injusto muy similar. A mi juicio, la diferencia entre una y otra radica en la vía de multiplicación de la variedad vegetal. Así, la conducta de producción estaría vinculada a aquellas variedades cuya multiplicación se realiza sexualmente a través de la siembra directa de la propia semilla o de plántones en la tierra, mientras que la reproducción iría destinada a sancionar las conductas que tuvieran por objeto variedades vegetales cuya multiplicación tuviera lugar de forma asexual o vegetativa a través de un injerto, esquejes, tubérculos, etc. sembrados en la tierra.

La consumación de ambas acciones tendría lugar con el acto de la siembra<sup>45</sup>, un resultado necesario porque si no nos hallaríamos ante un acto de posesión pero en ningún caso de multiplicación. Además, no es necesario que las nuevas plantas o semillas resultantes se lleguen a comercializar para que la conducta quede subsumida en el ámbito del tipo.

## 2. ACONDICIONAMIENTO

El acondicionamiento implica la selección y limpieza de la semilla producto de una o sucesivas cosechas (conocida como R2, R3, R4), obtenida tras la siembra de la semilla inicial de la variedad protegida (llamada R1), todo ello para destinarla a la venta y/o a su posterior siembra<sup>46</sup>. También puede implicar el tratamiento de la semilla mediante fitosanitarios y/o su envasado prescindiendo de la etiquetación oficial<sup>47</sup>. Especialmente indicativa resulta la

---

<sup>45</sup> La producción de semillas certificadas corresponde por Ley a las entidades productoras de semillas, las cuales se dividen en obtentores, seleccionadores y multiplicadores.

<sup>46</sup> La semilla R-1 es la que se obtiene tras la multiplicación del material parental de las semillas logradas por el obtentor; la R-2 es la que se obtiene de la multiplicación de la R-1; la R-3 es la que se obtiene de la multiplicación de la R-2; la R-4 es la que se obtiene de la multiplicación de la R-3. SJP nº 2 Pamplona 318/2017, de 6 de noviembre.

<sup>47</sup> La obtención de la semilla para siembra puede provenir únicamente de dos vías:

**a) Semilla certificada o R1:** semilla producida por empresas con el título de obtentores vegetales en el Registro Oficial nacional o Comunitario, envasada siguiendo requisitos oficiales, esto es, identificando cada envase con una etiqueta oficial que sirve de precinto como prueba de garantía de la semilla que se encuentra en el interior, y distribuida por los almacenistas autorizados por la empresa que ostenta el título de productor de la semilla.

**b) Maquilla o R2 y sucesivos:** semilla producto de la cosecha de la semilla anterior (R1) que tiene como fin ser sembrada en la misma explotación del agricultor. Esta semilla debe ser acondicionada en planta seleccionadoras autorizadas de forma individual y con identificación de cada partida mediante albarán de entrada y salida y un libro de registro en el que conste el agricultor que ha solicitado el acondicionamiento, el tratamiento efectuado a la semilla y la toxicidad de los productos empleados en ella.

SAP Cuenca 26/2012, de 22 de febrero FJ 1º.

utilización de fitosanitarios en el tratamiento de la semilla, pues ello constituye un indicio claro de que el destino de la misma es la siembra (conducta típica) y no el consumo humano (conducta atípica)<sup>48</sup>.

Aunque se trata de una actuación que puede realizar el propio agricultor, lo habitual es que esta actividad sea efectuada por empresas especializadas, ya que para ello se requiere el empleo de maquinaria específica, concretamente una planta seleccionadora autorizada. Por tanto, desde la perspectiva de la autoría y participación, el castigo de la conducta dependerá del grado de conocimiento e implicación de la acondicionadora en la comercialización de la semilla<sup>49</sup>. Podrán darse a este efecto tres supuestos:

**a) Acondicionamiento de R2 para la posterior venta por parte de la propia empresa acondicionadora a un precio inferior evitando el pago de las regalías:** en estos casos esta conducta irá unida a la venta o comercialización del material de la variedad protegida y la empresa será considerada autora del delito<sup>50</sup>.

**b) Acondicionamiento de R2 en connivencia con el vendedor:** en estos casos el tratamiento lo lleva a cabo una empresa distinta a la que comercializa la semilla, existiendo un acuerdo entre ambas para poder lograr un precio más bajo al que correspondería si se hubieran satisfecho las cuotas correspondientes al pago de los derechos de explotación, de modo que la acondicionadora respondería en calidad de autora del delito<sup>51</sup>.

**c) Acondicionamiento desconociendo la posterior infracción de los derechos derivados del título de la obtención vegetal:** puede suceder que en los almacenes de las plantas acondicionadoras se encuentre la semilla de una variedad protegida que en esos momentos se esté acondicionando para un particular agricultor y que este haya indicado que la semilla pertenece, en lugar de a la variedad protegida, a una que no lo está<sup>52</sup>, o que su fin es sembrar la semilla acondicionada en su propia explotación (es lo que se conoce como privilegio del agricultor y se tratará más adelante)<sup>53</sup>, hechos que, de ser cierto lo alegado por el agricultor, quedarían ambos extramuros del Derecho penal. Estaríamos, en tales casos, ante un acto de acondicionamiento de una semilla perteneciente a una variedad protegida por parte de una empresa con el pleno desconocimiento de esta, hecho que podría calificarse de error de tipo y/o autoría mediata.

---

<sup>48</sup> Así sucede en la SJP nº 3 Burgos 96/2007, de 28 de marzo.

<sup>49</sup> SJP Cuenca 472/2008, 30 octubre.

<sup>50</sup> Así sucede en la SJP nº 3 Burgos, 182/2017, de 30 de enero, en la que el acusado consiguió ofertar y prestar servicio de acondicionamiento de grano a precio inferior que los acondicionadores que cumplen la normativa vigente, haciendo figurar en el registro una variedad no protegida al estar exenta del pago de retribución alguna por su reemplazo como material de reproducción y multiplicación. SJP nº 1 Zamora 134/2017, 20 de marzo SJP nº 3 Almería 23/2017, 25 mayo.

<sup>51</sup> En este caso SJP nº 2 Toledo, nº 471/2017, de 10 de octubre.

<sup>52</sup> Aunque no se plantea como cuestión de fondo, esto es lo que sucede en la SAP Toledo 68/2019, de 11 de julio FJ. 1º en la que el acusado había entregado el grano de trigo para su acondicionamiento a una tercera empresa haciendo constar que el grano es de la variedad no protegida Marius y no de la protegida Isengrain. SJP nº 3 Almería 189/2017, de 22 de marzo.

<sup>53</sup> Véase apartado relativo a los Elementos Subjetivos del Injusto.

Aunque se ha considerado por parte de algún que otro autor que esta conducta presenta importantes dificultades de prueba, lo cierto es que en la práctica no me parece que ello sea así. A los efectos de analizar si semillas sin identificar pertenecen a alguna de las variedades protegidas se toman sacos con muestras de las mismas, a los cuales se realiza un análisis de residuos de fitosanitarios y un análisis de la comprobación varietal.

### 3. EXPORTACIÓN E IMPORTACIÓN

Las conductas de exportación e importación consisten en desplazar material de multiplicación de una variedad vegetal protegida<sup>54</sup>. Difícil resulta a este efecto la delimitación del ámbito espacial en el que tiene que tener lugar este desplazamiento, sobre todo porque, como he indicado en el apartado anterior, se protegen las variedades vegetales inscritas tanto en el Registro Oficial de Variedades Vegetales del Ministerio de Agricultura (de ámbito nacional-español) como en el Registro Comunitario de Obtenciones Vegetales (que extiende su protección a todo el ámbito de la Unión Europea). A este efecto, cabe preguntarse si la frontera para la protección de las primeras debe situarse en el límite del territorio español y para las segundas en el de la Unión Europea, distinguiendo así un doble ámbito típico, o si por el contrario este debe unificarse y ceñirse esta a uno u otro territorio. No parece viable, normativa en mano, la consideración unívoca de tales límites geográficos, debiendo considerarse la existencia de una frontera dual. En consecuencia, para la delimitación del ámbito típico deberá tenerse en cuenta donde esté registrada la obtención vegetal. A modo de ejemplo, si se traslada semilla de una variedad protegida por el Registro nacional desde Francia a España la conducta será una importación típica, mientras que si la semilla se encuentra registrada en el Registro Europeo podrá castigarse como posesión pero en ningún caso como importación.

Lo anterior cobra especial relevancia cuando la importación o exportación se realiza por parte de una persona distinta al autor, especialmente si se consigue probar que el sujeto se limitó en su día a transportar la semilla pero la entregó y, por tanto, ya no la tiene. Esto porque si quien transporta la semilla es quien la ha multiplicado se tratará de un acto posterior impune.

En cualquier caso, la perfección de de ambas conductas exige un resultado, concretamente que el material reproductivo o de multiplicación traspase las fronteras territoriales españolas o de la Unión, aunque la mercancía no llegue a recibirse. Si solo es posible probar que se encargó con fines de comercialización o es intervenida en la aduana, sólo podrá castigarse por tentativa.

### 4. VENDER, COMERCIALIZAR Y OFRECER EN VENTA

Las acciones de ofrecer en venta, vender y comercializar son realmente muy similares, por no decir que prácticamente idénticas, por lo que el legislador debería haber utilizado únicamente la de comercializar<sup>55</sup>. Todas ellas pueden considerarse como conductas

---

<sup>54</sup> Véase BIANCHI PÉREZ, P. B.: “La importación como delito contra la propiedad industrial”, en *Revista Penal*, 22, 2008, págs. 3-15.

<sup>55</sup> Afirma FARALDO CABANA que “ofrecer” equivale a introducir en el mercado, esto es, a la distribución. “Comercializar”, también nuevo, significa poner a la venta, que es lo mismo que ofrecer. FARALDO CABANA, P.: “Algunos aspectos relativos a los delitos contra la propiedad industrial tras la reforma de 2015”, en *Estudios de Derecho*



destinadas o bien a dar a un producto condiciones y vías de distribución para su venta, o bien a traspasar a alguien por el precio convenido la propiedad de lo que se posee<sup>56</sup>. La jurisprudencia las define únicamente como el hecho de exponer u ofrecer a la venta, vender o entregar a otra persona, sea cual sea la forma en que se realice, partidas de grano acondicionadas para la siembra<sup>57</sup> o cualquier otro material de multiplicación o reproducción de una variedad vegetal. En este caso, la consumación se produce con la puesta en el mercado de la del material de la variedad vegetal.

## 5. OFRECER EN VENTA Y POSEER

La posesión implica la tenencia del material de multiplicación o reproducción de la variedad vegetal y va normalmente unida al ofrecimiento para la venta y a actos de venta o comercialización del mismo<sup>58</sup>. Habitualmente, en las conductas de posesión se encuentran sacos de semillas de R2 (o sucesivos) sin certificar, es decir, sin identificar ni etiquetar oficialmente para evitar que la variedad pueda ser reconocida a simple vista<sup>59</sup>.

## VI. ANÁLISIS DE LOS DEMÁS ELEMENTOS DE LA TIPICIDAD

### A) EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR REGISTRAL DE LA OBTENCIÓN VEGETAL

Pasando a otro orden de cosas, el tipo menciona expresamente que la conducta debe realizarse sin el consentimiento del titular registral de la obtención vegetal. El consentimiento actúa en este caso como un elemento negativo del tipo que, de acuerdo con la naturaleza individual y, por tanto, disponible que se ha atribuido al bien jurídico, afecta, sin duda, a la tipicidad de la conducta en tanto la elimina completamente. Como afirma SEGURA GARCÍA, ello sucedería igualmente tanto si se mencionara como no el consentimiento en la descripción típica, lo que conduce a concluir la innecesariedad de su mención<sup>60</sup>. En cualquier caso, la falta de denuncia o querrela por parte del perjudicado, tras conocer la violación de su derecho, no puede considerarse un acto propio de consentimiento *ex post*<sup>61</sup>.

---

*Penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo Fernández, Ramón Aceres, Madrid, 2016, pág. 941. VV.AA.: "Delitos contra la propiedad industrial", en Memento penal, Francis Lefebvre, 2011, párrafo 11838 pág. 1071.*

<sup>56</sup> Diccionario de la RAE.

<sup>57</sup> Véase SJP nº 3 Burgos 45/2017, 7 febrero y SJP nº 3 Burgos 96/2007, de 28 de marzo.

<sup>58</sup> Esto se puede observar en la SJP nº 2 Pamplona 318/2017, de 6 de noviembre, SAP Toledo 68/2019, de 11 de julio FJ. 1º Ofrecimiento para la venta, acondicionamiento y venta. Pero no siempre, como sucede en SJP nº 2 Osuna 52/2017, de 10 de octubre. Sentencia de 21 de septiembre de 2015 de la Audiencia Provincial de Lleida, confirmando la del Juzgado de lo penal nº 3 de Lleida.

<sup>59</sup> SJP nº 2 Badajoz 99/2015, de 24 de marzo.

<sup>60</sup> SEGURA GARCÍA, M<sup>a</sup> J.: *Los delitos contra la propiedad industrial en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch "Colección los delitos", Valencia, 2005, pág. 79

<sup>61</sup> RODRIGUEZ RAMOS también en SEGURA GARCÍA, M<sup>a</sup> J.: *Los delitos contra la propiedad industrial en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch "Colección los delitos", Valencia, 2005, pág. 79.

## B) LA REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA CON FINES COMERCIALES O AGRARIOS COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO

El tipo penal restringe la tipicidad subjetiva en este delito a aquellos supuestos en los que el sujeto realiza la conducta con fines agrarios y comerciales, por tanto, como consecuencia del ejercicio de una actividad económica<sup>62</sup>. Esto mismo está previsto en el artículo 15 de la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, que establece que el derecho del obtentor no se extenderá a los actos realizados en un marco privado con fines no comerciales, ni a los efectuados a título experimental, ni tampoco a los se ejecuten con el objetivo de crear nuevas variedades o variedades esencialmente derivadas de la variedad protegida.

De este modo, quedará excluida la tipicidad de todas las conductas realizadas con cualquier otro fin que no sea uno de los dos mencionados<sup>63</sup> como, por ejemplo, la venta de la semilla para consumo humano propio o de tercero<sup>64</sup>, para consumo animal<sup>65</sup>, la jardinería privada o la denominada agricultura de subsistencia<sup>66</sup>. La más importante de las exclusiones a la que debe hacerse referencia en este punto es la figura denominada privilegio del agricultor, que permite a los agricultores utilizar el producto de la cosecha que hayan obtenido por el cultivo de la variedad en su propia explotación, a fines de reproducción o de multiplicación, también en su propia explotación<sup>67</sup>. Sin embargo, este privilegio del agricultor no es absoluto, sino que se trata de una facultad limitada al uso en la propia explotación, con lo que queda fuera de la excepción cualquier tipo de acto de comercialización o donación a otros productores. También cabe la posibilidad de que destine la cosecha obtenida o parte de ella a la reproducción, pero de sus sucesivas cosechas, no para venderla a tercero con esos fines, es decir, el agricultor puede reservarse una parte del grano obtenido con la semilla certificada para sembrarlo en la siguiente cosecha propia<sup>68</sup>.

Lo más complicado por lo que se refiere a la identificación de tales finalidades es la prueba. Del análisis de la jurisprudencia pueden identificarse todo un conjunto de criterios que permiten determinar si la conducta del sujeto es susceptible de incardinarse en alguna de

---

<sup>62</sup> La inclusión de este inciso es considerada superflua por parte de la Circular de la Fiscalía 1/2006, de 22 de enero, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, al entender que, al igual que en el resto de modalidades delictivas de propiedad industrial, la propia regulación específica de carácter civil establece que la protección del derecho del obtentor no se extenderá a los actos realizados en un marco privado con fines no comerciales (art. 15 a) LPOV). No puede compartirse esta crítica, puesto que me parece fundamental la restricción de la conducta delictiva.

<sup>63</sup> Así, lo habitual será que el objetivo de la conducta tenga un fin comercial. Sin embargo, en la SJP nº 3 Talavera 247/2018, 6 julio se castiga el fin agrícola.

<sup>64</sup> SAP Toledo Sección 1ª 68/2019, de 11 de julio, FJ. 1º.

<sup>65</sup> SAP Toledo Sección 1ª 68/2019, de 11 de julio, FJ. 1º.

<sup>66</sup> GARCIA VIDAL "El contenido del derecho de obtentor de una variedad vegetal (luces y sombras del Convenio de la UPOV)", en *Revista de Derecho Mercantil*, 279, 2011, pág. 113.

<sup>67</sup> El referido artículo 14 del Reglamento (CE) núm. 2100/94, explica que "con objeto de salvaguardar la producción agrícola, los agricultores estarán autorizados a emplear, en sus propias explotaciones, con fines de propagación en el campo, el producto de la cosecha que hayan obtenido de haber plantado en sus propias explotaciones material de propagación de una variedad que, no siendo híbrida ni sintética, esté acogida a un derecho de protección comunitaria de las obtenciones vegetales".

<sup>68</sup> SAP Toledo 68/2019, de 11 de julio FJ. 1º.

las finalidades típicas: que el objeto social de la empresa del acusado sea la comercialización y venta de productos agrarios, la descripción del producto en el propio anuncio del autor<sup>69</sup>, el haber realizado el acondicionamiento del grano<sup>70</sup>, el precio<sup>71</sup>, el hecho de que el material haya sido tratado fitosanitariamente (lo que indica que solo puede dedicarse a la venta)<sup>72</sup>, la calidad de las variedades vegetales, la superficie estimada de plantación<sup>73</sup>, el incumplimiento de los requisitos administrativos exigidos al efecto<sup>74</sup>, la ausencia de documentos preceptivos para la resiembra, la selección de los montones y tipos de grano, y la cantidad de semilla excedente teniendo en cuenta la extensión de la explotación del acusado<sup>75</sup>.

## VII. PENA

La pena de este delito ha ido variando como consecuencia de las distintas modificaciones que ha sufrido el precepto en el que se encuentran incluidos. Cuando esta conducta fue introducida en el Código penal a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la pena se fijó por remisión a la del apartado 1 del propio artículo 274, correspondiendo así la pena de seis meses a dos años de prisión y multa de 12 a 24 meses. Posteriormente, las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, supusieron el incremento de la pena de este apartado (de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses) y la concreción de una pena inferior para el delito contra las obtenciones vegetales (de uno a tres años de prisión).

Analizadas todas las sentencias dictadas al respecto hasta la fecha, ninguna pena ha superado de momento el año de cárcel, decantándose la jurisprudencia por penas inferiores a este que van desde los 3 meses a los 6 meses y, en muy pocas ocasiones, llegan hasta los 8 meses. Además, la práctica totalidad de las resoluciones se han dictado por conformidad y se ha suspendido la condena o, en menor medida, se ha sustituido la condena por multa. A ello debe añadirse que, en muchos casos, el perjudicado renuncia a la responsabilidad civil derivada del delito. Se infiere de todo ello, por tanto, la escasa relevancia que los órganos judiciales atribuyen a este comportamiento.

---

<sup>69</sup> En la SAP Toledo Sección 1ª 68/2019, de 11 de julio, FJ. 1º el autor del delito insertó un anuncio en Internet (Milanuncios.com) ofertando trigo de la variedad protegida limpio y seleccionado “para siembra o pan”, por lo que el órgano jurisdiccional entiende que es el propio vendedor el que está anunciando la venta de grano para siembra, es decir, como semilla.

<sup>70</sup> La SAP Toledo Sección 1ª 68/2019, de 11 de julio, FJ. 1º indica que el grano se vende perfectamente limpio y seleccionado, lo que es un gasto innecesario cuando se vende para consumo como pienso o para hacer harinas, pero resulta muy apropiado para la reproducción.

<sup>71</sup> El precio de venta de la semilla para su utilización para la siembra es mucho más bajo que el que se establecería para la venta destinada a consumo humano. SAP Toledo Sección 1ª 68/2019, de 11 de julio, FJ. 1º SJP nº 2 Toledo 471/2017, de 10 de octubre.

<sup>72</sup> SJP nº 2 Toledo 471/2017, de 10 de octubre.

<sup>73</sup> SJP nº 3 Burgos 96/2007, de 28 de marzo.

<sup>74</sup> Estos son el control sobre las tierras de las que se saca la semilla, de las tierras en las que se planta, llevanza del libro registro correspondiente donde consten las operaciones de acondicionamiento individualizadas.

<sup>75</sup> SAP Cuenca 26/2012, de 22 de febrero, FJ 3º.

## VIII. CONCURSO DE DELITOS: EL TÍTULO ESPECÍFICO DE PROTECCIÓN DE LA OBTENCIÓN VEGETAL Y LAS PATENTES SOBRE PLANTAS

Teniendo en cuenta que históricamente han sido las legislaciones sobre patentes las que han conferido protección a las invenciones de productos o procedimientos en los distintos ámbitos de la ciencia, y que las obtenciones vegetales son invenciones sobre plantas, podemos preguntarnos si existe un solapamiento entre el ámbito aplicativo del artículo 274.4 (delito contra las obtenciones vegetales) y el del artículo 273, que protege las patentes y los modelos de utilidad. Además, teniendo en cuenta que las obtenciones vegetales son una modalidad de propiedad industrial, si las obtenciones vegetales fueran susceptibles de ser protegidas a través de la normativa sobre patentes, resultaría innecesaria la incriminación de las conductas analizadas a través del artículo 274.4.

Conviene recordar en este punto nuevamente que, tal y como se ha indicado con anterioridad, las obtenciones vegetales cuentan con un sistema específico de protección tanto a nivel supranacional como nacional y, en este sentido, la legislación nacional supone la adaptación del derecho supranacional unificado en la materia. Este marco regulatorio fue originariamente establecido por el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, firmado en París el 2 de diciembre de 1961 y sucesivamente modificado en 1972, en 1978 y en 1991. En el ámbito de la Unión Europea se ha aprobado el Reglamento (CE) núm. 2100/94 del Consejo de 27 de julio de 1994, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales. Y en el ámbito nacional en España actualmente rige en esta materia la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, desarrollada por el Real Decreto 1261/2005, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de protección de obtenciones vegetales.

En este sentido, el artículo 2 del Convenio, redactado conforme al Acta de 1991<sup>76</sup>, establece una obligación de protección por parte de los Estados de los derechos de los obtentores de nuevas variedades vegetales, sin especificar al amparo de qué régimen debe realizarse dicha protección, si el de patentes o uno específico. De ello se desprende que el Convenio permite que una misma variedad esté protegida, a la vez, por un título de obtención vegetal y por una patente<sup>77</sup>.

Por su parte, el artículo 92 del Reglamento 2100/94 prohíbe la protección simultánea de una obtención vegetal a través del derecho comunitario y del derecho nacional, ya sea al amparo de una protección nacional en materia de obtenciones vegetales o mediante del sistema de patentes. De este modo, reconoce implícitamente la posibilidad de patentar una obtención vegetal, pero solo si no ha sido ya protegida por la vía de la normativa comunitaria de obtenciones vegetales. En cualquier caso, si se protege una variedad únicamente en a través del derecho nacional, en principio sí que podría establecerse una protección simultánea a través de ambos regímenes.

---

<sup>76</sup> En el Convenio de la UPOV de 1961 se permitía a los Estados firmantes conceder la tutela al obtentor de una variedad vegetal por medio de un derecho de patente o por medio de un título específico. Y se facultaba incluso que las legislaciones nacionales permitiesen ambas posibilidades, aunque se introdujo la prohibición de que una misma variedad estuviese protegida por ambas vías de manera cumulativa (artículo 2.13).

<sup>77</sup> Asimismo, en el marco de la Organización Mundial del Comercio, el Acuerdo sobre los Aspectos de Derecho de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC), publicado como Anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, hecho en Marrakech, el 15 abril 1994, aprobados ambos por la Comunidad Europea, declara expresamente, en su art. 27.3.b), la obligación de proteger las obtenciones vegetales, dejando libertad a los Estados miembros para hacerlo mediante el sistema de patentes, mediante un sistema eficaz «sui generis» o mediante una combinación de aquellas y este.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 53 del Convenio de Munich sobre Concesión de Patentes Europeas, de 5 de octubre de 1973, modificado en el año 1991 y en el año 2000, establece que no se concederán patentes europeas a las variedades vegetales ni a los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de vegetales, aunque sí a los procedimientos microbiológicos y a los productos obtenidos por dichos procedimientos. Y del mismo tenor es el artículo 4.1 a) y .2 de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. Ambos preceptos han sido incorporados al ordenamiento jurídico español en el artículo 5.2 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes, que niega la patentabilidad de las obtenciones vegetales.

En consecuencia, a nivel internacional y comunitario está completamente vetada la patentabilidad de las obtenciones vegetales, no por la propia normativa sobre obtenciones vegetales, sino por la normativa en materia de patentes. En este sentido, las variedades vegetales que no sean objeto de protección a través de la normativa sobre obtenciones vegetales tampoco podrán ser objeto de protección a través de la normativa de patentes. No obstante, tal y como establecen los artículos 53 del Convenio sobre Patentes y el 4.2 de la Directiva queda expedita la posibilidad de patentar invenciones sobre plantas siempre que no supongan la obtención de una nueva variedad vegetal. Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando se modifique un único gen (y no la totalidad del genoma) de una variedad vegetal<sup>78</sup>.

Trasladando todo ello al ámbito del Derecho penal, la protección de las obtenciones vegetales deberá tener lugar forzosamente a través del artículo 274.4, lo que no implica que cualesquiera otras invenciones sobre plantas objeto del derecho de patentes no puedan ser tuteladas *ex* artículo 273. Finalmente, las variedades vegetales que no sean objeto de protección a través de la normativa sobre obtenciones vegetales o sobre patentes tampoco podrán ser objeto de protección a través de los delitos contra la propiedad industrial.

## IX. CONCLUSIONES

De todo lo estudiado se desprenden las siguientes conclusiones:

- I. En el ámbito de las invenciones relacionadas con plantas habrá que distinguir las obtenciones vegetales de todas aquellas otras invenciones que, hechas sobre plantas, no puedan calificarse como tales. Para hallar la protección penal en uno y otro caso habrá que acudir a los delitos contra la propiedad industrial. Dentro de este conjunto de preceptos, acudiremos al artículo 273 y no 274 del Código penal cuando nos encontremos ante un caso en el que se hayan infringido derechos de invenciones sobre plantas que no constituyan una invención vegetal. Entretanto, cuando se trate de obtenciones vegetales, deberemos acudir al artículo 274 del Código penal.
- II. La absoluta dependencia de la normativa civil por parte del tipo penal contenido en el artículo 274.4 ha conducido a que se produzca un completo solapamiento entre el ilícito penal y civil. En este sentido, la jurisdicción penal debería reservarse únicamente para los casos de mayor gravedad, en los que, por ejemplo, la vulneración de los derechos del obtentor se produzca a gran escala, los hechos se realicen en un establecimiento de venta al público<sup>79</sup> o con publicidad<sup>80</sup>, o cuando se cause un grave perjuicio<sup>81</sup>. En los

---

<sup>78</sup> Considerando 31 de la Directiva.

demás casos, considero el Derecho civil es suficiente, puesto que se trata de ataques al bien jurídico tan irrelevantes que no requieren (o no necesitan) la intervención penal.

III. Además, debería existir una diferenciación en la conducta en proporción a la capacidad lesiva de la conducta. Las conductas más alejadas de la efectiva lesión del bien jurídico deberían castigarse con una pena inferior.

IV. Finalmente, habiendo analizado todas las resoluciones jurisprudenciales en la materia dictadas hasta la fecha de conclusión del presente artículo y teniendo en cuenta las penas impuestas, cabe decir que este delito es un delito bagatela, expresión del más puro derecho penal simbólico.

## X. BIBLIOGRAFIA

- ARCUDIA HERNÁNDEZ, C.: “El régimen de protección jurídica de las obtenciones vegetales en México: propuestas para una mejor adaptación al sistema CUPOV”, en *Revista de la propiedad inmaterial*, 19, 2015 <https://doi.org/10.18601/16571959.n19.05>
- AMAT LLOMBART, P.: “Concepto, contenido y límites del derecho del obtentor de variedades vegetales según la Ley 3/2000, de 7 de enero y el Real Decreto 1261/2005, de 21 de octubre”, en *La propiedad industrial sobre obtenciones vegetales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- ARROYO APARICIO, A.: “Obtenciones vegetales: contenido del derecho y alcance de la protección para los actos anteriores a la concesión de la obtención (protección provisional)”, en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, 13, 2013.
- BARRERO RODRÍGUEZ, E.: “Algunos aspectos de la reforma del Derecho español de los signos distintivos. Consideraciones sobre la Ley 17/2001, de marcas”, en *Revista de derecho mercantil*, 245, 2002.
- BIANCHI PÉREZ, P. B.: “La importación como delito contra la propiedad industrial”, en *Revista Penal*, 22, 2008.
- BLANCO LOZANO, C.: “La reciente reforma de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, en el Código Penal Español”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 17, 2011.
- BOTANA AGRA, M.: “El Tribunal Supremo anula determinados preceptos del RD 1261/2005 por el que se aprueba el Reglamento de protección de las obtenciones vegetales”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 27, 2006-2007.

---

<sup>79</sup> Por ejemplo en la SJP nº 6 Granada, 285/2018, 6 septiembre, El acusado u otra persona, pero a su encargo y beneficio, tenía en su vivero plantones de variedades protegidas sin contar con la autorización del titular de los derechos de obtención vegetal para su producción y con conocimiento de su registro, siendo el destino comercializar las plantas obtenidas con tal actividad ilícita. En concreto, el acusado, realizó las actuaciones necesarias para reproducir, previo injerto, las variedades protegidas Igual SJP nº1 Toro, 53/2018, 28 junio y también SJP nº Jaén 247/18, 9 mayo.

<sup>80</sup> El acusado pone un anuncio en la gasolinera. SJP nº 2 León 205/2015, 2 junio.

<sup>81</sup> Por ejemplo, el perjuicio causado en la SJP Jaén nº 2 247/2018, de 9 de mayo rondan los 50.000 €, mientras que en la SJP nº Toro 53/2018, de 28 de junio tan solo 500 €.

- DE LA MATA BARRANCO, N.: "Delitos contra la propiedad intelectual e industrial y violación de secretos de empresa", en *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid.
- DÍAZ PERALTA, P.: "El principio "ne bis in idem" y la protección jurídica de las obtenciones vegetales y de los derechos del obtentor", en *Revista de derecho agrario y alimentario*, Año nº 32, Nº 68, 2016, págs. 129-155.
- FARALDO CABANA, P.: "Los delitos contra la propiedad industrial tras la reforma del Código Penal de 2015: análisis del artículo 274", en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, 35, 2014-2015.
- "Algunos aspectos relativos a los delitos contra la propiedad industrial tras la reforma de 2015", en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo Fernández*, Ramón Aceres, Madrid, 2016.
- GARCÍA RIVAS, N.: "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (14). Delitos contra la propiedad industrial", en *Derecho Penal. Parte Especial*, II, Iustel, Madrid, 2015.
- GARCIA VIDAL, A.: "El contenido del derecho de obtentor de una variedad vegetal (luces y sombras del Convenio de la UPOV)", en *Revista de Derecho Mercantil*, 279, 2011.
- "La variedad vegetal como objeto de protección", en *Derecho de las Obtenciones Vegetales* (GARCIA VIDAL, A. (dir.)), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- "El privilegio del obtentor y las variedades esencialmente derivadas", en *Derecho de las Obtenciones Vegetales* (GARCIA VIDAL, A. (dir.)), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- "Los requisitos de la distinción, la homogeneidad y la estabilidad, en *Derecho de las obtenciones vegetales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GÓMEZ RIVERO, M.: *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: "El ámbito de protección de las patentes biotecnológicas", en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXVIII, 2007-2008.
- "Confirmados en apelación los límites a la extensión horizontal del ámbito de las patentes biotecnológicas", en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXIX, 2008-2009.
- "El Tribunal de justicia precisa el ámbito de protección de las patentes biotecnológicas. Apunte sobre el caso Monsanto v Cefetra", en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXX, 2010.
- GONZALEZ RUS, J. J.: "Delitos contra la propiedad industrial", en *Derecho penal. Parte Especial* (MORILLAS CUEVA, L. (dir.)), Dykinson, Madrid, 2015.
- JORGE BARREIRO, A.: "Delitos contra la propiedad industrial", en *Comentarios al Código penal* RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y JORGE BARREIRO, A. (coord.), Civitas, Madrid, 1997.
- LAVALL, M<sup>a</sup> V.: "Derechos del titular de una obtención vegetal", págs. 533 a 572, en *Derecho de las Obtenciones Vegetales* (GARCIA VIDAL, A. (dir.)), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MARCO ARCALÁ, L. A.: "Variedades vegetales: el requisito de la novedad", en *Derecho de las obtenciones vegetales*, págs. 290 a 348, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (actualizado por RODRIGUEZ MORO, L.): “Delitos contra la propiedad industrial”, en *Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MAPELLI CAFFARENA, B.: “Consideraciones en torno a los delitos contra la propiedad industrial”, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2003, y en *Derecho y conocimiento*, 1.
- MARTINEZ CAÑELLAS, A.: “La protección dual de la propiedad industrial de las plantas transgénicas: como invenciones y como variedades vegetales”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 2011.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- PALAU RAMÍREZ, F.: “Alcance de los derechos de obtención vegetal y protección provisional de la solicitud”, en *Revista de derecho mercantil*, 266, 2007.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.: *La protección penal de las patentes e innovaciones tecnológicas*, McGraw-Hill, Madrid, 2001.
- PETIT LAVALL, M<sup>a</sup> V.: “Derechos del titular de una obtención vegetal”, en *Derecho de las Obtenciones Vegetales* (GARCIA VIDAL, A. (dir.)), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PLAZA PENADÉS, J.: “La jurisdicción sobre la protección provisional de las obtenciones vegetales, Cuestiones actuales sobre la protección de las obtenciones vegetales (coord. Plaza Penadés y Grau Corts, 2014.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “Delitos contra la propiedad industrial”, en *Comentario a la Parte Especial del Derecho Penal*, accesible en Thomson Reuters Proview
- RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, J. C.: “Teoría general de los signos distintivos”, en *Revista la propiedad inmaterial*, 18, 2014.
- SANCHEZ GIL, O.: *La protección de las obtenciones vegetales. El privilegio del agricultor*, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Madrid, 2008.
- SEGURA GARCÍA, M<sup>a</sup> J.: *Los delitos contra la propiedad industrial en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch “Colección los delitos”, Valencia, 2005.
- VV.AA.: “Delitos contra la propiedad industrial”, en *Memento penal*, Francis Lefebvre, 2011, párrafo 11838.