

CONTRABANDO EN EL RÍO DE LA PLATA Y SISTEMA DE ALERTA TEMPRANA

por

MIGUEL B. O'FARRELL

y

JUAN LUIS GALLARDO

Separata del libro

**ESTUDIOS SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL
E INTELECTUAL**

Colección de Trabajos en Homenaje a

ALBERTO DE ELZABURU MÁRQUEZ

Ofrecida por el **GRUPO ESPAÑOL DE LA AIPPI**

Barcelona, febrero 2009

CONTRABANDO EN EL RÍO DE LA PLATA Y SISTEMA DE ALERTA TEMPRANA

por

MIGUEL B. O'FARRELL

Abogado (Buenos Aires, Argentina)

y

JUAN LUIS GALLARDO

Abogado (Buenos Aires, Argentina)

CONTRABANDO EN EL RÍO DE LA PLATA Y SISTEMA DE ALERTA TEMPRANA

Se suele repetir que la ciudad de Buenos Aires fue fundada dos veces: la primera por Pedro de Mendoza, en febrero de 1536, y la segunda por Juan de Garay, en mayo de 1580. Tal creencia, sin embargo, no se ajusta a la realidad.

Mendoza, en efecto, no se propuso fundar ciudad alguna sino que, luego de la extensa y desafortunada travesía realizada por su gran escuadra, compuesta por once buques con mil doscientos tripulantes, fondeó en el *Riachuelo de los Navíos*, un curso de agua, cristalino a la sazón y contaminado hoy por efluentes industriales, que desemboca en el Río de la Plata. El motivo de la detención consistió en reparar las naves, afectados sus cascos por la carcoma y sus aparejos por las contingencias de la navegación. Y, para hacer pie mientras se llevaban a cabo esos trabajos, erigió Mendoza un campamento o asentamiento en la costa, cuya ubicación precisa discuten los historiadores, si bien parece que fue sobre la barranca donde se halla el Parque Lezama.

Dicho asentamiento recibió el nombre de Santa María del Buen Ayre, una advocación de María Santísima —la *Madonna di Bonaria*— cuya imagen era venerada en Cerdeña, hallándose su devoción extendida entre los marineros del Mediterráneo, que le pedían vientos favorables para sus singladuras.

Embarcados en livianos bergantines confeccionados por ellos mismos, pronto algunos expedicionarios, dirigidos por Juan de Ayolas, se alejaron aguas arriba, remontando el río Paraná. Mientras, en Buenos Aires, acosada por indios y jaguares la población se vio enfrentada al flagelo del hambre, que llegó a ser terrible en el precario caserío.

Después de erigir el fuerte de *Corpus Christi*, Ayolas regresa con provisiones, hablando maravillas de cuanto ha observado en su incursión. Lo cual determina el abandono de Buenos Aires que, en el ínterin, ha sufrido un ataque de los aborígenes que, con flechas incendiarias, pegan fuego a los techos de paja de varias viviendas.

¿Y por qué no ha de considerarse la de Mendoza como primera fundación de la capital argentina? Sencillamente porque la fundación de una ciudad se hallaba precisamente reglamentada por entonces. El emplazamiento se elegía con cuidado, atendiendo al clima, a la proximidad del agua, a la dirección de los vientos predominantes. Se plantaba el *Rollo de Justicia*, se invitaba a que cualquiera de los presentes formulara su oposición al acto y, ante su silencio, el fundador cortaba algunas matas de pasto con su espada, tiraba con ella *tajos y reveses*, ordenando luego efectuar una salva de arcabuces para dar realce a la ceremonia, que concluía con

la celebración de una misa implorando la protección divina para el flamante poblado¹.

Pero, sobre todo, el núcleo de aquellos actos era la erección del respectivo cabildo y la designación de sus integrantes, elegidos de entre los presentes. Sin cabildo no había fundación. Y Mendoza no constituyó el cabildo ni repartió entre sus compañeros solares urbanos, chacras y estancias en torno a la Plaza Mayor, según estaba prescrito. Todo lo cual sí fue cumplido por Garay cuando, efectivamente, fundó Buenos Aires, cuarenta y cuatro años después.

Pues bien, mientras gobernaba la ciudad su verdadero fundador, Juan de Garay, ya se planteó entre él y el tesorero Hernando de Montalvo un agrio diferendo, que tuvo por motivo formar parte este último del poderoso grupo llamado de *los confederados*, que reunía a los contrabandistas porteños². Por oposición a ellos, los fundadores y sus descendientes constituían el grupo de *los beneméritos*.

* * *

El incidente arriba mencionado constituye una temprana manifestación de los problemas a que daría lugar el contrabando y la acción e influencia de los contrabandistas en el Río de la Plata. Problema vinculado con el monopolio que rigió el comercio entre la metrópoli y las provincias hispánicas de ultramar, si bien tal vinculación resultó más compleja de lo que podría sugerir su análisis lineal.

Cabe señalar, por lo pronto, que la condición portuaria de Buenos Aires (tan acentuada que determinó se conozca como *porteños* a sus habitantes) la colocó en oposición al interior del país, cuyas industrias se veían perjudicadas por el ingreso —legal o ilegal según la época— de mercancías importadas. Pero, amén de ese aspecto de carácter económico, quizá el más nocivo que presentaron las actividades del contrabando sea la formidable capacidad corruptora de sus agentes que, a través de funcionarios deshonestos, impusieron su voluntad en la ciudad durante largos períodos.

Figura destacadísima por la lucha que mantuvo contra *los confederados* fue la de Hernando Arias de Saavedra, Hernandarias, yerno de Garay y nieto de la legendaria Mencía de Calderón, *la adelantada*. Dama resuelta ésta, que llegó caminando desde el Golfo de Santa Catalina hasta Asunción, al frente de un grupo de aguerridas mujeres españolas dispuestas a contraer legítimas nupcias con sus paisanos afincados en el Paraguay, entretenidos a la sazón por las hospitalarias muchachas guaraníes.

Mancebo de la Tierra, o sea nacido en América, Hernandarias intervino desde muy joven en las luchas contra los indios, para los cuales procuró, no obstante, un trato justo. Inclínación que se reveló en la manera como fomentó la multiplicación de las *reducciones*, establecidas por los jesuitas en el Paraguay, el norte de la Argentina y el sur del Brasil.

¹ La mayoría de los aspectos históricos de este trabajo siguen los lineamientos del libro *Crónica de cinco siglos, 1492/1992* de Juan Luis Gallardo, 3.ª edición, editorial Vórtice, Buenos Aires 2007.

² *La política económica rioplatense de mediados del siglo XVII*, de Ruth Tiscornia, Ediciones Culturales Argentinas, Buenos Aires 1983.

También peregrinó tras el mito de *La Ciudad de los Césares*, aquella fantástica población cuya infructuosa búsqueda trajo como consecuencia indirecta la rápida exploración del territorio argentino. La buscó, en efecto en el Tucumán, con Gonzalo de Abreu; con su suegro, en donde hoy se alza el balneario de Mar del Plata; y, por iniciativa propia, mediante una expedición que alcanzó el Río Negro, en los umbrales de la Patagonia.

A los veinticinco años era ya el hombre de mayor influencia en el Río de la Plata y ocupará su gobernación cinco veces, designado por el rey, el virrey o los vecinos. Dijo de él José María Rosa³:

El prestigio adquirido en sus constantes gobiernos, como también su honradez incorruptible... y su actividad osada y fatigante, hicieron del gran criollo el conductor de los pobladores nativos en una lucha dramática contra los traficantes del puerto y sus asociados, los oficiales reales.

La mención que antecede a los traficantes del puerto y los oficiales reales, pone de manifiesto ese aspecto corruptor del contrabando que ya hemos señalado, a lo que han de añadirse otros efectos dañinos que ocasiona, los cuales también indicó uno de los coautores de este trabajo tiempo atrás, en un artículo que publicó sobre el tema⁴.

En el entendimiento de que, al hablar de contrabando, estamos hablando en forma genérica del ingreso o salida de un país de mercaderías que no cumplen con las prescripciones legales que les resultan aplicables, traemos a colación dicho artículo pese a estar dedicado a una faceta específica del asunto, sobre la que abundaremos luego. Se expresó en él:

... si bien el sinnúmero de detenciones y destrucciones de productos en violación a derechos de propiedad intelectual e industrial en los distintos países es significativo, los informes acerca de la cantidad de productos que ingresa a las naciones y se desparrama a través de sus territorios es aún más impresionante y grave, toda vez que genera daños significativos a los consumidores, industriales y comerciantes, pérdidas de empleos, disminución de recaudación fiscal y, en algunos casos, su producido es destinado al financiamiento del terrorismo internacional.

Apuntadas estas connotaciones del caso, volvamos a la somera reseña que estamos realizando, respecto al contrabando en el Río de la Plata. A cuyo respecto cabe aclarar que no fue Hernandarias el único funcionario honesto que se le opuso, ya que hubo otros, aunque pocos. Entre los que se ha de incluir a Marín Negrón que, sugestivamente, murió envenenado.

A lo largo de todos estos primeros años, la actividad de *los confederados* —Juan de Vergara, López de Lisboa, Hernando de Vargas, Diego de Vega, Vázquez Pesta-

³ *Historia Argentina*, Editorial Oriente, Buenos Aires 1964.

⁴ Art. «Medidas en frontera. Sistema de asientos de alerta en aduana» por Miguel B. O'FARRELL publicado el 16/10/2007 en *El Derecho*, tomo 224, p. 975.

ña— consistía, fundamentalmente, en la introducción de esclavos que, ingresando por Buenos Aires, se distribuían tierra adentro, llegando a venderse en el Perú. En cuanto a sus introductores eran, en primer lugar, los portugueses, como así también los ingleses, franceses y los propios españoles.

Otra prueba de la connivencia entre funcionarios y contrabandistas es el que se denominó *contrabando ejemplar*, que consistía en lo siguiente: entraba a Buenos Aires un buque cargado de negros en *arribada forzosa*, manifestando su capitán haber perdido el rumbo o tener que reparar graves averías. A raíz de ello, su cargamento era decomisado y subastado. En la subasta no había ofertas, salvo la de uno de *los confederados* que, así, quedaba dueño de los esclavos, pagando por aquellos infelices un precio vil. Luego de lo cual, ya *blanqueada* la carga de negros, valga la paradoja, eran éstos vendidos con pingües ganancias para los contrabandistas, transformados en legales adquirentes en virtud de la maniobra descrita.

* * *

La ciudad de Colonia del Santísimo Sacramento, situada más o menos frente a Buenos Aires, en la otra orilla del Río de la Plata, fue fundada en 1680 por el capitán general de Río de Janeiro, Manuel Lobo. Como tal fundación contravenía los convenios sobre límites que regían entre España y Portugal, el gobernador español José Garro envió una fuerza que desalojó a los lusitanos de la flamante población.

A partir de tal operación militar exitosa, la Colonia cambiaría de manos una y otra vez. El poderío de España había decaído y su importancia era mucho menor en relación al que tenían Francia, donde reinaba Luis XIV —el «Rey Sol»— y Holanda, gobernada por Guillermo de Orange. De modo que los triunfos militares, logrados por las autoridades de Buenos Aires para recuperar la Colonia, en repetidas ocasiones, resultaban neutralizados por otras tantas derrotas diplomáticas, que disponían devolver a los portugueses la disputada plaza, donde tenían su asiento los más activos contrabandistas que actuaban en estas playas⁵.

La actual Colonia, en la República Oriental del Uruguay, se constituyó, efectivamente, en un foco de contrabando, conforme, probablemente, al propósito que guió su fundación, acorde con los enfrentamientos de la época en materia de política internacional. La presencia portuguesa en Colonia determinó, incluso, que José Gálvez y Gallardo, ministro de Carlos III, creara el virreinato del Río de la Plata, poniendo a su frente a un militar de carrera, Pedro de Cevallos.

Quien visite hoy día la simpática ciudad uruguaya podrá recorrer, si así se lo propone, ciertos tramos de los numerosos túneles que perforan sus profundidades. Túneles que obedecieron, en su momento, a razones de defensa pero que, particularmente, estuvieron ligados a las actividades del contrabando, una de las más intensas que allí se desplegaban.

También se observan túneles en el subsuelo de Buenos Aires, cuya finalidad ha sido objeto de múltiples hipótesis. Imaginan algunos que se cavaron para que los por-

⁵ *Crónica de Cinco Siglos*, ya citada.

teños huyeran hacia el río en caso de ataques por parte de los indios o, a la inversa, para que se retiraran tierra adentro ante ataques de piratas, siempre temidos pero nunca concretados. Hasta no faltó quien aventuró la posibilidad de que se tratara de cuevas de gliptodontes, enormes armadillos prehistóricos. Sin embargo, lo más probable es que, como los de Colonia, los túneles de Buenos Aires estuvieran vinculados con el contrabando. Salvo el caso de uno de ellos, que delata haber sido practicado con urgencia, y que, según parece, es el que excavaron Felipe Sentenach y Gerardo Esteve y Llach hasta los cimientos del Fuerte, con el propósito de hacer volar por los aires a los soldados británicos que lo ocupaban luego de tomar la ciudad en 1806.

* * *

Abolido el régimen de *encomiendas*, que suministraba a los conquistadores mano de obra barata a cambio de ciertas ventajas que debían proporcionar a los indios —aunque con frecuencia esta contrapartida no pasó de ser teórica— adquirió particular relevancia el comercio negrero, del cual ya nos hemos ocupado. Sin embargo, fuera de este comercio, cuyas implicancias alcanzaban hasta el Perú pues los esclavos se utilizaban en los trabajos mineros, el mayor influjo del contrabando se hizo sentir en la cuenca del Plata, ya que las industrias locales satisfacían las necesidades del interior, conociendo épocas relativamente florecientes.

Las Indias se bastaron a sí mismas, por lo menos en las necesidades esenciales. Fuera de la zona «del contrabando», que no pasaba de Buenos Aires y la Banda Oriental, casi todo lo que se consumía en el resto de la América española era producción vernácula: los alimentos, el vestido, la habitación, la menajería, los medios de transporte; hasta las joyas y artículos de lujo. De Castilla venía poco o nada⁶.

La llegada de mercancías de la metrópoli se producía mediante flotas de galeones que arribaban al Caribe sólo dos veces por año. Cosa que determinaba su escasez, suplida por la producción local que, así, dio lugar a una suerte de autarquía. De manera que, en sentido estricto, las provincias españolas en América no se hallaban sujetas a un régimen colonial. Situación que cambió totalmente con el advenimiento de los Borbones al trono de España, que tuvo lugar al asumir Felipe V, duque de Anjou.

Los Borbones hacen suyo el *mercantilismo*, que ya venían practicando Holanda —creadora del sistema— Inglaterra y Francia. La teoría mercantilista parece indiscutible, toda vez que consiste en exportar más e importar menos. Y, en lo que respecta a países que poseen colonias, se traduce en importar de éstas materias primas y venderles productos manufacturados, con el beneficio consiguiente para la metrópoli. A partir de su adopción, como ya se apuntó, las provincias del imperio español pasan a cumplir el papel de colonias. En función del cual y, concretamente, a raíz de la introducción de mercancías elaboradas en la península, decaerían las industrias locales. Ese, al menos, es el esquema teórico que describiría los efectos de la adopción

⁶ *História Argentina*, ya citada.

del mercantilismo borbónico. Pero la realidad fue bastante diferente. Pues, por un lado, la guerra endémica de España con Inglaterra tornó riesgosa la navegación de las naves españolas y favoreció indirectamente a las industrias autóctonas y al contrabando. Contrabando alimentado en buena medida por la expansiva industria británica y el poderío de su flota. Y que incluso se llevaba a cabo en los llamados *buques de registro*, que transportaban cargas debidamente autorizadas pero que, con frecuencia, sumaban a ellas mercaderías ilegales, negociadas en beneficio de sus dotaciones.

A propósito del mercantilismo dice Vicente D. Sierra: *El mercantilismo procura desarrollar el libre comercio dentro de los ámbitos nacionales y restringir la importación tanto como acrecentar la exportación. Constituye un ideario nacionalista que aspira a hacer de cada nación un ente autónomo, que se autoafirma y pasa a constituir el objeto formal de la acción estatal*⁷.

En 1778 se dictan el *Reglamento y Aranceles para el Comercio Libre de España e Indias*, conocidos como *Decreto de Libre Comercio* aunque de eso tenía poco. Consta de 55 artículos, los primeros dedicados al urgente desarrollo de la marina mercante. Luego designa los puertos habilitados para comerciar libremente entre sí, pertenecientes todos al imperio español; los americanos se dividen en *mayores* y *menores*. Los del Río de la Plata —Buenos Aires, Montevideo y Maldonado— son *mayores*. Gravan éstos con un impuesto del 3% a los productos españoles y del 7% a los extranjeros; aquéllos, con el 1,50% y el 4% respectivamente.

En consonancia con el Reglamento de 1778, en junio de ese año se funda la Aduana de Buenos Aires, poniéndose a su frente a Francisco Jiménez Mesa.

Pero, hasta entonces ¿cómo se llevaba a cabo el control de las mercancías que ingresaban o salían del puerto? Así lo explica Sierra:

Bajo el gobierno de Bruno Mauricio de Zabala, y con el asesoramiento del ingeniero Domingo Petrarca, se construyó en 1729 la llamada Guardia del Riachuelo, modesta construcción desde la que algunos soldados vigilaban la entrada de navíos, celando el desembarco de contrabando. El local era ocupado por los oficiales reales en el momento de descargar los barcos.

*El aumento del tráfico marítimo planteó la necesidad de construir un local para la Real Hacienda y almacenamiento de los efectos que se recogían por cuenta del rey, y en 1770 se dispuso la construcción de una casa de tres piezas para practicar el reconocimiento de los cargamentos. En aquel entonces los navíos habían dejado de anclar frente a la Guardia del Riachuelo, y lo hacían más arriba, en un paraje denominado las Barracas, por los muchos depósitos de cueros instalados en él, de manera que la labor de vigilancia y de reconocimiento de embarques resultaba difícil. También se debatió entonces la conveniencia de instalar un muelle de madera para las descargas*⁸.

⁷ *Historia de la Argentina*, Unión de Editores Latinos, Buenos Aires 1959.

⁸ Vicente D. SIERRA, obra citada.

Y, para reforzar la defensa de los intereses de la metrópoli, en 1794 se erige en Buenos Aires el Consulado, conformado por un Prior, dos Cónsules, nueve Consiliarios, un Síndico, un Contador y otros empleados menores. Actúa como Tribunal de Comercio y como Junta Económica. Secretario del Consulado es el abogado Manuel Belgrano, quien luego, improvisado como militar, tendrá activa participación en la luchas por la independencia argentina. El organismo, creado para favorecer el mercantilismo borbónico, en los hechos, influido por los intereses locales, beneficia a la producción nativa y al contrabando.

Con motivo del pedido de un comerciante afincado en el Río de la Plata, en 1795 la corona autorizó el comercio con colonias extranjeras, quedando prohibida la salida de metales preciosos y la adquisición de mercaderías europeas. Pero el contrabando hizo fracasar tal modalidad, según señala un autor:

Otro abuso fue la salida clandestina de oro y plata en lugar de los productos coloniales, quedando burladas las terminantes prohibiciones en aquel sentido y, en cierta medida, sin cumplimiento el propósito de estimular la ganadería y la agricultura. La entrada de mercancías europeas tampoco pudo ser detenida, pues casi no hubo embarcación proveniente de colonias extranjeras que junto a los productos permitidos no transportase manufacturas extranjeras⁹.

Resulta ilustrativo señalar que, hacia esta época, los comerciantes porteños se dividen en «registreros», partidarios del monopolio y relacionados con sus colegas de Cádiz, y «contrabandos», vinculados con los ingleses.

* * *

Los comienzos del siglo XIX fueron pródigos en acontecimientos que involucraron al Río de la Plata. Por lo pronto, en junio de 1806, los ingleses atacan y ocupan Buenos Aires, instalándose en el gobierno el brigadier William Carr Beresford. Que es expulsado del mismo a raíz de la reconquista de la ciudad a principios de agosto. Pero, durante su breve gestión, estableció la libertad de comercio, política invariablemente seguida por Gran Bretaña a fin de colocar sus productos manufacturados. Un año después, el teniente general John Whitelocke fracasará en su intento de recobrar la ciudad.

Santiago de Liniers, figura destacada en la reconquista y posterior defensa de la plaza, es proclamado virrey pero, luego de algunos diferendos con el gobernador de Montevideo, en plena lucha de España contra Napoleón, la Junta de Sevilla envía como nuevo virrey a Baltasar Hidalgo de Cisneros. Quien, a raíz de un petitorio elevado en representación de *los hacendados y labradores*, a lo cual se sumó el hecho de encontrar agotadas las arcas virreinales, dispuso la apertura del puerto al libre comercio, a fin de recaudar fondos provenientes de la Aduana y quitar alicientes al contrabando.

⁹ SERGIO VILLALOBOS R., *Comercio y contrabando en el Río de la Plata y Chile*, Eudeba, Buenos Aires 1981.

Depuesto Cisneros por la Revolución de Mayo, en 1810, la Junta presidida por Cornelio Saavedra *procedió a decretar rebajas en los derechos de exportación y a permitir la salida de oro y plata amonedados*¹⁰.

Hemos alcanzado así los albores de la independencia argentina, que será declarada explícitamente en Tucumán, el 9 de julio de 1816. Y, ya instalados en la historia de la República, no es nuestro propósito abundar a su respecto, pues el motivo de este largo exordio ha sido informar al lector, a manera de referencia, sobre la importancia que revistió el contrabando en el Río de la Plata desde remotas épocas y no practicar una crónica menuda y actualizada de esa actividad ilícita hasta nuestros días. Sólo apuntaremos que los gobiernos que se sucedieron durante el siglo XIX fueron, por lo general, favorables al libre comercio, no resultando el del contrabando uno de los problemas que les ocasionaran mayor preocupación. Como dato pintoresco podemos agregar que, por aquel entonces, el legendario gaucho argentino, jinete arisco de la pampa, incluía habitualmente entre sus escasas pertenencias numerosas prendas elaboradas en Europa: el poncho que lo cubría podía estar tejido en Manchester, su sombrero solía ser de fieltro español y a veces era francesa la hoja de su puñal. También podríamos agregar que, en las postrimerías del siglo, hace su aparición el tango en los bajos fondos porteños. Y, como instrumento característico de los conjuntos que interpretan esa música emblemática de Buenos Aires, figurará el bandoneón, inventado y fabricado en Alemania.

Una excepción a la tónica apuntada se registró en la segunda gestión de Juan Manuel de Rosas. Durante la primera (1829/1832), su mentalidad de ganadero de la provincia de Buenos Aires lo impulsó a fomentar la libre exportación de cueros y carnes saladas, cuya contrapartida eran importaciones con bajos gravámenes. Sin embargo, a poco de retomar el poder (1835), atendiendo la situación de las industrias del interior del país dicta una Ley de Aduanas claramente proteccionista. Que no tuvo como consecuencia impulsar el contrabando, pues la dura mano del gobierno se hubiera encargado de desalentar a quienes se propusieran realizarlo.

Derrotado Rosas en la batalla de Caseros (1852), pronto asistió el país a los enfrentamientos entre las provincias del interior, comandadas por el general Urquiza, y la de Buenos Aires, conducida por Bartolomé Mitre. Uno de los varios motivos de tales enfrentamientos y no el menor, por cierto, fueron las rentas derivadas de la Aduana porteña.

Completada esta somera excursión introductoria, dedicaremos la segunda parte del presente artículo a un tema de rigurosa actualidad, vinculado, según ya lo adelantamos, con la detección temprana de mercaderías en infracción a los derechos de propiedad intelectual e industrial, mediante un procedimiento aduanero que, pese a hallarse aún en etapa experimental, ofrece perspectivas dignas de atención.

* * *

El Acuerdo sobre «Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio» (ADPIC en sus siglas en español y TRIPS en su versión inglesa) establece en su art. 51 que «los Miembros *adoptarán* procedimientos para que el

¹⁰ SERGIO VILLALOBOS R., obra citada.

titular de un derecho, que tenga motivos válidos para sospechar que se prepara la importación de mercaderías de marca de fábrica o de comercio falsificadas o mercancía pirata que lesionan al derecho de autor pueda presentar a las autoridades competentes, administrativas o judiciales, una demanda por escrito con objeto de que las autoridades de aduana suspendan el despacho de esas mercaderías para libre circulación».

O sea que la norma establece como obligatoria la adopción de medidas, que permitan a los titulares de derechos de marca o de autor solicitar a la autoridad competente la suspensión del despacho de mercaderías sospechadas de hallarse en infracción. En lo que atañe a la Argentina, la autoridad judicial es la competente para determinar si existe infracción a los derechos de propiedad industrial o propiedad intelectual, concretamente los jueces federales en materia de derechos industriales y los jueces civiles en lo relativo a derechos de autor. A los cuales debe recurrir el interesado para que determinen la infracción alegada. También pueden hacerlo ante los jueces del fuero criminal y correccional federal o penal, según la naturaleza de las infracciones, cuando éstas revistan carácter delictual.

Y continúa diciendo la norma que estamos citando que los Miembros «podrán autorizar para que se haga dicha demanda también respecto de mercancía que supongan otras infracciones de los derechos de propiedad intelectual». Agregando finalmente que: «Podrán establecer también procedimientos análogos para que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías destinadas a la exportación desde su territorio».

Los términos «adoptarán» y «podrán», destacados en bastardilla, señalan con claridad el carácter obligatorio o facultativo de las acciones respectivas.

Sobre el particular se han adoptado distintas normativas en lugares diversos. La Comunidad Europea permite a las Aduanas suspender un despacho cuando existan indicios de usurpación de marca o infracción de derechos de propiedad intelectual.

En los Estados Unidos, los titulares de marcas pueden recurrir a las Aduanas para impedir la importación de productos en infracción.

En América Latina, varios países (Argentina, Brasil, Chile y Méjico entre otros) dictaron medidas en frontera para combatir el tráfico de productos con marcas falsificadas.

* * *

Sin perjuicio del panorama general que acabamos de bosquejar, nuestra intención es circunscribir estas consideraciones al caso argentino, por resultar interesante y por haber tenido ocasión de participar en él uno de nosotros.

En concordancia con las prescripciones y recomendaciones que figuran en el citado art. 51 del ADPIC, en la Argentina se dictó la ley 25.986, promulgada el 29 de diciembre de 2004. Mediante la misma, el país se colocó al tope en materia de protección mediante medidas de frontera.

El art. 46 de la ley citada estableció la prohibición de importar o exportar mercaderías cuando, «a simple verificación», resulte que violan legítimos derechos de propiedad intelectual o industrial.

Como puede observarse, el texto aprobado sienta las bases de un sistema rápido y sencillo para frenar la circulación de mercaderías en infracción, a partir de una verificación desprovista de complicaciones formales.

Pero, infortunadamente, el final del artículo que nos ocupa contiene una condición que pudo tornarlo inocuo. Pues, en efecto, dice que su entrada en vigencia «será con ajuste a las condiciones y procedimientos que establezca la reglamentación». Lo cual supone un doble riesgo: 1.º) que «las condiciones y procedimientos» a establecer resulten arduos y complejos, desvirtuando la idea que sugiere la frase «a simple verificación»; 2.º) que la reglamentación, aparentemente erigida en requisito previo para el funcionamiento del sistema, se demore indefinidamente, tornando inocuo el dictado de la ley.

Según era de temer, la reglamentación se demoró efectivamente por largo tiempo, tal como suele ocurrir con algunas leyes que, simplemente por inoperancia o porque algún sector afectado se interesa en postergar sus efectos, jamás llegan a regir efectivamente.

Hace tiempo advertimos que lo mejor que se podía hacer para evitar la importación de productos espurios en infracción a derechos marcarios era establecer un sistema de información que permitiese a los titulares de las marcas tomar conocimiento de lo que se estaba por importar en infracción a sus derechos, antes de que la mercadería fuera liberada a plaza. De esta forma, se les daría la posibilidad de prevenir las infracciones en vez de tener que perseguirlas por todo el país, una vez ingresada la mercadería.

A tal fin, se preparó un proyecto de decreto para la creación de un Registro Voluntario de Derechos de Marcas en la Aduana, inicialmente llamado Rivodema y luego REMA, en virtud del cual quienes registraban su marca con la Aduana tendrían la posibilidad de recibir, en forma automática y por correo electrónico, información relativa a importaciones de productos con su marca o una marca que sustancialmente la reproduzca, para darles la posibilidad de tomar contacto con el importador y verificar si todo estaba en orden o, de lo contrario, poder recurrir a un juez federal para que instruyera al servicio aduanero la detención de la mercadería hasta tanto pudiera ser verificada por el titular de la marca.

Siguiendo el criterio de la jurisprudencia de los tribunales federales, el sistema propuesto de ninguna forma interfería con la posibilidad de realizar importaciones paralelas de productos genuinos, pero ponía a cargo de quienes las hacían la obligación de informar lo que estaban por importar para que el titular de la marca registrada ante la Aduana pudiera tomar conocimiento con antelación a la importación. Esto no difiere del derecho que tienen las titulares de marca, fronteras adentro, de exigir explicaciones completas a terceros acerca del origen de la mercadería identificada con la misma (artículo 39, Ley 22.362).

El sistema informativo propuesto tampoco interfería ni restringía las facultades que el servicio aduanero pudiera tener para actuar de oficio y que ahora el artículo 46 le impone en forma obligatoria en los casos allí previstos.

Posiblemente tomando como base ese antecedente, en el seno de la Aduana se preparó un proyecto de decreto para reglamentar el referido artículo 46, en el cual se establece que en una primera etapa se comenzaría sólo con el control de las importaciones con relación a los derechos de marcas y derechos de autor, para en una segunda etapa hacerlo extensivo a los demás derechos de propiedad intelectual e industrial y a las exportaciones. Allí aparece un llamado sistema de alertas para que los titulares de los derechos registrados con la Aduana puedan tomar medidas en tiem-

po oportuno que eviten el ingreso de mercaderías en infracción. Este proyecto hasta ahora no ha pasado de ser tal, pues aún no ha tenido sanción.

Mientras tanto, a iniciativa del Ministerio de Salud se dispuso la modificación del art. 46 de la Ley 25.986 mediante la eliminación de las últimas palabras de su primer párrafo: «o que vulnere otros derechos de propiedad intelectual o de propiedad industrial que al titular le otorgue la legislación nacional»¹¹.

Si bien esta eliminación no vulnera el nivel mínimo de protección en medidas que requiere el art. 51 del ADPIC, en nuestra opinión se trata de una medida regresiva y poco feliz que afecta innecesariamente la imagen del país a nivel internacional en esta materia. Como la prohibición prevista por la norma está limitada a aquellos casos en que la infracción a los derechos de propiedad intelectual o industrial resultare de «la simple verificación», pareciera que la modificación no resulta justificada.

Así las cosas, vale decir con un acuerdo internacional que obliga a adoptar procedimientos tendientes a proteger tempranamente a los titulares de marcas y de derechos de autor; con una ley que, en concordancia con ello, bosqueja un sistema eficaz para hacer efectiva esa protección; con una propuesta apuntada a reducir los alcances de dicha ley; y con una condición suspensiva —la reglamentación del respectivo artículo— que no termina de cumplirse, la Dirección General de Aduanas, mediante Nota Externa 53, del 10 de octubre de 2006, implementó varias medidas tendientes a detectar fraudes marcarios y resolvió «instruir a las áreas operativas y de control de todas las Aduanas del país» para que instrumentaran lo dispuesto por el art. 46 a fin de que «no devenga en letra muerta» y hasta tanto se proceda a su reglamentación.

En consonancia con esas instrucciones y a instancias de la Aduana, la AFIP (Administración Federal de Ingresos Públicos), de quien depende la Dirección Nacional de Aduanas, decidió poner fin al *statu quo* y conferir efectividad a la ley, en lo que se refiere a marcas, dictando la Resolución 2216, que entró en vigencia el 3 de abril de 2007 y de la cual pasamos a ocuparnos con mayor detenimiento.

El criterio sustentado por la AFIP fue que la falta de reglamentación del art. 46 de la ley 25.986 «no constituye impedimento jurídico para adoptar medidas conducentes a garantizar la aplicación de dicha ley, cuya operatividad no ofrece duda». Y, en su aspecto sustantivo, crea, en el ámbito de la Dirección General de Aduanas, un sistema informático («Sistema de Asientos de Alerta») que entró en vigencia el 3 de abril de 2007.

El Sistema de Asientos de Alerta, ya mencionado, prevé que los titulares de marcas las registren en la Aduana por un plazo de dos años, renovable, y con intervención de la División de Fraude Marcario.

Las importaciones alcanzadas por el sistema quedan bloqueadas durante tres días hábiles, quedando exceptuadas las presentadas por el titular inscripto en dicho sistema. Durante el plazo mencionado, la existencia de la operación es comunicada al referido titular del derecho, en cuya presencia y a su solicitud se procede a verificar la mercadería por el área operativa. De resultar positiva la existencia o

¹¹ A la hora de escribir esta nota el proyecto de modificación del art. 46 de la Ley 25.986 todavía no ha sido convertido en ley.

presunción de fraude marcario, se inician las actuaciones legales o administrativas correspondientes.

En caso de incomparencia del interesado y vencido el plazo del bloqueo, la Aduana pondrá en práctica las medidas de control que estime correspondan.

En el caso de mercaderías sin marca, el procedimiento incluye el suministro de datos que facilitan su control. Si se diera tal supuesto, el declarante deberá informar si la mercadería será comercializada después de la colocación de la marca e indicar el domicilio donde se llevará a cabo. Por otro lado, si hiciera saber que se comercializará sin marca, su destino será puesto en conocimiento de la Dirección de Lealtad Comercial a sus efectos.

Como el uso de marcas no es obligatorio en la Argentina, la Aduana elaboró el procedimiento descrito para detectar situaciones en que se pretenda eludir el bloqueo, declarando falsamente que la mercadería carece de marca.

Por tratarse de un procedimiento novedoso, es natural que pueda generar dudas y abrir interrogantes. Para dilucidar los cuales pueden los usuarios acudir al Foro Marcario y recabar aclaraciones a los funcionarios y técnicos aduaneros.

* * *

Si bien el tiempo transcurrido desde la puesta en funcionamiento del Sistema de Asientos de Alerta es aún breve, ya se pueden adelantar algunos comentarios referidos a él y efectuar un somero análisis vinculado con los resultados recogidos.

Ocurre por lo pronto que, en cuanto el servicio aduanero detiene una mercadería por resultar sospechosa, la actitud que adoptan sus importadores permite establecer rápidamente si existe o no una infracción. Pues, en caso afirmativo, o sea cuando la infracción realmente existe, el importador opta por abandonarla, dado que advierte hasta qué punto le resulta poco conveniente embarcarse en un litigio cuyo desenlace resulta previsible. En cambio, tratándose de mercadería legítima, a cuyo respecto las sospechas puedan ser desvirtuadas, el importador podrá suministrar al titular del derecho toda la información necesaria para dejar su situación en claro.

Se trata, en una palabra, de un sistema ágil que, al tiempo que constituye un bastión avanzado para detener el tráfico ilegal de mercaderías, cumple también el objetivo de no trabar el flujo del comercio internacional.

