

**MEMORANDO 01-FADETA-2015 - 28/01/2015**

**DE: Warner Molina Ruiz, Fiscal Adjunto de Delitos Económicos, Tributarios-Aduaneros y Propiedad Intelectual.**

**PARA: Fiscala Coordinadora y Fiscalas y Fiscales Auxiliares.**

**ASUNTO: 1.-Denuncias. 2.- Instancia. 3.- Compras previas por parte del interesado. 4.- Diligencias de allanamiento, registro y examen de evidencia. 5.- Decomiso, inventario, traslado y custodia de las mercancías. 6.- Colaboración del interesado, para el examen preliminar de las evidencias decomisadas. 7.- Formalidades mínimas del documento que acredita el "poder" del representante del titular del derecho afectado.**

**Detalle:**

**1.-Denuncias.**

En materia de derechos de autor, derechos conexos y propiedad intelectual, lo ideal es que las denuncias formuladas por parte de los titulares de marcas o representantes autorizados de los mismos, lo hagan de manera directa (verbal o por escrito), ante *la Sección de Delitos Varios del Organismo de Investigación Judicial, la Policía de Control Fiscal* o bien, *la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Tributarios-Aduaneros y Propiedad Intelectual*. Lo anterior, por cuanto ya existe un consenso sobre los requisitos que, como mínimo, deben contemplar las denuncias de este tipo de delincuencia, lo cual permite desde el inicio una mejor planificación de la investigación.

La propuesta de trabajo de esta Fiscalía Adjunta, es combatir las infracciones delictivas en tanto las mercancías decomisadas o que se tiene previsto decomisar, superen los **umbrales de punibilidad** (criterios de aplicación y, o de valoración), establecidos en los artículos 70 y 70 bis de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual (N° 8039 del 12 de octubre de 2000). Todas aquellas denuncias sobre decomisos de mercancías falsificadas que no superan los umbrales serán conocidas, tramitadas y resueltas por las fiscalías territoriales, tal como se ha establecido para las fiscalías que corresponden a los tres circuitos judiciales de San José (***ver memorando 7-2014 del Fiscal Adjunto Francisco Fonseca Ramos***).

## **2.- Instancia.**

De conformidad con el artículo 43 de la referida ley 8039, los delitos contemplados en esa legislación especial, son de "*acción pública perseguibles a instancia privada*", lo que significa que debe contarse con la "*anuencia o autorización*" del **titular del derecho o de su representante acreditado**, para proseguir la acción penal. Debemos entender, para todos los efectos, que el titular del derecho es la persona física o jurídica que tiene los derechos exclusivos por ser dueña o propietaria de la "*marca o signo distintivo registrado*", o de la "*obra literaria, artística o científica*", "*el nombre comercial*", etc.

Si bien, el mismo numeral 43 establece la posibilidad de que las autoridades actúen de "*oficio*", esto es, sin necesidad de denuncia formal, cuando la actuación tiene como propósito preservar pruebas o bien prevenir la continuación de la actividad infractora, esta disposición no deja de presentar serios problemas de orden práctico.

En no pocas ocasiones, por las razones que sean, el titular del derecho NO está interesado en dar seguimiento al proceso y las autoridades actuantes se ven luego en el complicado escenario de no saber qué destino dar a la mercancía decomisada, ya que de manera expresa el artículo 71º de la Ley 8039 establece que "*(...) la autoridad judicial podrá ordenar en sentencia penal, la destrucción de las mercancías falsificadas ilegales o pirateadas, así como la destrucción de los materiales, accesorios e implementos utilizados en la comisión del delito.*". Esto implica que es el Juez a petición de parte o de oficio, quien podría ordenar en "*sentencia*" la destrucción de las mercancías, pero si no hay instancia procesal por parte del titular del derecho, la obtención de una sentencia resulta poco probable y las mercancías decomisadas quedan en una especie de limbo, sin definición. Para evitar lo anterior, dentro de los márgenes de racionalidad y proporcionalidad, se propone que de no contar con la previa autorización o anuencia del titular del derecho, la actuación "*oficiosa*" para proceder al decomiso de mercancías falsificadas se valore según las circunstancias de cada caso concreto.

## **3.- Compras previas de mercancía falsificada por parte del interesado.**

En muchos casos, previa a la formulación de las denuncias por parte del titular del derecho, por iniciativa propia o a instancia de alguna autoridad, el particular realiza **compras previas** (o precompras, en argot de la policía) de mercancía falsificada o

adulterada. El resultado de estas compras previas son de gran utilidad probatoria y son totalmente admisibles bajo el principio de libertad probatoria. Resultan especialmente útiles para la gestión de las órdenes de allanamiento. Por ello, se recomienda promover esta práctica entre los denunciantes y al concretarse la denuncia proceder al decomiso de las mercancías objeto de las compras previas, con la respectiva información (la persona que realizó la compra, la fecha y el lugar de la compra, precio pagado, etc.).

#### **4.- Diligencias de allanamiento, registro, examen y secuestro de evidencia.**

En materia de derechos de autor, derechos conexos y propiedad intelectual, no resulta inusual que las autoridades actuantes requieran de realizar diligencias de allanamientos en diferentes sitios (casas de los sospechosos, bodegas, tiendas o comercios, etc.).

De conformidad con la normativa procesal vigente y directrices emitidas por los jefes del Ministerio Público, Organismo de Investigación Judicial y Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública (*ver **Protocolo de Actuación para la Aplicación de la Dirección Funcional** de enero 2012, artículo 6*), la labor de los fiscales y fiscalas en la formulación y gestión de las órdenes de allanamiento resulta necesaria bajo el concepto de "dirección funcional" y el control de la investigación (*artículo 67 del Código Procesal Penal*).

Si bien ha sido práctica habitual que los fiscales y fiscalas acompañen a los cuerpos policiales en la ejecución de las órdenes de allanamiento; en sentido estricto, ese acompañamiento no constituye una obligación legal ni tiene incidencia en la validez de los actos y actuaciones policiales en el sitio del allanamiento. Lo importante es que, la actuación policial se enmarque dentro de las directrices generales o específicas que se hayan establecido durante las reuniones de dirección funcional.

Por ello, se establece en este memorando que las diligencias de allanamiento, registro, examen y secuestro de evidencias en casos de derechos de autor, derechos conexos y propiedad intelectual, así como en delitos tributarios y aduaneros, corresponderá a las autoridades policiales actuantes y solo por excepción previamente autorizada por la

Fiscalía Coordinadora o el Fiscal Adjunto, intervendrán miembros de la fiscalía en este tipo de diligencias.<sup>39</sup>

Para dar fiel cumplimiento a la dirección funcional y control de la investigación, la fiscalía o el fiscal encargado del caso, estará **100% disponible** el día del allanamiento, para atender y resolver todas las consultas e incidencias que requiera el jefe o los encargados del grupo policial que ejecuta el allanamiento y, o incluso, para atender los requerimientos de la autoridad jurisdiccional o de las partes del proceso. En ese sentido, el fiscal o fiscalía encargado del caso, dará toda la asesoría, la dirección funcional y apoyo que resulte necesario, antes-durante y después de concluidos los allanamientos.

#### **5- Decomiso, inventario, traslado y custodia de las mercancías.**

Por las mismas razones esbozadas en el punto anterior, y de conformidad con los artículos 198 del Código Procesal Penal, artículo 5 de Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial y los artículos 20 y 21 del Protocolo de Actuación para la Aplicación de la Dirección Funcional, los *"...objetos relacionados con el delito, los sujetos a confiscación o los que sirvan de medios de prueba pueden ser secuestrados por la Policía Judicial, siempre que sean útiles y pertinentes para el proceso..."*

Asimismo, como lo dispone el artículo 21 del citado Protocolo, la *"...fijación, levantamiento, embalaje, etiquetado y transporte de las evidencias recolectadas en el sitio del suceso, estarán a cargo de la Policía Judicial. **Las y los fiscales respetarán las decisiones técnicas que haga la policía en cuanto al manejo del sitio y de las evidencias.** // Las evidencias se mantendrán bajo resguardo de la Policía Judicial para el debido análisis de su significación probatoria, salvo que el o la fiscal disponga lo contrario. // Concluida la investigación, la Policía Judicial presentará el informe respectivo y remitirá las evidencias al Ministerio Público o al Depósito de Objetos, según orden de la o el fiscal."* (Negrita suplida).

Si la autoridad actuante es la Policía Judicial, corresponderá al oficial a cargo del operativo la coordinación con el Jefe del Depósito Judicial, para los temas logísticos de

---

<sup>39</sup> *Los allanamientos, registros, examen y secuestros relacionados con casos económicos de naturaleza estrictamente contable o financiera, serán analizados y dispuestos por separado, en otro memorando.*

traslado, custodia y depósito de las mercancías decomisadas, la cual quedarán a la orden de la Fiscalía, para los fines consiguientes.

Si la autoridad actuante es la Policía de Control Fiscal (PCF) y, o las Autoridades aduaneras, el decomiso, las actas de inventario así como el traslado y la custodia de las mercancías decomisadas a los Almacenes o Depósitos fiscales, será responsabilidad de las autoridades aduaneras o de la PCF.

El fiscal o la fiscalía encargada del caso, pedirá un informe a las autoridades actuantes sobre el resultado del allanamiento, registro, examen y secuestro de las evidencias, así como un inventario detallado de las mismas y la consignación de otros detalles referidos a la cadena de custodia, para los fines probatorios de la causa penal y verificar si conforme a los criterios de aplicación o valoración se cumple con los umbrales de punibilidad establecidos en los artículos 70 y 70 bis de la Ley 8039.

#### **6.- Colaboración del interesado en el examen preliminar de las evidencias decomisadas.**

Tomando en consideración que los delitos contra los derechos de autor, derechos conexos y propiedad intelectual, son de acción pública perseguibles a instancia privada, se desprende que debe existir un interés manifiesto de la parte ofendida no solo de denunciar e instar el proceso penal, sino también de brindar la colaboración que resulte útil y pertinente. En ese sentido, el interesado (titular de la marca o su representante), será convocado por las autoridades actuantes para que brinde colaboración en el examen preliminar de las evidencias decomisadas en los allanamientos, a efecto de realizar una primera verificación sobre la falsedad e ilicitud de los productos objeto de secuestro. El fiscal o fiscalía a cargo, a solicitud de la policía, contemplará en la respectiva solicitud de la orden de allanamiento, la gestión de autorización para que el particular pueda examinar algunas muestras del producto que se denuncia como falso o ilícito y así se dejará constando en las actas de decomiso que realice la policía en el sitio. Se aclara que, de ningún modo, este examen preliminar sustituye el nombramiento posterior del perito (con las formalidades procesales) ni su dictamen pericial escrito.

#### **7.- Formalidades "mínimas" del documento que acredita el "poder" del representante del titular del derecho afectado.**

Recientemente algunos jueces penales del Primer Circuito Judicial de San José, han asumido la posición de exigir previo a otorgar las órdenes de allanamiento, que el abogado o representante legal del titular del derecho, acredite su poder de representación cumpliendo "formalidades mínimas". En ese sentido, se exige que el documento que acredita el "poder" si fue otorgado en el extranjero, se encuentre en idioma español (o con traducción oficial, si originalmente fue dado en otro idioma) y con las autenticaciones consulares ("apostillado"). Si bien, resulta discutible si estas formalidades son indispensables para que se otorgue las órdenes de allanamiento, lo cierto es que, los jueces lo han venido exigiendo y los recursos de apelación contra estas decisiones no han sido admitidas, por lo que conviene ajustar nuestras actuaciones en ese sentido. En todo caso, el requisito del "apostillado", tarde o temprano, debe cumplirse, mejor que lo sea antes de proceder al decomiso de las mercancías, y dejar así garantizado el debido proceso.

San José, 28 de enero de 2015.

**Warner Molina Ruiz**  
**Fiscal Adjunto**  
**Fiscalía de Delitos Económicos, Tributarios-Aduaneros y Propiedad Intelectual**  
**Ministerio Público**