

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

PARA: Fiscala Coordinadora y Fiscalas y Fiscales Auxiliares.

**ASUNTO: CUSTODIA Y DESTRUCCIÓN DE EVIDENCIAS (MERCANCIAS)
CASOS POR INFRACCION PENAL DE DERECHOS DE AUTOR, DERECHOS
CONEXOS Y PROPIEDAD INTELECTUAL**

DETALLE:

Desde el momento en que el señor Fiscal General de la República, don Jorge Chavarría Guzmán, asignó a esta fiscalía adjunta el tema de las infracciones penales a los derechos de autor, derechos conexos y propiedad intelectual, ha existido una tarea pendiente y que consideramos medular: *¿qué hacer con la custodia y en especial, con la destrucción de las evidencias (concretamente, mercancías decomisadas) de estos casos?*

Con la experiencia generada durante estos casi 18 meses de trabajo en la materia, estimo posible identificar algunos escenarios:

I.- CASOS CON SOLICITUD DE DESESTIMACIÓN.

En primer término, podemos identificar los casos que son objeto de solicitudes de desestimación. Según el artículo 282 del Código Procesal Penal, podrá requerirse la desestimación cuando el hecho *no constituya delito o sea imposible proceder.*

En materia de derechos de autor, derechos conexos y propiedad intelectual, se hace necesario verificar varios aspectos sustantivos y de procedibilidad. Uno de ellos es la condición objetiva de punibilidad: el **daño económico** debe superar el **criterio de aplicación** (umbral) del artículo 70 de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad

Intelectual (No. 8039), esto es, se requiere que el daño económico causado en el caso concreto sea superior a **la mitad de un salario base**.⁴⁰

Adicional al criterio de aplicación, debe tenerse presente los **criterios de valoración** del artículo 70 bis de la citada Ley 8039. Para fijar el monto del perjuicio económico se utiliza de referencia el precio al detalle del producto genuino, el cual multiplicado por el número de copias infractoras del original, debe superar la mitad del salario base indicado. No alcanzar el umbral motiva la gestión de desestimación.

¿Qué sucede si en estos casos hay mercancías decomisadas o en custodia a la orden de la fiscalía?

a).- El caso que va a ser objeto de la solicitud de desestimación cuenta con PRUEBA IDONEA de la falsificación del producto.

Si actuando de oficio o a petición de parte, la Autoridad Aduanera en aplicación de medidas en frontera o algún cuerpo policial (PCF, Municipal, Fuerza Pública), procedieron a realizar retenciones y, o decomisos preventivos, contando en ese momento inicial con alguna prueba idónea (*opinión experta documentada, perito, dictámenes de laboratorio o documentos, etc.*) sobre la falsificación o el carácter fraudulento del producto o sus componentes, pero no se alcanza el umbral de punibilidad, en estos casos debe solicitarse la desestimación al Juzgado Penal y en la misma solicitud debe pedirse a la Autoridad jurisdiccional que **ordene o autorice la destrucción de las mercancías decomisadas, bajo el argumento de que en atención a su indubitable naturaleza fraudulenta, las mercancías decomisadas no pueden ni deben ingresar a los canales comerciales del país salvo que el presunto infractor**

⁴⁰ El concepto de salario base utilizado en la Ley 8039, corresponde a lo definido en el artículo 2 de la Ley 7337, de 5 de mayo de 1993, y sus reformas. El salario base de un oficinista 1 para el año 2015, es de **cuatrocientos tres mil cuatrocientos colones (403.400,00)**, según Circular No. 260-2014 del Consejo Superior del Poder Judicial. En consecuencia, cuando no se supere el monto de los **doscientos un mil setecientos colones (201.700,00)**, el caso debe ser objeto de una solicitud de desestimación.

presente al despacho judicial la respectiva autorización -expresa y por escrito- del titular del derecho de propiedad intelectual.⁴¹

En relación con los discos “quemados”, conteniendo música o películas protegidas por el copyright (derechos de autor), con la solicitud de desestimación se debe gestionar igualmente la autorización de destrucción de todo el material decomisado, aún cuando no se cuente con prueba “idónea”, ya que en este aspecto basta el hecho notorio (por ende, no requiere prueba) de que la música o película constituye material pirateado en atención a su forma de almacenamiento y, o, presentación. Como se indicó en el párrafo anterior, la destrucción del material decomisado no procederá si el presunto infractor presenta -en tiempo y forma- la autorización expresa y por escrito del titular o titulares de los derechos de autor y, o propiedad intelectual, que le faculta a comercializar los artículos decomisados.

En apoyo a este último punto se puede tener en cuenta lo indicado en su oportunidad por el entonces **Tribunal de Casación Penal de San José, en la sentencia 00659-2005 de las 10:00 horas del 15 de julio de 2005:**

“...el tribunal tuvo por cierto que los imputados se dedicaban a reproducir fonogramas y realizar una actividad lucrativa en detrimento de los legítimos titulares de esos derechos...los encartados no tienen una empresa legal para vender fonogramas ni pretenden ser representantes legales de ningún artista. Simplemente reproducen material, de cuyos signos externos se deduce la ilegalidad y afectación para la empresa ofendida...” (Negrita suplida)

⁴¹ . Ver artículos 1°, 17° y 71° de la Ley 8039, en relación con las obligaciones generales asumidas por Costa Rica en el Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos (CAFTA, siglas en inglés), incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley No. 8622 de 21 de noviembre de 2007, según artículo 15.11: Observaciones de los Derechos de Propiedad Intelectual, Obligaciones Generales, el punto (iii) del apartado 26.

No menos importante de esta misma resolución es la referencia que, a su vez, hace de otro precedente jurisprudencial, concretamente de la Sala Tercera (voto 410-F-93), que estableció que **NO ES INDISPENSABLE**:

*“...se acreditara en autos el que las compañías dedicadas al negocio de reproducción de música (no solamente Indica sino cualquier otra) tienen protegidos los derechos que se reclaman, puesto que **lo que interesa es que el imputado no estaba autorizado para dedicarse a la actividad referida.**”* (Negrita suplida).

Tomando de base estos precedentes jurisprudenciales así como el escueto marco normativo indicado (nota de pie de página),⁴² se debe gestionar la autorización de destrucción de los discos pirateados o falsificados aunque, reitero, en el expediente judicial no conste el “interés” o la “instancia” de los titulares de los derechos afectados (llámese compañías discográficas, distribuidores autorizados, compositores, ejecutantes, músicos y cantantes, etc.).

b).- El caso objeto de la solicitud de desestimación NO CUENTA con prueba idónea de la falsificación del producto.

Si no existe prueba alguna que demuestre la falsificación o la naturaleza fraudulenta del producto o de sus componentes, **NO SE PODRÁ** gestionar la destrucción de las mercancías decomisadas. En estos casos, si existe el mérito para ello se solicitará la desestimación y se

⁴² De manera adicional, para tomar las argumentaciones jurídicas de las solicitudes, se puede referenciar lo dispuesto en la **Ley No. 8622 de 21 de noviembre de 2007** (incorporó a nuestro ordenamiento el Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos), en el punto 5 del artículo 15.11: Observancias de los Derechos de Propiedad Intelectual del Tratado de Libre Comercio, establece: *“En los procedimientos civiles, administrativos y penales relativos a los derechos de autor y derechos conexos, cada Parte dispondrá: (a) la persona cuyo nombre es indicado como el autor, productor, intérprete o ejecutante o editor de la obra, interpretación o ejecución o fonograma de la manera usual, se presumirá, en ausencia de prueba en contrario, como titular designado de los derechos de dicha obra, interpretación o ejecución o fonograma; y (b) se presumirá, en ausencia de prueba en contrario, que el derecho de autor o derecho conexo subsiste en dicha materia.”* (Negrita suplida).

pedirá al Juzgado Penal que declare “*en abandono*” las mercancías si, a la fecha de la solicitud de desestimación, han transcurrido más de **TRES MESES** desde la fecha del decomiso y el interesado no ha presentado alguna gestión o reclamo de los bienes. **Lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en la Ley 6106, artículo 1º, inciso a), párrafo segundo.**

c).- DEBIDO PROCESO.

Para evitar actividades procesales defectuosas o complicaciones futuras, lo procedente es cumplir con formalidades del debido proceso. Por ello, la Fiscalía **exigirá** a la Autoridad Aduanera o a los Cuerpos de Policía actuantes que hayan realizado la retención o el decomiso de la mercancía que procedan, si no lo hicieron en el momento del decomiso, **a dar aviso mediante acta o constancia escrita** al dueño, consignatario o representante del propietario de la mercancía, de que cuenta con un plazo de *tres meses según lo dispone el inciso a) párrafo segundo del artículo 1 de la Ley 6105*, para que realice las acciones o gestiones sobre los bienes decomisados, bajo el apercibimiento expreso de que cumplido ese plazo podrán declararse en abandono y ordenarse su destrucción.

De presentarse alguna acción, gestión o reclamo de devolución de las mercancías decomisadas, se tendrá en cuenta lo siguiente:

a) **si existe prueba idónea de la falsificación**, la devolución al interesado se hará en tanto se tenga por demostrado que es el dueño de la mercancía decomisada así como el aporte del consentimiento escrito del titular del copyright (derecho de autor) o derecho de propiedad intelectual protegido. De no presentarse ese consentimiento, se solicitará al Juzgado Penal que en ausencia de ese consentimiento se autorice la destrucción de las mercancías decomisadas;

b) **si no existe prueba de la presunta falsificación de las mercancías**, se ordenará la simple devolución de las mismas al interesado, transcurridos los tres días siguientes de la notificación que acoge la solicitud de desestimación por parte del Juzgado Penal.

(No conviene hacerlo antes, ya que el titular del derecho o su representante, puede presentar recurso de apelación contra la resolución que ordena la desestimación o bien de oficio el Juzgado Penal podría “disconformar” del dictamen fiscal de desestimación).

c) **si se da la revocatoria de la instancia por parte del titular del derecho o su representante**, se ordenará la devolución de las mercancías al interesado, ya que dicha revocatoria de instancia constituye **implícitamente** un consentimiento del titular del derecho a favor de la persona denunciada.

d) pese a la revocatoria de la instancia, **no procederá la devolución de las mercancías retenidas o decomisadas al interesado, si existen mercancías con obligaciones tributarias aduaneras pendientes o si están sometidas a notas técnicas** del Ministerio de Salud, Ministerio de Agricultura y Ganadería, Ministerio de Seguridad Pública u otras entidades regulatorias. En estos casos, las mercancías serán puestas nuevamente a la orden de la Autoridad aduanera para que proceda conforme a la normativa aduanera.

II.- SOLICITUD DE SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO Y, O PROVISIONAL

Para los casos con solicitud de sobreseimiento definitivo o provisional, en lo posible le serán aplicables lo dispuesto en el punto **I.-** anterior, en tanto el sobreseimiento definitivo no sea consecuencia de la extinción de la acción penal por aplicación de una medida alterna al proceso (ver punto **IV** más adelante).

III.- CASOS CON ACUSACIÓN Y SOLICITUD DE APERTURA A JUICIO

Cuando en el caso concreto se formule una acusación y solicitud de apertura a juicio, en relación con las mercancías falsificadas o pirateadas se deberá proceder conforme lo disponen los **artículos 17 y 71** de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual (No. 8039 de 12 de octubre de 2000 y sus reformas).

El citado artículo 17 está referido a las mercancías retenidas o decomisadas por parte de la Autoridad Aduanera, en aplicación de las medidas en frontera. En estos casos, al formularse la acusación, la Fiscalía solicitará a la Autoridad jurisdiccional (Juzgado o Tribunal), que en sentencia (firme) se sirva ordenar a las autoridades aduaneras, la destrucción de las mercancías que hayan sido determinadas como pirateadas o falsificadas retenidas o decomisadas. Si no hay aplicación de medidas en frontera, igual se procederá con la solicitud de destrucción, de conformidad con el artículo 71 de la misma ley.

Con fundamento en el artículo 17, si el titular del derecho de propiedad intelectual infringido lo consiente, la Fiscalía podría gestionar ante la Autoridad jurisdiccional, que en sentencia se ordene la **DONACIÓN** de las mercancías a programas de bienestar social para uso fuera de los canales de comercio, *cuando la remoción de la marca adherida elimine las características infractoras de la mercancía y esta ya no sea identificable con la marca removida*. Lo anterior es importante tenerlo presente, ya que el mismo numeral establece que *“...En ningún caso, la simple remoción de la marca adherida ilegalmente será suficiente para permitir que las mercancías ingresen en los canales comerciales.”*

Esto último podría resultar un contrasentido ya que la donación a programas de bienestar social se hace siempre bajo condición (imperativo legal) de que sea para **“uso fuera de los canales de comercio”**. Por ello, para salvar el punto, podría sugerirse que se le haga una prevención especial al director o jefe del programa beneficiado con la donación de que los bienes no pueden ser introducidos a los canales comerciales del país, bajo apercibimiento de cometer los delitos de desobediencia a la autoridad e infracción a los derechos de propiedad intelectual.

IV.- CASOS CON APLICACIÓN DE MEDIDAS ALTERNAS

En algunos casos es posible que los imputados y, o los titulares de derechos (o sus representantes), o ambos a la vez, expresen su interés en aplicar alguna de las medidas alternas previstas en el Código Procesal Penal, a saber: a) el pago máximo previsto para la

pena de multa; b) la suspensión del proceso a prueba; c) la conciliación y; d) la reparación integral.

En cualquiera de ellas la regla a seguir es que el caso se remita al Juzgado Penal con la acusación y solicitud de apertura a juicio. Si fracasa la negociación y, o la aplicación de la medida alterna, el caso no regresa a la Fiscalía sino que continua su trámite normal en la etapa intermedia.

La regla anterior, sin embargo, puede tener excepciones. Según el caso concreto, podría ser razonable que las partes procuren, de manera temprana, la aplicación de la medida alterna. Por ejemplo, si el “costo” de las pericias o los “bodegajes”, resultan cuantiosos y sea razonable que quieran anticipar a la brevedad la finalización del caso. Si aun la Fiscalía no cuenta con los elementos necesarios para formular la acusación, con el visto bueno de la Fiscalía Coordinadora y, o el Fiscal Adjunto, se solicitará la audiencia temprana para que se conozca de la medida alterna sin previa acusación.

Cuando se negocia y se aplica una medida alterna, la Fiscalía debe estar atenta de que las partes “**definan el destino final**” de las mercancías decomisadas, ya sea que se disponga su devolución, donación o destrucción. Si permanecen en un Depósito o Almacén fiscal, debe definirse quién asume el pago de los impuestos aduaneros y bodegaje. Si van a ser destruidas, debe fijarse cual de las partes asume el costo de la destrucción de las mercancías. Si van a ser donadas a un programa de bienestar social, las partes deben indicar el destinatario, las condiciones de entrega y utilización de esa donación. Si no han escogido el destinatario, la Fiscalía podría consultar a la Dirección Ejecutiva si existe una lista de beneficiarios de programas sociales y proponer el resultado de esa consulta a las partes y a la Autoridad jurisdiccional.

V.- CASOS CON EVIDENCIAS RETENIDAS O DECOMISADOS, QUE DEBEN REMITIRSE A OTRAS FISCALÍAS O DESPACHOS JUDICIALES

De existir casos por delitos de propiedad intelectual que deban remitirse ya sea a otras Fiscalías o Juzgados Penales, en los cuales existen mercancías retenidas o decomisadas, se procederá conforme lo dispone la Circular No. 102-2015 del Consejo Superior: *“...los despachos judiciales que conocen materia penal, que en los procesos que corresponda declararse incompetentes, deberán informar por escrito el destino de las evidencias respectivas a la autoridad judicial que asumirá el trámite del expediente, con el fin de que tenga pleno conocimiento de esa situación.”*