

Informe de Investigación

TÍTULO: PROTECCIÓN DE TESTIGOS DENTRO DEL PROCESO PENAL

Rama del Derecho: Derecho Procesal Penal	Descriptor: Protección de Testigos
Tipo de investigación:	Palabras clave: Testigo, Testimonio, Protección, Víctima, Identidad Protegida
Fuentes: Doctrina, Normativa y Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 23/02/2011

Índice de contenido de la Investigación

1. RESUMEN.....	1
2. DOCTRINA.....	1
a) Medidas especiales de protección a los testigos.....	1
3. NORMATIVA.....	7
a) Código Procesal Penal.....	7
4. JURISPRUDENCIA.....	18
a) Protección especial de menor de edad por haber sido testigo en una causa de narcotráfico.....	18
b) Posibilidad de recibir el testimonio sin la presencia del imputado.....	33
c) Protección a la víctima no implica que la prueba indirecta o referencial deba preponderar.....	37
d) Testigo con identidad protegida.....	40

1. RESUMEN

El presente informe, incorpora una somera revisión doctrinal, normativa y jurisprudencial, atendiendo a los principales supuestos teóricos que subyacen a los programas de protección de testigos. De esta forma, se analiza su aplicación práctica y requisitos de aplicabilidad sentados por los respectivos tribunales jurisdiccionales.

2. DOCTRINA

a) Medidas especiales de protección a los testigos

[RUDI, D. M.]¹

“§ 21. Testimonio a puertas cerradas

Habida cuenta del peligro en que se halla el testigo y su familia en una investigación sobre el delito organizado, se puede utilizar la técnica del testimonio a puertas cerradas, con la sola asistencia del fiscal y los defensores y la exclusión de los enjuiciados y del público.

Por el art. 389 del Cód. Proc. Penal de la Nación, durante el debate los jueces, el fiscal, las otras partes y los defensores podrán formular preguntas a Los testigos-, ahora bien, en determinadas circunstancias se producen situaciones en las cuales, por razones de seguridad de los declarantes, los tribunales han dispuesto la salida del imputado de la sala de audiencias, quedando a cargo del asistente letrado de confianza de la parte el interrogatorio de los testigos.

Tal determinación judicial se ajusta a las reglas del debido proceso porque procura armonizar, en concreto, la intervención que le cabe al imputado en el juicio como forma de asegurarle la defensa, con los derechos de aquellos que participan como espectadores de un hecho o como damnificados por la comisión de un ilícito, a no ser expuestos indebidamente a una situación de riesgo.

Conforme al principio de protección de la integridad física y moral de la persona citada, el sentimiento de temor es una sensación que excede el tema de seguridad en la sala de audiencias, y debe tenerse en cuenta para que el testigo preste declaración en las mejores condiciones de serenidad¹. Según el derecho de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, el acusado tiene la garantía de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, y que los testigos de descargo sean interrogados en las mismas condiciones (art. 14, 3, e, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 8o, 2,/, Convención Americana sobre Derechos Humanos), que debe ser ajustada a los derechos de los demás a su seguridad personal e integridad física, psíquica y moral, que vedan los tratamientos degradantes (arts. 5o, 1 y 2, y 7o, 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 7o y 9o, 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 1o, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y arts. 3o y 5o, Declaración Universal de Derechos Humanos).

¿Cuál es el sentido de la regla garantizadora? En primer término, remite a los principios de asistencia y representación, pues si el imputado "no quisiere asistir o

continuar en la audiencia, será custodiado en una sala próxima; se procederá en lo sucesivo como si estuviere presente, y para todos los efectos será representado por el defensor" (art. 366, párr. 2o, Cód. Proc. Penal de la Nación).

En la práctica, casos análogos por el resultado ocurren cuando el acusado, por adoptar una conducta intimidatoria o contraria a la disciplina de la audiencia, habilita a la presidencia del tribunal a disponer entre otras correcciones, su expulsión del lugar (arts. 369 y 370, Cód. Proc. Penal de la Nación), o bien cuando es alejado de la audiencia por persistir en declaraciones inoporfunas o que no se refieren a su defensa (art. 380).

Sobre estas bases, el ejercicio de la facultad de preguntar o repreguntar a los testigos en general, no es un acto procesal que deba necesariamente ser efectuado inmediatamente por el mismo imputado, ya que en caso de no hallarse en la sala judicial puede ser suplido por su defensor, quien formulará el interrogatorio, en razón de la representación detentada respecto del acusado.

Es más, para compensar la desventaja procesal relativa, una vez que el testigo declara se retira a una dependencia contigua, y el defensor informa al imputado de la versión de aquél; en su caso, el imputado le transmite al asistente las preguntas que debe efectuar y, producida la ampliación del testimonio, se suceden los nuevos recesos a los mismos fines, o sea, hasta que se completen las preguntas admisibles de la parte.

La intermediación del defensor se entiende jurídicamente por la representación "a todos los efectos" que incluye el de informar los cargos que pudieron formularse en el testimonio².

De esta manera, "la presencia del defensor en el transcurso íntegro de la audiencia, ejerciendo activamente su rol a punto de haber interrogado y solicitado la ampliación de los dichos de la damnificada, opera como un puente conciliatorio entre ambas garantías, sin mengua sustancial de ninguna de ellas", esto es, el derecho del reo a estar informado de lo ocurrido en su ausencia, y el derecho de la víctima o del testigo ajeno a expresarse libres de toda coacción³.

En segundo término, ¿qué pasa cuando nos quedamos sin el nexo del abogado de confianza? Por definición, la asistencia del defensor es obligatoria, pero cuando se produce el abandono voluntario del cargo, antes o durante el debate, el tribunal debe disponer su inmediata sustitución por el defensor oficial, para que la parte no se quede sin abogado. El nuevo letrado, particular u oficial, puede solicitar la suspensión del proceso por el plazo de tres días (art. 8o, 2, e, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14, 3, d, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 106, 112 y 368, Cód. Proc. Penal de la Nación).

Cuando el abandono es involuntario, por enfermedad del defensor "hasta el punto

de no poder continuar su actuación en el juicio" y tener que ser reemplazado por segundos abogados intervinientes, el debate se puede suspender por un término máximo de diez días. El debate continúa, en ambos supuestos, "desde el último acto cumplido en la audiencia" cancelada.

Por lo tanto, estimamos acertado que sea el presidente del tribunal quien informe sumariamente a la parte y a su nuevo asistente del contenido de la declaración testimonial producida, como se establece para el caso en que los imputados fuesen varios y se dispusiera el alejamiento de la sala de los que no declaran (arts. 105, 365, inc. 4o, y 379, Cód. Proc. Penal de la Nación).

El debate no podrá volver a suspenderse por la causal de abandono, aun cuando el tribunal habilite la intervención de otro defensor particular, porque la misma no excluye la del asistente oficial que inmediatamente cubre la vacante (art. 112, Cód. Proc. Penal de la Nación).

En tercer término, ¿qué sucede cuando el imputado ausente se defiende personalmente? Por principio, la autodefensa es aceptable siempre que no obste a la normal sustanciación del proceso; pero como en este caso la presencia del encartado es contraria al buen orden de la audiencia, corresponde que el tribunal le ordene elegir defensor dentro del plazo máximo de tres días, bajo apercibimiento de designarle uno de oficio.

Esto es una consecuencia de la norma superlegal, que establece que el acusado tiene derecho a defenderse personalmente y, siempre que el interés de la justicia no exija que se le nombre defensor de oficio (art. 104, Cód. Proc. Penal; art. 14, 3, d, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 8o, 2, d y e, Convención Americana sobre Derechos Humanos), con lo cual sumamos otra hipótesis de suspensión del proceso en la situación del testigo en riesgo.

Recapitulando, el testimonio a puertas cerradas está pensado como una técnica para solucionar un estado intimidatorio o de violencia moral sobre* el deponente; vale decir, es la réplica judicial a los hechos producidos para generar el temor racional de sufrir un mal grave personal o familiar, con la pérdida de la tranquilidad emocional y la restricción de la libertad de expresión del testificante. La audiencia sin público evita el conocimiento indiscriminado de la identidad física del testigo, con la ventaja refleja de algún grado añadido de seguridad personal.

En consecuencia, la disposición del tribunal de producir el testimonio a puertas cerradas, causa los efectos escuderos con el alcance descrito, pero es un procedimiento inhábil para recibir la declaración anónima o con identidad reservada, pues el testigo se encuentra nominativamente individualizado ante las partes, ya que integra la lista de los ofrecidos "que mejor conocen el hecho que se investiga", que el tribunal ha aceptado como prueba útil y citado a la audiencia del debate con la indicación de los datos personales (arts. 355, párr. 1o; 356, párr. 2o,

regla la, y 359, párr. lo, regla la, Cód. Proc. Penal).

§ 22. Testimonio por video

Este caso nos hace formular la siguiente pregunta: ¿hasta dónde se puede ensanchar la solución del testimonio recepcionado sin la presencia física del testigo ante el acusado?

La jurisprudencia europea incluye la alternativa de realizar la testimonial con la intermediación de la televisión, prevista en especial para los delitos sexuales y que puede aplicarse prudentemente a las investigaciones del delito organizado, pues el debido proceso no incluye la obligación del testigo de declarar con la inmediata estancia física del encartado, ni tampoco el derecho de éste de encontrarse cara a cara con el testigo en la audiencia pública. Vale decir, las condiciones están satisfechas por las obligaciones del testigo de prestar juramento y de ser repreguntado, sin necesidad de la propinuidad física, con más andamio cuando el procesado incumpla con la carga de probar cuál es el específico y trascendental menoscabo a sus garantías que causa el empleo del medio electrónico, que por monitores hace visible y audible al declarante de una manera permanente, es decir, que en un sentido sustancial lo hace presente en el tribunal.

En otros precedentes, se llega a la misma solución respecto de los menores ante las exigencias del juicio justo del art. 6o de la Convención Europea de Derechos Humanos, dado que en los procesos por delitos sexuales o violentos el tribunal debe disponer que presten la declaración testimonial a través de un sistema cerrado de televisión en directo y cuando sea posible, de una grabación adecuada de video. El estándar es que el tribunal debe partir de la presunción legal que no es intrínsecamente injusto que los niños declaren por ese medio. El desplazamiento del procedimiento especial se justifica sólo ante motivos excepcionales. No lo son la inexistencia de razones para pensar que un determinado niño se va a traumatizar o intimidar al declarar cuando existe un sistema cerrado de televisión o video. Tampoco hay contradicción con los principios formulados por la Corte Europea de Derechos Humanos ("Kostovski v. Netherlands"; ver § 49), pues toda la prueba se produce en presencia del acusado que puede verla y oírla, y tiene las oportunidades para impugnarla e interrogar a los testigos. En fin, "la Convención europea no garantiza un derecho a la confrontación cara a cara"⁴.

En consecuencia, el videotestimonio, más allá de la sensata innovación de la recepción por audiencia en vivo aunque virtual, en circunstancias extraordinarias, sigue siendo un clásico testimonio audiovisual en el sentido de la narración de los sucesos por un emisor visible conocido públicamente y, por ende, admisible (art. 32, n° 2, b, Convención contra la Corrupción aprobada por la ley 26.097)⁵.

A contrario, la variante disociativa en la cual el campo de la intercomunicación se reduce exclusivamente a la conexión sonora, es procesalmente inadmisibles, porque el au-diotestimonio no garantiza públicamente la identidad entre el órgano de prueba y el expositor invisible⁶. Luego, el videotestimonio, con el significado dado, es una técnica procesal de refugio inhábil para el testimonio anónimo o con la identidad reservada.

§ 23. Testimonio de oídas

En general, el testigo de oídas supone la reproducción de las informaciones recibidas del tercero por él, que al dar razón de sus dichos establece la personalidad cierta del confidente. La prueba vicaria, en principio, carece de la fuerza demostrativa de las atestaciones directas, pero en ciertas circunstancias podría llegar a ser un elemento de juicio aprovechable cuando el testigo subrogante acompaña la cita del subrogado con el abono de la credibilidad y buena reputación del mismo, y la justificación de la imposibilidad de la ratificación inmediata (p.ej., por el fallecimiento o la incapacidad mental sobrevinientes del ausente).

De todas maneras, la prueba indirecta de origen determinado debe ser examinada con sumo rigor crítico por los jueces, en virtud del defecto de los dichos de alguien que no sabe a ciencia cierta la verdad del hecho percibido por el otro⁷. La modestísima eficacia probatoria de los auditores la hace una modalidad inidónea para la adquisición del testimonio de personas anónimas. En efecto, cuando los policías o testigos ajenos rinden bajo juramento testimonios asentados en informaciones que oyeron directamente de terceras personas desconocidas, semejantes exposiciones no son pruebas procesales, por infracción a los principios de contradicción y de defensa en juicio.

La respuesta se explica, primero, porque la defensa está imposibilitada para citar directamente a los informantes encubiertos y controlar la veracidad de los saberes mediante el interrogatorio cruzado. De ahí que la eficacia de las audiciones de los NN, es similar a la del rumor público que, por definición, es otra fuente impersonal o de procedencia indeterminada (defecto en las personas).

Segundo, porque los testigos de oídas no pueden dar las suficientes razones del saber ajeno que excluya la posibilidad de engaño, o de mala percepción de la pretendida prueba original (defecto en los dichos).

Luego, el testimonio de los auditores de personas públicamente inciertas, por cualquier motivo, aun en el supuesto de la inseguridad de ellas, es una prueba nula de nulidad absoluta.

En lo sustancial, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de

España, cuando expresa que si bien la ley no excluye la validez de la testifical indirecta como acto de prueba, ésta no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial al juicio oral, pues cuando existan testigos presenciales de los hechos, el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a quienes oyeron de ellos. Agrega que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que "la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral", es contraria al art. 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por ello, concluye que los impugnantes han sido condenados "por una falta de daños con base única y exclusiva en las declaraciones prestadas por el denunciante, quien siempre manifestó que él no presencié el hecho punible y que fue un amigo, nunca identificado, quien le dijo que los autores de los daños eran los hoy recurrentes. Pero es igualmente evidente que el testigo directo, de existir, ni fue identificado, ni tan siquiera se intentó su identificación por el juez de instrucción, ni en consecuencia fue llamado a declarar en el proceso. Por ello, el testimonio indirecto o de referencia así prestado no puede entenderse como válido y suficiente para fundar la condena..., pues la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o sustituir a la prueba testifical directa sin motivo legítimo que lo justifique, dado que no consta la existencia de causa objetiva que impidiera la identificación y ulterior comparecencia en el juicio... del testigo directo".

En consecuencia, el testimonio de oídas en tanto prueba de otra prueba o de grado subalterno, sin oportunidad de ser verificado por la defensa, es una técnica procesal inhábil para adquirir la información personal del testigo sin el conocimiento de la identidad, y para juzgar públicamente su veracidad, según la sana crítica."

3. NORMATIVA

a) Código Procesal Penal²

Artículo 71.- Derechos y deberes de las víctimas (*)

Aunque no se haya constituido como querellante, la víctima tendrá los siguientes derechos dentro del proceso:

1) Derechos de información y trato:



a) A recibir un trato digno, que respete sus derechos fundamentales y que procure reducir o evitar la revictimización con motivo del proceso.

b) A que se consideren sus necesidades especiales, tales como limitaciones físicas, sensoriales o mentales, así como las diferencias sociales, culturales o étnicas.

c) A ser informada, en el primer contacto que tenga con las autoridades judiciales, de todos los derechos y facultades, así como sus deberes, con motivo de su intervención en el proceso, además, tener acceso al expediente judicial.

d) A señalar un domicilio, lugar o un medio en el que puedan serle comunicadas las decisiones que se adopten y en el que pueda ser localizada, así como a que se canalice esa información, por una vía reservada a criterio de la Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público, en caso de que se encuentre sujeta a protección.

e) A ser informada de todas las resoluciones finales que se adopten, así como de los cambios o las modificaciones en las medidas cautelares que se hayan adoptado por la existencia de un riesgo para su seguridad, vida o integridad física, siempre y cuando haya señalado un domicilio, sitio o medio en que puedan serle comunicadas.

f) A ser informada de su derecho a solicitar y obtener protección especial, en caso de riesgos o amenazas graves para sí misma o su familia, con motivo de su denuncia o intervención en el proceso.

g) A ser informada sobre la necesidad de su participación en determinados exámenes o pericias, a que se le expliquen sus alcances y a contar con la presencia de una persona de su confianza, que la acompañe en la realización de estas, siempre que ello no arriesgue su seguridad o ni ponga en riesgo la investigación.

h) A ser informada por el fiscal a cargo del caso, de su decisión de no recurrir la sentencia absolutoria o el cese o la modificación de las medidas cautelares adoptadas por la existencia de riesgo para su vida o su integridad física, dentro del plazo formal para recurrir cada una de esas resoluciones y con indicación de las razones para no hacerlo, siempre y cuando haya señalado un domicilio, lugar o medio para ser informada.

2) Derechos de protección y asistencia:



a) Protección extraprocetal:

La víctima tendrá derecho a solicitar y a obtener protección especial, en caso de riesgos o amenazas graves para su vida o integridad física o la de sus familiares, con motivo de su denuncia o intervención en el proceso. El Ministerio Público, la policía, el juez o el tribunal de juicio que conozcan de la causa adoptarán las medidas necesarias para que se brinde esta protección. La víctima será escuchada, en todo procedimiento en que se pretenda brindarle protección. La Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público, coordinará con todas las fiscalías del país la protección de las víctimas y canalizará, por su medio, la información necesaria para sustentar las medidas de protección o las solicitudes de medidas cautelares, según lo regulado en el párrafo final del artículo 239 de este Código.

b) Protección procesal:

Cuando su conocimiento represente un riesgo para su vida o su integridad física o la de sus familiares, con motivo de su denuncia o intervención en el proceso, la víctima tendrá derecho a que se reserven sus datos de identificación, como nombre, cédula y domicilio, números de teléfono o lugar de trabajo y que no consten en la documentación del proceso; además, en los casos excepcionales señalados en el artículo 204 bis de este Código, tendrá derecho a mantener reserva de sus características físicas individualizantes, cuando, por la naturaleza del hecho, estas no sean conocidas por el imputado u otras personas relacionadas con él, sin perjuicio del derecho de defensa. Para asegurar su testimonio y proteger su vida, podrán utilizarse los medios tecnológicos disponibles como la videoconferencia o cualquier otro medio similar, que haga efectiva la protección acordada, tanto cuando se haga uso del anticipo jurisdiccional de prueba como en juicio, en los términos y según el procedimiento regulado en los artículos 204 y 204 bis de este Código.

c) Las personas menores de edad víctimas, las mujeres víctimas de abuso sexual o de violencia y las víctimas de trata de personas y de hechos violentos, tendrán derecho a contar con medidas de asistencia y apoyo, por parte del personal designado para tal efecto, tanto en el Poder Judicial como en el Ministerio de Seguridad y otras instituciones, a fin de reducir la revictimización con motivo de su intervención en el proceso y facilitar su participación en las distintas diligencias judiciales, como pericias o audiencias.

d) Las personas menores de edad víctimas tendrán derecho a que se considere su



interés superior a la hora de practicar cualquier diligencia o pericia y, especialmente, a la hora de recibir su testimonio; para ello, el Ministerio Público, el juez o el tribunal de juicio que conozca de la causa, adoptarán las medidas necesarias para que se reduzcan los trámites y se reciba su testimonio, en las condiciones especiales que se requieran. Podrá solicitarse, en caso necesario, un dictamen al Departamento de Trabajo Social y Psiquiatría y Psicología Forense o de algún otro perito o experto, debidamente nombrado, resguardando siempre el derecho de defensa, tal y como lo regulan los artículos 212, 221 y 351 de este Código.

e) La víctima tendrá derecho a licencia con goce de sueldo por parte de su patrono, público o privado, cuando tenga que asistir a diligencias judiciales, a pericias o a comparecer ante el llamamiento judicial y por el tiempo necesario para ello. Con el objeto de comprobar la asistencia a tales actos, el despacho que conoce de la causa o ante quien se realice la diligencia, deberá extender el comprobante respectivo, en el que se indique la naturaleza del acto y la duración efectiva del trámite. El Ministerio Público, el juez o el tribunal de juicio que conozca de la causa, adoptarán las medidas necesarias para evitar que la víctima sea sometida a múltiples citaciones o comparecencias; además, cuando sea posible, deberán programarse las audiencias, para que se rinda el testimonio, a la brevedad posible y no se haga uso abusivo de la licencia concedida.

3) Derechos procesales:

a) La víctima tiene derecho a denunciar por sí, por un tercero a quien haya autorizado o por mandatario, los hechos cometidos en su perjuicio.

b) La víctima directamente ofendida por el hecho tiene el derecho de ser escuchada en juicio, aun si el Ministerio Público no la ofreciera como testigo. En todas las gestiones que este Código autoriza realizar a la víctima, prevalecerá su derecho a ser oída. No podrá alegarse la ausencia de formalidades de interposición, como causa para no resolver sus peticiones, y tendrá derecho a que se le prevenga la corrección de los defectos en los términos del artículo 15 de este Código.

c) A apelar el sobreseimiento definitivo, en las etapas preparatoria, intermedia y de juicio, así como la desestimación.

d) Cuando el Ministerio Público le comunique su decisión de no impugnar la sentencia absolutoria, el cese o la modificación de las medidas cautelares adoptadas por la existencia de un riesgo para su vida o integridad física y la



víctima no esté conforme, tendrá el derecho de recurrir a tales decisiones, en los términos establecidos en el artículo 426 de este Código.

e) A ser convocada a la audiencia preliminar, en todos los casos, siempre y cuando haya señalado un domicilio, lugar o medio en que pueda ser localizada y a que se considere su criterio, cuando se conozca de la aplicación del procedimiento abreviado, la suspensión del proceso a prueba, la conciliación o la aplicación de un criterio de oportunidad, en los términos y alcances definidos en este Código. En cualquier caso en que se encuentre presente se le concederá la palabra.

f) A ejercer la acción civil resarcitoria, en los términos y alcances que define este Código, a plantear la querrela en los delitos de acción privada, a revocar la instancia en los delitos de acción pública dependiente de instancia privada, a solicitar la conversión de la acción pública en acción privada, así como a desistir de sus querrelas o acciones, todo en los términos y alcances que define este Código.

g) A que el Ministerio Público le comunique su decisión de acusar, solicitar el sobreseimiento o la aplicación de un criterio de oportunidad, a fin de que, en los términos regulados en este Código, decida si formula querrela y se constituye en querellante, o si formula la acción civil resarcitoria.

h) Cuando se solicite la prisión preventiva por la existencia de riesgos o amenazas a la vida o la integridad física de la víctima o de sus familiares, tendrá derecho a ser escuchada por el juez, al resolver de la solicitud que le formule el Ministerio Público, siempre y cuando haya señalado un domicilio, lugar o medio para ser localizada. Podrá hacer su manifestación por escrito para ser presentada por el fiscal junto a la solicitud de prisión, sin perjuicio de que el juez decida escucharla. Para tales efectos, el fiscal a cargo del caso podrá requerir información a la Oficina de Atención a la Víctima del delito del Ministerio Público, con el objeto de fundamentar su solicitud, en los términos que se regulan en el párrafo final del artículo 239 de este Código.

i) A acudir ante el juez de la etapa preparatoria, a señalar los errores, las omisiones o los retrasos que estime han ocurrido en la investigación de los hechos en su perjuicio, en los términos establecidos en el último párrafo del artículo 298 de este Código. Asimismo, podrá objetar el archivo fiscal en los términos que regula el numeral 298 citado.

j) A que le sean devueltos a la brevedad posible, aun en carácter de depósito provisional, todos los bienes o valores de su propiedad que hayan sido incautados



o recuperados por las autoridades, con el propósito de ser utilizados como evidencia.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 8720 de 4 de marzo del 2009. LG# 77 de 22 de abril del 2009.

Artículo 204.- Deber de testificar (*)

Salvo disposición en contrario, toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y de declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado; asimismo, no deberá ocultar hechos, circunstancias ni elementos, sin perjuicio de la facultad del juez para valorar el testimonio, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos que puedan depararle responsabilidad penal. Para los efectos de cumplir esta obligación, el testigo tendrá derecho a licencia con goce de salario por parte de su patrono, público o privado, cuando tenga que asistir a diligencias judiciales, pericias o comparecer ante el llamamiento judicial y por el tiempo necesario para ello. Con el objeto de comprobar la asistencia a tales actos, el despacho que conoce de la causa o ante quien se realice la diligencia, deberá extender el comprobante respectivo en el que se indique la naturaleza del acto y la duración efectiva del trámite. El Ministerio Público, el juez o el tribunal de juicio que conozca la causa, adoptarán las medidas necesarias para evitar que el testigo sea sometido a múltiples citaciones o comparecencias; además, cuando sea posible, deberán programarse las audiencias, para que se rinda el testimonio, a la brevedad posible y no se haga uso abusivo de la licencia concedida.

Protección extraprocesal:

Si, con motivo del conocimiento de los hechos que se investigan y de su obligación de testificar, la vida o la integridad física del testigo se encuentran en riesgo, tendrá derecho a requerir y a obtener protección especial. El Ministerio Público, la policía, el juez o el tribunal que conozcan de la causa, adoptarán las medidas necesarias a fin de brindar la protección que se requiera. La Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público, será la encargada de tramitar las solicitudes y de brindar la protección requerida.

Protección procesal:

Cuando, por las características del hecho, los datos de identificación del testigo, como su nombre, cédula, dirección, trabajo o números telefónicos, no sean conocidos por el imputado ni por las partes, y su efectivo conocimiento represente

un riesgo para la vida o la integridad física del declarante, el Ministerio Público, la defensa o el querellante, podrán solicitarle al juez, durante la fase de investigación, que ordene la reserva de estos datos.

El juez autorizará dicha reserva en resolución debidamente motivada. Una vez acordada, esta información constará en un legajo especial y privado, que manejará el juez de la etapa preparatoria e intermedia, según la fase en la que la reserva sea procedente y se haya acordado, y en el que constarán los datos correctos para su identificación y localización. Para identificar al testigo protegido dentro del proceso, podrá hacerse uso de seudónimos o nombres ficticios. En dicho legajo, se dejará constancia de cualquier dato relevante que pueda afectar el alcance de su testimonio, tales como limitaciones físicas o problemas de salud, y deberá ponerlos en conocimiento de las partes, siempre y cuando ello no ponga en peligro al declarante.

Cuando el riesgo para la vida o la integridad física del testigo no pueda evitarse o reducirse con la sola reserva de los datos de identificación y se trate de la investigación de delitos graves o de delincuencia organizada, el juez o tribunal que conoce de la causa podrán ordenar, mediante resolución debidamente fundamentada, la reserva de sus características físicas individualizantes, a fin de que, durante la etapa de investigación, estas no puedan ser conocidas por las partes. Cuando así se declare, el juez en la misma resolución, ordenará la realización del anticipo jurisdiccional de prueba, de conformidad con lo establecido en el artículo 293 de este Código.

La participación del testigo protegido en los actos procesales, deberá realizarse adoptando las medidas necesarias para mantener en reserva su identidad y sus características físicas, cuando así se haya acordado.

La reserva de identidad del testigo protegido rige únicamente para la fase preliminar e intermedia.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 8720 de 4 de marzo del 2009. LG# 77 de 22 de abril del 2009.

Artículo 204 bis.- Medidas de protección (*)

1) Procedimiento:

Para lograr la protección a que se refiere el artículo 204 de este Código, el Ministerio Público, el querellante o la defensa, solicitarán las medidas de reserva de identidad o de protección de las características físicas individualizantes del

testigo, al juez de la etapa preparatoria o intermedia, según la fase en que el riesgo se presente. La solicitud se acompañará de los elementos de prueba en que se sustenten la existencia del riesgo y su importancia, así como la necesidad de la protección. Para tal efecto, podrán requerir un informe breve de la Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público, en el cual se documenten el tipo de riesgo y la necesidad de la protección.

El juez convocará al Ministerio Público, al querellante y a la defensa, a una audiencia oral, en la que se expondrán la petición y las objeciones que se tengan; concluida dicha audiencia, el juez deberá resolver de inmediato, pudiendo diferir la resolución hasta por cuarenta y ocho horas, a fin de requerir los informes y datos que estime necesarios para resolver. No podrán revelarse la identidad ni los datos personales de aquel cuya protección se solicite mientras se realiza este trámite.

En casos urgentes podrá disponerse la reserva de los datos del testigo con carácter provisional y por un período que no podrá exceder de las setenta y dos horas, plazo dentro del cual se convocará a la audiencia y se resolverá lo pertinente. Para valorar la protección se tomará en cuenta la importancia y entidad del riesgo, así como la relevancia del testimonio para el descubrimiento de la verdad en el hecho investigado.

2) Contenido de la resolución:

La resolución que acuerde la protección procesal del testigo, deberá estar debidamente fundamentada y contendrá la naturaleza e importancia del riesgo, el tipo de protección, así como su alcance, los fundamentos de la decisión y la duración de la medida.

En los casos en que se acuerde la reserva de identidad, el juez deberá consignar un breve resumen del conocimiento de los hechos que tenga el testigo, para posibilitar el derecho de defensa de las partes. Todo el trámite se realizará en un legajo separado y cuya custodia corresponderá al juez o tribunal que conozca de la causa. Si se concede, además, la reserva de las características físicas individualizantes, en la misma resolución se ordenará la realización del anticipo jurisdiccional de este testimonio y se convocará a las partes para su realización, en los términos que señala el artículo 293 de este Código.

Las medidas de protección acordadas podrán prolongarse por el tiempo necesario en atención al tipo de riesgo, a excepción de la etapa de juicio. En ningún caso, la protección del testigo impedirá su interrogatorio, que podrá realizarse mediante la utilización de los medios tecnológicos señalados y que permitan mantener ocultas



o disimuladas las características físicas del declarante, cuando ello se haya dispuesto al acordar la protección.

3) Recursos:

La decisión que acuerde o deniegue la protección será apelable por el Ministerio Público, el querellante, la víctima y la defensa. La apelación no suspenderá las medidas acordadas. Una vez firme la decisión, las partes estarán obligadas a respetar la reserva dispuesta, sin perjuicio de reiterar su reclamo en sede de juicio. Si el tribunal de apelaciones rechaza la protección o la reduce, el juez deberá poner en conocimiento de la defensa los datos cuya protección no haya sido autorizada.

Si se deniega la protección de las características físicas individualizantes y se mantiene la reserva de su identidad, el testigo comparecerá hasta el debate, salvo que su presencia se estime indispensable en alguna diligencia o acto procesal de la etapa de investigación, en cuyo caso deberán adoptarse las medidas necesarias para respetar la reserva concedida.

4) Levantamiento de las medidas:

Cuando una parte estime absolutamente necesario para el adecuado ejercicio del derecho de defensa, conocer la identidad del testigo o la víctima, solicitará al juez o al tribunal que conozca de la causa que se levanten las medidas acordadas. De la petición, se dará audiencia por veinticuatro horas a las partes. Contra lo resuelto cabrá el recurso de apelación.

El juez o tribunal podrán disponer, de oficio o a solicitud de parte, el levantamiento de las medidas, previa audiencia por veinticuatro horas a las partes, si nuevos elementos de prueba evidencian que la protección procesal no es necesaria, por demostrarse que las partes conocen la identidad del testigo, sin perjuicio de la protección extraprocesal que pueda darse.

(*) El presente artículo ha sido adicionado mediante Ley No. 8720 de 4 de marzo del 2009. LG# 77 de 22 de abril del 2009.

Artículo 304.- Ofrecimiento de prueba para el juicio (*)

Al ofrecerse la prueba, se presentará la lista de testigos y peritos, con la indicación del nombre, la profesión y el domicilio. Se presentarán también los documentos o se señalará el lugar donde se hallen, para que el tribunal los requiera. Los medios

de prueba serán ofrecidos con indicación de los hechos o las circunstancias que se pretenden probar, bajo pena de inadmisibilidad.

En esta misma oportunidad, el Ministerio Público o el querellante le solicitarán al juez que adopte las medidas necesarias para la protección procesal del testigo o la víctima, según el caso, o bien, que se continúe con la protección ya acordada, hasta sentencia firme. En caso de que se trate de la primera solicitud de protección, se acompañará el informe mencionado en el artículo 204 bis de este Código y, en la audiencia preliminar, se escuchará a las partes sobre el tema. La decisión se adoptará y se mantendrá en legajo separado.

El fiscal a cargo del caso será el encargado de citar al testigo o la víctima objeto de protección procesal; para ello, podrá coordinar lo pertinente con la Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 8720 de 4 de marzo del 2009. LG# 77 de 22 de abril del 2009.

Artículo 324.- Preparación del juicio (*)

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al recibo de las diligencias, se fijarán el día y la hora del juicio, el que no se realizará antes de cinco días ni después de un mes.

Cuando se haya dispuesto la celebración del debate en dos fases, el tribunal fijará la fecha para la primera. Al pronunciarse sobre la culpabilidad, deberá fijar, si es necesario, la fecha para la segunda audiencia, la cual deberá realizarse dentro de los cinco días siguientes.

El tribunal se integrará conforme a las disposiciones legales que regulan la jurisdicción y competencia de los tribunales penales, con uno o tres jueces, según corresponda.

El secretario del tribunal citará a los testigos y peritos; solicitará los objetos y documentos y dispondrá las medidas necesarias para organizar y desarrollar el juicio público. Será obligación de las partes y del Ministerio Público coadyuvar en la localización y comparecencia de los testigos que se hayan propuesto para el juicio; la secretaría del tribunal les brindará el auxilio necesario por medio de la expedición de las citas, sin perjuicio del uso de la Fuerza Pública, si es necesario.

Cuando se hayan admitido para juicio testigos que se encuentren protegidos procesalmente, el tribunal adoptará las medidas necesarias para garantizar la recepción de su testimonio en la forma acordada al disponerse la protección; para

ello, podrá disponer que la audiencia se realice en forma privada, o que se utilicen los medios tecnológicos necesarios, todo ello sin perjuicio de lo que pueda resolverse sobre el tema en el curso del debate, sin perjuicio de que se prescinda de su recepción y se incorpore el anticipo jurisdiccional de prueba, cuando el riesgo para la vida o la integridad física del declarante no haya disminuido o se vea aumentado con motivo del juicio, en los términos del inciso a) del artículo 334 de este Código.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 8720 de 4 de marzo del 2009. LG# 77 de 22 de abril del 2009.

Artículo 351.- Testigos (*)

Seguidamente, quien presida llamará a los testigos; comenzará por los que haya ofrecido el Ministerio Público; continuará con los propuestos por el querellante y las partes civiles, y concluirá con los del imputado. Antes de declarar, los testigos no se comunicarán entre sí; tampoco deberán ver, oír ni ser informados de lo que ocurre en la sala de audiencia. Después de declarar, quien presida podrá ordenar que continúen incomunicados en la antesala, que presencien la audiencia o que se retiren.

No obstante, el incumplimiento de la incomunicación no impedirá la declaración del testigo; pero el tribunal apreciará esta circunstancia al valorar la prueba.

Para la recepción del testimonio de personas menores de edad, el tribunal tomará las medidas necesarias en atención a su interés superior y en aras de evitar o reducir la revictimización. Podrá auxiliarse de peritos o de expertos en el tema, que acompañen al menor en su relato o lo auxilien en caso necesario. Para garantizar los derechos del menor, el tribunal podrá disponer que se reciba su testimonio en una sala especial, o con el uso de cámaras especiales o de los medios tecnológicos disponibles, que faciliten a la persona menor de edad el relato, sin el contacto con las partes, cuando ello sea recomendado.

En igual forma, para la recepción del testimonio de una víctima o de un testigo protegido, el tribunal dispondrá que se haga en las condiciones y por los medios tecnológicos que garanticen la protección acordada, en especial cuando sea necesario mantener reserva de las características físicas individualizantes del declarante, como su rostro o su voz, garantizando siempre el interrogatorio de las partes.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 8720 de 4 de marzo del 2009. LG# 77 de 22 de abril del 2009.

4. JURISPRUDENCIA

a) Protección especial de menor de edad por haber sido testigo en una causa de narcotráfico

[SALA CONSTITUCIONAL]³

“...II.-Objeto del recurso. Alega el recurrente que el Patronato Nacional de la Infancia se niega a mantener al amparado en un albergue de esa institución a pesar de que requiere protección especial por haber sido testigo de un delito de narcotráfico, lo que estima lesivo de sus derechos y por ello pide que se declare con lugar el recurso.

III .-Sobre la normativa que establece la tutela y protección de los derechos de los niños y niñas. A partir del principio sentado por el artículo 55 de la Constitución Política, Costa Rica ha dictado amplia normativa dirigida a la protección de los derechos de los menores de edad así como también ha ratificado varios tratados y convenios internacionales dirigidos a esa especial protección. En ese sentido y como primer marco de referencia, debe recordarse lo que establece el artículo 55 de la Constitución Política:

“Artículo 55.-

La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado.”

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en San José en mil novecientos sesenta y nueve y vigente en el país desde julio de mil novecientos setenta y ocho, dispone en su artículo 19 sobre los derechos de los menores de edad, lo siguiente:

“Artículo 19. Derecho del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”

Del mismo modo, en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por Ley N° 7184 de dieciocho de julio de mil novecientos noventa, se indica que:

“Artículo 3

En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se

atenderá será el interés superior del niño.

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. (...)"

Ahora bien, recuérdese que de conformidad con la doctrina derivada del artículo 7 de la Constitución Política, los tratados o convenios internacionales como fuente normativa del ordenamiento jurídico costarricense, ocupan una posición preponderante a la de la ley común y ello implica que ante la norma de un convenio como las citadas supra, cede la norma interna de rango legal que se le oponga y por ende el país está obligado a brindar a los menores de edad, las medidas de protección que requieran, las cuales deben ser dictadas siempre en atención al interés superior de la persona menor de edad.

Por otra parte, y de igual relevancia en cuanto a la protección de los derechos de las personas menores de edad, resultan los artículos 1, 3, 4 y 13 del Código de la Niñez y de la Adolescencia que es Ley número 7739. Tales artículos disponen:

“Artículo 1°- Objetivo. Este Código constituirá el marco jurídico mínimo para la protección integral de los derechos de las personas menores de edad. Establece los principios fundamentales tanto de la participación social o comunitaria como de los procesos administrativo y judicial que involucren los derechos y las obligaciones de esta población.

Las normas de cualquier rango que les brinden mayor protección o beneficios prevalecerán sobre las disposiciones de este Código”.

“Artículo 3°. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Código se aplicarán a toda persona menor de edad, sin distinción alguna, independientemente de la etnia, la cultura, el género, el idioma, la religión, la ideología, la nacionalidad o cualquier otra condición propia, de su padre, madre, representantes legales o personas encargadas.

Los derechos y las garantías de este grupo son de interés público, irrenunciables e intransigibles”.

“Artículo 4°. Políticas Estatales. Será obligación general del Estado adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas menores de edad.

En la formulación y ejecución de políticas, el acceso a los servicios públicos y su prestación se mantendrá siempre presente el interés superior de estas personas.

Toda acción u omisión contraria a este principio constituye un acto discriminatorio que viola los derechos fundamentales de esta población.

De conformidad con el régimen de protección especial que la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño, este Código o leyes conexas garantizan a las personas menores de edad, el Estado no podrá alegar limitaciones presupuestarias para desatender las obligaciones aquí establecidas.”

“Artículo 13. Derecho a la protección estatal. La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral.

El Patronato Nacional de la Infancia, el Instituto Mixto de Ayuda Social y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social brindarán las oportunidades para la promoción y el desarrollo humano social, mediante los programas correspondientes y fortalecerán la creación de redes interinstitucionales, así como con las organizaciones de la sociedad civil que prevengan el abuso, el maltrato y la explotación, en sus distintas modalidades, contra las personas menores de edad.”

IV .-Sobre las atribuciones del Patronato Nacional de la Infancia. En aras de que se dicten medidas concretas en protección de los niños y las niñas, pero sobre todo con la intención de que sean efectivamente aplicadas, el Constituyente creó al Patronato Nacional de la Infancia, con carácter autónomo, siendo esta institución el ente rector nacional encargado de la protección especial de los menores de edad. Para darle aplicabilidad y sustento al artículo 55 constitucional, el legislador dictó la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, número 7648 que en sus artículos 1° y 2° establece:

“Artículo 1°- Naturaleza. El Patronato Nacional de la Infancia es una institución autónoma con administración descentralizada y presupuesto propio. Su fin primordial es proteger especialmente y en forma integral a las personas menores de edad y sus familias, como elemento natural y pilar de la sociedad. Su domicilio estará en la capital de la República.

Será obligación del Estado dotar al Patronato Nacional de la Infancia, de todos los recursos necesarios para el adecuado cumplimiento de sus fines.”

“Artículo 2°- Principios. El Patronato Nacional de la Infancia será la institución rectora en materia de infancia, adolescencia y familia y se regirá por los siguientes principios:

a. La obligación prioritaria del Estado costarricense de reconocer, defender y garantizar los derechos de la infancia, la adolescencia y la familia.



- b. El interés superior de la persona menor de edad.
- c. La protección de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, por ser el medio idóneo para el desarrollo integral del ser humano.
- d. La protección integral de la infancia y la adolescencia así como el reconocimiento de sus derechos y garantías establecidos en la Constitución Política, las normas de derecho internacional y las leyes atinentes a la materia.
- e. La dignidad de la persona humana y el espíritu de solidaridad como elementos básicos que orientarán el quehacer institucional.”

Sobre este tema en concreto, la Sala ha vertido su criterio en reiterados pronunciamientos y en lo conducente ha señalado que:

“ (...) El legislador Constituyente en aras de proteger a la madre y al menor, creó con rango Constitucional, el Patronato Nacional de la Infancia, convirtiéndola en la Institución rectora, por excelencia, de la niñez costarricense. Este sentimiento expresado en esta norma, está indudablemente unido también al interés de proteger a la familia como uno de los pilares fundamentales de nuestra sociedad. Los artículos 51 y 55 preceptan pues, dos de los valores más arraigados de nuestro pueblo, valores que gracias a la aprobación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, hoy son compartidos a nivel mundial, existiendo consenso sobre el deber del Estado de proteger siempre, el interés superior del menor.(...)” (Sentencia N° 227-93 de las doce horas treinta y seis minutos del quince de enero de mil novecientos noventa y tres).

V.-Sobre el caso concreto. Según se desprende del memorial de interposición de este recurso, el accionante en su condición de Fiscal Auxiliar de la Fiscalía General de la República e interviniendo a favor del menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

, acusa que el Patronato Nacional de la Infancia está desatendiendo la función y obligación primordial para la cual fue creado pues se niega a brindarle protección a este menor de edad que ha sido testigo de un delito de narcotráfico y cuya vida corre peligro. Tal argumentación es sustentada por el recurrente en el hecho de que aún cuando la Fiscalía General de la República a través de la Oficina de Atención y Protección a las Víctimas del Delito, expuso la gravedad de la situación al Patronato Nacional de la Infancia y le solicitó auxilio para ubicar a este menor en un albergue al considerarse que era el único medio factible de brindarle protección ante el alto riesgo que sufre, esta institución accedió inicialmente a acoger al menor a partir las once horas cincuenta minutos del veinticinco de febrero del dos mil nueve pero luego, a las diecisiete horas cuarenta y nueve minutos, su Gerente Técnico manifestó que la protección de personas menores de edad en las circunstancias en las que se encuentra el amparado, no está dentro de las atribuciones y competencias de la institución, por lo que indicó de manera expresa

y contundente que facilitaría las instalaciones a ese menor de manera excepcional y por esta única vez, hasta el veintiséis de febrero siguiente a las diez horas, de modo tal que la Fiscalía General de la República, a esa hora, debía proceder a recoger y reubicar al menor en otro sitio. En criterio del recurrente, la negativa de las autoridades del Patronato Nacional de la Infancia de brindarle abrigo en uno de sus albergues debido al inminente peligro que corre su vida, es lesiva de sus derechos fundamentales y por ende, vulnera el interés superior del menor de edad, su derecho a la protección estatal, su derecho a la integridad física y en consecuencia, su derecho a la vida, solicitando por ello la estimación del amparo.

VI.-Consta en el expediente que el menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX ha declarado como testigo en un delito de narcotráfico y por tal razón, la Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público, se ha avocado a adoptar las medidas que ha estimado pertinentes y necesarias para brindarle la protección que requiere en vista de que ha sido sujeto de amenazas en contra de su vida e integridad física. Dentro de esas medidas coordinadas, el Ministerio Público adoptó la decisión de solicitar auxilio al Patronato recurrido a fin de ubicar al menor amparado en uno de sus albergues a fin de que en ese sitio se le brindara el abrigo y la protección que requería. De igual forma se desprende de autos que precisamente a raíz de la interposición de este amparo y en vista de la medida cautelar decretada en la resolución que le dio curso, las autoridades del Patronato Nacional de la Infancia han decidido, bajo protesta, mantener de modo indefinido al menor en un albergue de la institución bajo su cuidado, abrigo y protección. Sobre el particular, los representantes del Patronato Nacional de la Infancia han manifestado a la Sala su disconformidad con la solicitud de colaboración que les formuló el Ministerio Público a fin de ubicar en uno de sus albergues al menor como medida de protección; disconformidad que se sustenta en varios argumentos que se hace preciso analizar uno a uno a fin de darle solución a este caso en particular y así poder determinar, bajo la perspectiva de los derechos fundamentales -en este caso los derechos del menor amparado- cuál es la solución que se debe adoptar.

VII.-En primer lugar, bajo juramento han informado a la Sala el Presidente Ejecutivo, el Gerente Técnico y la Coordinadora del Departamento de Atención Integral, todos del Patronato Nacional de la Infancia que el menor amparado fue dejado en las Oficinas del Departamento de Atención Integral de esa institución “como un objeto”, “sin ningún documento, ni un informe de la situación en que se encuentra el adolescente”. En cuanto a este punto en concreto, consta en autos que el veinticinco de febrero del dos mil nueve, el menor amparado se presentó a las oficinas del Ministerio Público narrando que miembros integrantes de la banda conocida como “Mata Pobres”, le han estado efectuando constantes amenazas por su declaración como testigo en un delito de narcotráfico en el que supuestamente están involucrados algunos de sus miembros y que la noche anterior, dispararon



en repetidas ocasiones contra su casa de habitación, logrando el joven escapar y acudir al puesto policial más cercano, por lo que solicitaba la protección de las autoridades del Ministerio Público al tener certeza de que su vida corre peligro. Ha quedado acreditado ante esta Sala que dada la premura de la situación, el riesgo inminente en el que se encontraba el menor amparado, la zona en donde vive, las violentas amenazas sufridas, la peligrosidad de la banda y el no estar representando por ningún adulto en ese momento, funcionarios de la Oficina de Atención y Protección a las Víctimas del Delito del Ministerio Público, toman la decisión de pedir auxilio al Patronato Nacional de la Infancia y por ello trasladan al menor amparado a esa institución, solicitando que se le ofreciera albergue al considerarse que, para ese momento, era el único medio factible de brindar protección al menor. Del informe rendido bajo juramento por las autoridades recurridas se desprende que para ellos mismos, en ese momento, la situación era inminente y por tal razón afirman que le requirieron a los miembros del Ministerio Público, un informe que llegó posteriormente y reconocen además que por el “riesgo” en el que se encontraba el menor, se coordinó verbalmente con la Licda. Xinia Mora Peraza de la Oficina de Atención a la Víctima del Ministerio Público, la eventual “ubicación” de la persona menor de edad. Bajo juramento los informantes afirman a la Sala que de esa coordinación verbal surgió el oficio DAI-2009-0238 firmada por el Gerente Técnico en el que se informaba lo acordado verbalmente en el sentido de que el menor permanecería en el Departamento de Atención Integral durante un lapso de algunas horas mientras se profundizaba la situación, reconociendo los informantes que la decisión asumida por el Patronato no fue antojadiza ni arbitraria, lo cual pone en evidencia que dada la urgencia de la situación, no es aceptable que el Patronato indique ahora que el menor fue dejado “como un objeto”, “sin ningún documento ni un informe de la situación”, pues es evidente que lo que interesaba en ese momento no era la papelería burocrática que se acostumbra en las instituciones públicas, sino más bien el adoptar medidas inmediatas pero sobre todo efectivas en aras de proteger el interés superior del menor y sobre todo su integridad física. Bajo esta perspectiva, no es admisible para esta Sala que bajo tal argumento, se pretenda desviar la atención de lo que era realmente importante en ese momento: brindar protección al menor y por ende recibirlo en la institución que, como se desprende de la normativa citada supra, es la encargada de tutelar los derechos de las personas menores de edad. De igual modo, bajo esta perspectiva, tampoco es admisible para la Sala que el Patronato Nacional de la Infancia, como ente rector por excelencia de la niñez costarricense, estuviera frente a un menor en un evidente estado de peligro y en lugar de cumplir con su obligación de brindarle protección, pretendiera evadir su responsabilidad bajo el argumento de que la permanencia del menor en ese recinto “era estrictamente temporal” y que por lo tanto podía quedarse ahí “por lo que restaba del día 25 de febrero hasta las diez de la mañana del día siguiente (26 de



febrero)”, pues con ello se pone en evidencia que actuó en contra de lo dispuesto en su propia Ley Orgánica según la cual el fin primordial de esa institución es proteger especialmente y en forma integral a las personas menores de edad y para ello se rige por principios según los cuales: a) existe una obligación prioritaria del Estado costarricense de reconocer, defender y garantizar los derechos de la infancia, la adolescencia y la familia; b) se debe brindar protección integral a la infancia y adolescencia y c) se debe reconocer los derechos de las personas menores de edad y de sus garantías establecidas en la Constitución Política, las normas de derecho internacional y las leyes atinentes a la materia. De este modo, en criterio de la Sala y contrario al de las autoridades recurridas, la decisión que asumió esa institución de brindarle un albergue “estrictamente temporal” al menor amparado, sí resulta antojadiza, arbitraria e irresponsable, porque precisamente el contexto en el que debió haberse visto la situación no es el que se indica en el informe rendido a la Sala (el de las responsabilidades asumidas por el Ministerio Público), sino en realidad bajo la perspectiva de lo que estaba ocurriendo pues se trataba de un menor de edad que requería del auxilio y protección especial para el cual el Constituyente precisamente creó al Patronato Nacional de la Infancia. De tal suerte, no llevan razón los representantes de esa institución al afirmar que para su sorpresa el Ministerio Público de repente cambió de criterio informando que no cumplirían con el compromiso adquirido en vista de que estaban preparando un recurso de amparo, pues es evidente que más bien, la sorpresa se pone en evidencia en cuanto a la actuación del Patronato que con su omisión de brindar protección a este menor ha vulnerado la misión que el Constituyente le asignó en el artículo 55 constitucional, cual es justamente, brindar protección especial al menor, con la colaboración de otras instituciones, de modo tal que en este caso concreto, para la Sala, es el Ministerio Público el que le debe brindar colaboración para la protección del menor al Patronato Nacional de la Infancia y no a la inversa como lo pretenden los representantes de la institución recurrida pues admitir este criterio sería desnaturalizar por completo la función para la cual fue creado.

VIII.-Argumenta también el Patronato Nacional de la Infancia que las afirmaciones vertidas en la solicitud de amparo no son congruentes con la doctrina de la protección integral porque las causales señaladas (la zona donde vive el menor, las violentas amenazas sufridas, la peligrosidad de la banda que pretende hacerle daño y que en ese momento no estaba representado por un adulto), no son “suficientes y eficientes” para solicitar que el Patronato le ofrezca albergue al menor al considerarse como el único medio factible de brindar protección efectiva por el alto riesgo. Sobre el particular, la Sala disiente del criterio de la institución recurrida pues es evidente que en el caso concreto, tales causales como les llama, no solo son “suficientes y eficientes” sino que además ponen en evidencia la gravedad de la situación en la que se encuentra el menor y por ello no comprende este Tribunal como para la institución recurrida tales situaciones no son prueba

contundente de que la vida e integridad física del menor amparado se encuentra en grave riesgo, con lo cual, aún cuando es cierto que los albergues no pueden ser el único medio factible de brindar protección efectiva al menor, también es lo cierto que ante la inexistencia de un mejor sitio, éstos se convierten en la opción más accesible y segura para la ubicación de un menor cuya vida corre peligro. No es válida para la Sala la excusa a la que se echa mano por los recurridos según la cual la causa por la cual se violentan los derechos del menor se debe a la omisión de las instituciones competentes para brindarle protección policial y ello es así porque si se admite ese argumento también deben aceptar los recurridos que su representado está negando como institución rectora de la niñez costarricense, brindar protección al menor a pesar de que es su obligación. Es evidente que con tal argumento las propias autoridades recurridas se están contradiciendo y al final caen en la misma omisión que acusan. Contrario a lo dicho por los recurridos, observa la Sala que en este caso en particular, en aras de brindarle protección al menor amparado y de garantizar el interés superior que le cobija, se ha intentado una colaboración interinstitucional entre Ministerio Público, Instituto Mixto de Ayuda Social, Ministerio de Seguridad Pública y Patronato Nacional de la Infancia, siendo precisamente ésta institución la que no ha permitido que esa colaboración llegue a feliz término por su negativa de cumplir con su obligación de proteger al menor amparado. Recuérdese además que el Código de la Niñez y la Adolescencia establece en su artículo 129 que:

“ En sede administrativa, el proceso especial de protección corresponde a las oficinas locales del Patronato Nacional de la Infancia”

Y en ese sentido, recuérdese que el artículo 55 habla en términos genéricos de protección especial del menor y no establece requisitos ni condiciones para que se lleve a cabo esa protección especial. Del mismo modo, el artículo 130 de ese cuerpo normativo dispone que

“Artículo 130.-

Causas para medidas de protección . Las medidas de protección a las personas menores de edad serán aplicables siempre que los derechos reconocidos en este Código sean amenazados o violados por una de las siguientes causas:

- a) Acción u omisión de la sociedad o el Estado.
- b) ...”

Sin duda alguna, la situación en la que se encuentra el menor amparado, encuadra perfectamente dentro de los supuestos por los cuales requiere de una medida de protección que en este caso específico es precisamente su ubicación temporal en un albergue mientras exista el riesgo para su vida ya que sus derechos a la vida e integridad personal, están siendo amenazados precisamente



por una acción de la sociedad al ser testigo de un delito de narcotráfico. Así las cosas, es evidente entonces que las condiciones por las cuales se consideró necesario albergar al menor amparado en el Patronato Nacional de la Infancia, sí son “suficientes y eficientes”, contrario al criterio de la institución recurrida.

IX .-Por otra parte el Patronato recurrido también fundamenta su posición en el hecho de que este menor sí cuenta con representante legal quien es su madre, con la que se ha tenido comunicación y coordinación constante en cuanto a la posible ubicación del menor, por lo que no se justifica que en aras de protegerlo, se le separe de su núcleo familiar pues al final de cuentas ello implica una vulneración de sus derechos fundamentales bajo el subterfugio de querer protegerlos, implicando que se le trata como un objeto del proceso cuando en realidad se debe ver a la persona menor de edad como un sujeto de derechos con capacidad jurídica de gozar y actuar y por ende, sujeto pleno de protección estatal. Este argumento no es válido para este Tribunal pues, reiterándose lo que ya se ha dicho, la situación en la que se encuentra el menor amparado debe ser vista de manera integral y es evidente que se trata de un caso especial. Recuérdese que se está frente a un menor de edad, que ha sido testigo de un delito de narcotráfico y que por esa circunstancia su vida está amenazada de modo tal que requiere de una protección especial y diferente, siendo precisamente por ello que, en aras de brindársela, puede ser necesario adoptar medidas únicas como puede ser: a) el separarlo de su núcleo familiar en aras de brindarle mayor protección aparejado al resguardo que, por otro lado, también se le debe dar a su familia; b) permitir el acceso ilimitado de su familia al menor así como la participación de ésta en la toma de decisiones; c) movilizarlo o ubicarlo en diferentes sitios en aras de que la protección sea efectiva en vista de los indicios de ataque en su contra que se han dado; d) facilitar su incorporación a la sociedad a través de programas de desintoxicación de drogas y ayuda psicológica, entre otros. Con lo anterior, se deja en evidencia que, contrario al criterio de la institución recurrida, el menor amparado no se trata de un simple objeto que es dejado en esa entidad para que sea institucionalizado, sino que, es un caso de una persona menor de edad, sujeto de derechos fundamentales que deben ser protegidos y garantizados por el Estado y que por lo tanto, en razón de las condiciones especiales que le rodean, requiere de una protección diferente de aquélla que el Patronato está acostumbrado a brindar pero que no por ello deja de ser materia de su ámbito de competencia y por ende, sujeto de derechos que deben serle protegidos por el Estado. En ese sentido, tampoco lleva razón el Patronato cuando considera que el menor amparado, por el hecho de ser testigo de un delito, no reúne los requisitos para considerarlo sujeto de su protección. Sin embargo, para la Sala, tales requisitos, no son ni más ni menos que una creación del Patronato a su conveniencia, pues como bien lo afirman bajo juramento, ni en el Código de Familia, ni en el Código de la Niñez y la Adolescencia se establece como causal



de separación de su familia y por ende de institucionalización, el ser testigo en un proceso penal, como tampoco en ninguna de la normativa que se ha apuntado supra se establece que el Patronato Nacional de la Infancia únicamente dará protección a menores en estado de abandono de sus padres. Efectivamente, como se desprende del cuadro normativo transcrito líneas arriba, lo que el Constituyente creó en la Constitución Política y lo que el legislador fortaleció en las diferentes leyes que han sido aprobadas o en los convenios ratificados por el país, ha sido una institución que se denomina Patronato Nacional de la Infancia, autónoma, encargada de brindar “protección especial de la madre y del menor”, una institución cuyo “fin primordial es proteger especialmente y en forma integral a las personas menores de edad y sus familias, como elemento natural y pilar de la sociedad”, “la institución rectora en materia de infancia, adolescencia y familia”, y por ende, sin lugar a dudas, la situación del menor amparado encuadra perfectamente dentro de esos supuestos establecidos por la legislación costarricense para requerir de la protección especial que solo el Patronato Nacional de la Infancia está llamado a otorgar. De tal manera, por el solo hecho de estar el menor amparado en una situación de grave riesgo y peligro, necesita la protección especial del Estado y es precisamente lo que el Ministerio Público ha tratado de darle a través de los mecanismos previstos en la legislación costarricense y buscando la colaboración de las diferentes instituciones que pueden involucrarse en el asunto en particular. Bajo esta perspectiva, el hecho de que el menor amparado sea testigo de un delito amerita las medidas que se hayan adoptado hasta ahora en aras de brindarle protección, aún cuando ello haya implicado su separación del núcleo familiar y su ubicación en un albergue del Patronato Nacional de la Infancia. De tal forma, tampoco lleva razón la institución recurrida al afirmar que es “inaceptable que el Ministerio Público conociendo la colaboración brindada por la persona menor de edad no gestionara en forma planificada la colaboración y cooperación que debe existir entre ambas instituciones” pues de autos se desprende que ese criterio no tiene sustento fáctico ya que los autos, por el contrario, demuestran que la Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito del Ministerio Público, ha realizado esa coordinación con las diferentes instituciones que pudieren brindar colaboración y para ello requirió la ayuda del Patronato Nacional de la Infancia, del Instituto Mixto de Ayuda Social y del Ministerio de Seguridad Pública, desprendiéndose también del expediente que ha sido únicamente la institución recurrida la que, contrario a lo que debiera esperarse en razón de su naturaleza, ha negado la colaboración solicitada. Así las cosas, en discrepancia con lo que afirman los recurridos, el brindar albergue al menor amparado no se trata de la institucionalización por la institucionalización misma sino más bien, dadas las condiciones tan particulares que presenta el caso concreto, de la única medida posible, efectiva, segura y real con que cuenta el Estado costarricense en este momento para brindarle protección

a un menor que, sin duda alguna, está realizando una heroica labor al atreverse a figurar como testigo en un delito contra el narcotráfico y por lo tanto, una persona menor de edad que requiere la protección ante el peligro grave en el que se encuentra; figura que no está demás decir, está regulada en el Código de la Niñez y la Adolescencia al establecer:

“Artículo 19.-

Derecho a protección ante peligro grave . Las personas menores de edad tendrán el derecho de buscar refugio, auxilio y orientación cuando la amenaza de sus derechos conlleve grave peligro para su salud física o espiritual; asimismo, de obtener, de acuerdo con la ley, la asistencia y protección adecuadas y oportunas de las instituciones competentes”

Sin duda alguna, en esta tarea es al Patronato Nacional de la Infancia al que principalmente le corresponde, brindar este tipo de protección y para ello cuenta porque así se ha puesto en evidencia en el expediente, con la colaboración del Ministerio Público, el Instituto Mixto de Ayuda Social y el Ministerio de Seguridad Pública.

X.-En relación con el anterior argumento del Patronato recurrido según el cual, una de las obligaciones del Estado es facilitar y propiciar las mejores condiciones para que la persona menor de edad permanezca, crezca y se desarrolle con su familia y que por tal razón el Ministerio Público está desatendiendo este principio al haber separado al menor de su familia para albergarlo en el Patronato, debe decirse que tal afirmación no es cierta para esta Sala pues contrario a ello, más bien se denota en el expediente que la decisión del Ministerio Público de albergar al menor en la institución recurrida, está pretendiendo en todo momento garantizar sus derechos y los de su familia pues, como se ha dicho, la ubicación del menor en un albergue ha sido una medida temporal que se justifica en razón de las circunstancias que rodean el caso y en ningún momento ha implicado una separación radical o definitiva de su núcleo familiar pues obsérvese en el expediente que la madre ha estado debidamente informada de las actuaciones desplegadas, ha otorgado su consentimiento cuando ha sido necesario y además tanto ella como los hermanos del menor, han tenido acceso al menor de manera plena, directa y todas las veces o momento en que han deseado estar con él lo han podido hacer. En este aspecto es importante tomar en cuenta que la propia madre al ser consciente de la situación que rodea a su hijo, ha afirmado en el memorial de interposición del recurso de hábeas corpus número 09-003389-0007-CO que tiene relación con este asunto, a folio 2 que “en este momento yo no puedo tener a mi hijo XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXCONMIGO porque es un riesgo para toda la familia...” (el resaltado no es del original) Aunado a lo anterior debe tomarse en cuenta que tal como lo ha afirmado bajo juramento el Fiscal General de la República en el



mencionado recurso de hábeas corpus, folio 10 vuelto al referirse a la madre del menor amparado que "... es indispensable considerar que la propia recurrente ha manifestado ante las autoridades encargadas que no puede hacerse cargo del menor, por lo que desea su remisión al IAFA y posterior ingreso a la Ciudad de los Niños (albergue del PANI)...". Sobre el particular, es evidente que el Ministerio Público también ha adoptado medidas para brindar protección a la madre y demás miembros del núcleo familiar del menor y también sobre ese aspecto bajo juramento se ha afirmado a este Tribunal por parte del Fiscal General de la República que "la Fiscalía coordinó desde el inicio la ayuda económica para la familia del menor a través del IMAS, la cual se materializó en fecha 6 de marzo del año en curso"; ayuda con la cual, se deduce de aquél expediente que implicó el otorgamiento de dinero en efectivo para que la madre se trasladara a otra vivienda de alquiler con sus hijos en un sitio en donde no corriera peligro, lo cual según se desprende de ese expediente, efectuó y a la fecha se encuentra residiendo en otro lugar diferente con sus otros hijos, recibiendo una ayuda económica del Instituto Mixto de Ayuda Social para cubrir el costo del alquiler de ese nuevo domicilio pues se trata de una familia de escasos recursos que, por sus condiciones particulares, no tienen los medios ni las posibilidades de brindarle por sí mismos, la protección y el abrigo que requiere el menor, lo cual, por el contrario, sí está en posibilidad de otorgarse por parte del Estado a través precisamente del Patronato Nacional de la Infancia. Es evidente entonces que las afirmaciones del Patronato en el sentido de que no se han adoptado medidas para proteger el núcleo familiar del menor amparado, no son ciertas pues consta para la Sala que sí se han adoptado medidas precisas y contundentes para brindar protección no solo al menor sino también a su familia, debiendo destacarse que la propia madre ha reconocido que no puede tener a su hijo con ella por el riesgo que representa para ella y sus otros hijos; afirmación que termina de poner en evidencia que si la propia madre no puede asumir al menor, no queda duda de que el Estado es el que debe asumir su protección y que mejor sitio para ello que a través de la institución rectora en materia de niñez y adolescencia pues recuérdese que ante una situación de eventual riesgo para el menor, la Administración tiene la obligación de tomar las medidas necesarias para asegurar el bienestar del menor; tal y como obligan los diversos instrumentos internacionales y el Código de la Niñez y la Adolescencia, que reconocen e imponen el deber estatal de prestar particular protección a los derechos de los niños y las niñas, procurando que se brinde a este grupo la adecuada asistencia y el respeto a los derechos en éstos reconocidos. Bajo tales supuestos, para la Sala no ha existido desmembramiento de la familia como lo pretende hacer ver el Patronato Nacional de la Infancia, sino que, por el contrario, se considera que la medida adoptada por el Ministerio Público de solicitar la protección y albergue del menor en el Patronato, es razonable en aras de tutelar la vida y la integridad física del menor, quien además, como le ha sido puesto en

evidencia a la Sala, también se encuentra en una situación de riesgo social ya que se trata de un menor con un grado de adicción a las drogas y por tal razón, qué mejor institución para protegerlo que el propio Patronato Nacional de la Infancia; institución que al tomar en cuenta ese problema de adicción, según informó bajo juramento a la Sala en folio 163, al presentar el menor en las últimas tres ubicaciones “consumo de drogas, ... fue ingresado para desintoxicación en el programa Nuevos Horizontes del Hospital Nacional Psiquiátrico” indicándose expresamente que para el momento en que se rindió ese informe, el menor se encontraba en ese centro, tratándose de una ubicación transitoria para atender una etapa del consumo. Con ello se pone en evidencia que aún cuando el Patronato se mantiene reticente a tener al menor bajo su cuidado, de manera implícita está reconociendo que cuenta con los mecanismos necesarios para darle la atención que el menor requiere, siendo prueba de ello el que ante ese problema de adicción, decidiera remitirlo inmediatamente al referido programa, todo ello en aras de garantizar el interés superior del menor.

XI.-También aduce como excusa el Patronato Nacional de la Infancia que las instalaciones de la Oficina de Atención Integral de esa institución no son aptas para mantener al menor amparado pues se trata de un espacio destinado a que una persona descanse y se mantenga ahí durante unas horas, lo más veinticuatro, mientras los funcionarios de turno profundizan en la situación y valoran una posible ubicación posterior, siempre y cuando se justifique el ingreso a una alternativa de protección. Tal argumento tampoco es válido para este Tribunal pues si bien es cierto ese sitio puede no reunir condiciones adecuadas para mantener al menor amparado, también es lo cierto que la institución recurrida cuenta con una serie de albergues, hogares y alternativas de abrigo diferentes en las cuales podría haber ubicado al menor, brindándole así no solo la protección que requiere sino también las mejores condiciones, dentro de lo que cabe, para que pudiera sentirse cómodo, a gusto, protegido y sobre todo, seguro frente a la gravedad de la situación que lo rodea. Desgraciadamente, de autos se desprende que la motivación del Patronato no ha sido ésta, sino sacar al menor de su esfera de cuidado y protección, con lo cual es evidente que lejos de proteger y tutelar sus derechos fundamentales, más bien los vulneró y además los colocó en evidente amenaza y riesgo. También argumenta el Patronato que no es cierto que se haya proporcionado un custodio policial para brindar protección especial al menor en forma permanente sino que, por el contrario, la presencia ha sido esporádica y no permanente, lo cual considera como “una debilidad funesta de la oficina de atención de la víctima”, estimando que esa oficina “no ha asumido el liderazgo y la dirección de los esfuerzos institucionales, por el contrario ha reforzado –para no decir promovido- situaciones que no facilitan una coordinación pausada y calmada”. En contradicción con tal criterio, la Sala observa en el expediente que el Ministerio Público ha realizado múltiples labores de coordinación, principalmente



con el Ministerio de Seguridad Pública y la representante de éste, en el recurso de hábeas corpus número 09-003389-0007-CO afirmó a la Sala bajo la gravedad del juramento, que se ha brindado la colaboración que se ha solicitado y conforme se ha pedido: "...la actuación de los oficiales del Ministerio de Seguridad Pública ha sido en todo momento desplegada conforme a Derecho y atendiendo en todo momento a la colaboración de otras instituciones de conformidad con sus funciones", poniéndose en evidencia con tal afirmación, que para el caso concreto sí se ha brindado la presencia policial cuando se ha podido y cuando los recursos lo han permitido; sin embargo, también se deja entrever que, en definitiva, como el Patronato recurrido se ha resistido a asumir la responsabilidad plena que debió haber adoptado en este caso y por ende, materializar acciones concretas para proteger al menor amparado, tampoco ha solicitado esa colaboración que le otorga el propio artículo 55 constitucional y a partir de la cual, se encuentra plenamente facultado para pedir y para exigir a los órganos competentes, la protección policial que estime pertinente para atender la situación. Además de ello, se pone en evidencia que, en este momento, al no ser completamente consciente el Patronato Nacional de la Infancia de su responsabilidad en el concierto de instituciones existentes en el país, tampoco ha ideado protocolos o medidas a las cuales acudir para solicitar protección policial de parte del Ministerio de Seguridad Pública o de las otras fuerzas de policía existentes en el país, con lo cual debería contar puesto que en el mismo informe rendido bajo juramento a esta Sala afirma que en sus instalaciones se han presentado situaciones de violencia entre menores bajo su protección, que ha tenido que atender y para las cuales, sin duda alguna, pudiera ser oportuno y conveniente contar con la colaboración policial. Por tal razón, no es aceptable la excusa que ha planteado el Patronato recurrido en cuanto a este extremo pues con ello se pone en evidencia que como institución rectora de la niñez costarricense no es consciente de que al amparo del artículo 55 constitucional, cuenta con plena competencia para solicitar y exigir la colaboración de otras instituciones del Estado, entre ellas, las fuerzas policiales y si bien es cierto, como lo afirma el propio recurrido, no le corresponde "orquestar las acciones de protección policial", también es lo cierto que sí es de su competencia, solicitar o exigir cuando así sea del caso, la protección policial que requiera para atender su cometido constitucionalmente asignado, por lo que se rechaza la argumentación que formula en tal sentido y sobre todo que ello pueda implicar un "retroceso significativo" cuando, por el contrario, es parte de las obligaciones que el Constituyente le ha encomendado.

XII.-Aparejado con lo anterior, también aduce el Patronato que no se cuenta con una infraestructura adecuada para albergar personas como el amparado ya que al tenerlo ahí con otros niños y jóvenes que se encuentran en condiciones diferentes, se pone en peligro la vida e integridad física de éstos ya que pueden resultar afectados por acciones realizadas por terceros. Sobre el particular, la Sala



desvirtúa esa afirmación con los mismos argumentos que se han venido indicando: si el Patronato Nacional de la Infancia es la institución rectora en materia de niñez costarricense, encargada de tutelar y garantizar los derechos de esa población, también es lo cierto que para ello cuenta con la colaboración de otras instituciones del Estado, entre las cuales, como se dijo, se encuentran las diferentes fuerzas de policía del país, al amparo de la norma sentada en el artículo 55 constitucional. Ahora bien, el hecho de que no tenga la capacidad instalada para coordinar y materializar esa ayuda, es un problema propio de la infraestructura y administración que se está llevando a cabo en la institución pero nunca una omisión del Estado costarricense ni mucho menos atribuible al Ministerio Público. Por lo tanto, no es válida la excusa de que no cuenta con condiciones para brindarle protección a los otros niños o jóvenes que alberga, pues lo cierto es que tiene a su disposición todo un arsenal normativo que le faculta para solicitar la colaboración que estime necesaria y por ende, deberá de canalizar sus esfuerzos en esa dirección, no como lo está haciendo al aducir que no tiene las condiciones para albergar a personas como el menor amparado. De tal forma, ese argumento no es aceptable para este Tribunal y por el contrario, se le advierte que al amparo del artículo 55 de la Constitución Política, deberá el Patronato Nacional de la Infancia iniciar las labores de coordinación que sean necesarias para llevar a cabo de manera eficiente, la función que el propio Constituyente le confió.

XIII .-Afirma el Patronato Nacional de la Infancia que para el caso concreto no se han negado a cumplir sus competencias y facultades legales como institución rectora en garantizar el catálogo de los derechos humanos de las personas menores de edad con la colaboración de todas las instituciones, sin embargo, en criterio de la Sala y en atención a lo que se ha venido diciendo, queda totalmente desacreditada con los hechos denunciados en el memorial de interposición del recurso pues al haberse negado el Patronato a mantener bajo su albergue y cuidado al menor amparado, ha desatendido precisamente su obligación de garantizar los derechos de esa persona menor de edad. Como se señaló supra, para la Sala no es válido de ningún modo el argumento de que el caso del amparado no reúne los requisitos para ser objeto de protección del Patronato ya que, como se indicó, la obligación otorgada a esa institución por el Constituyente, está referida a protección especial del menor independientemente de si éste se encuentra en abandono o si es víctima de un delito o testigo en una causa penal. Por lo tanto tal argumento debe ser desestimado.

XIV .-Aduce el Patronato Nacional de la Infancia que al haberse aprobado la Ley 8720 de Protección a Víctimas, Testigos y demás Sujetos intervinientes en el Proceso Penal, el Ministerio Público cuenta ahora con un instrumento válido que le otorga un conjunto de acciones tendientes a ejecutar medidas materiales de protección en los casos en que se requiera acompañamiento o vigilancia de la

persona protegida y por lo tanto estima que al amparo de esa ley, sigue siendo el Ministerio Público el responsable de atender esos casos y no el Patronato Nacional de la Infancia. Frente a este argumento, la Sala observa que en el recurso de hábeas corpus número 09- 003389-0007-CO, bajo juramento afirmó tanto el Fiscal General de la República (en folio 11) y la Fiscal General Subrogante (en folio 157) que la publicación de esa ley se espera en los próximos días. Además de ello, en folio 27 de este amparo, los propios recurridos apuntan bajo juramento que “la reciente Ley 8720 aprobado (sic) por la Asamblea Legislativa, firmado (sic) por el Presidente de la República, no vigente aún”. Así las cosas, tal argumento que plantea el Patronato Nacional de la Infancia en relación con esa Ley, no es válido para esta Sala porque, como se deduce de ambas manifestaciones rendidas bajo juramento a este Tribunal, dicha Ley no había sido publicada al momento de rendirse esos informes y por tanto no había entrado en vigencia.

XV .-En mérito de las anteriores consideraciones, la Sala concluye que dadas las condiciones particulares del menor amparado y el evidente riesgo en el que se encuentra su vida e integridad física, lo procedente es declarar con lugar este recurso al considerarse que el Patronato Nacional de la Infancia es el mejor lugar existente en el país en este momento para brindarle al menor amparado la protección y abrigo que requiere, por lo que se le ordena al Presidente Ejecutivo de esa institución, tomar las medidas de protección y vigilancia del menor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx hasta tanto no cese el estado de amenaza contra la vida e integridad física.-“

b) Posibilidad de recibir el testimonio sin la presencia del imputado

[TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL]⁴

“II- El defensor del imputado, Licenciado Armando Araya Ching en su único motivo del recurso, alega violación al debido proceso, específicamente al principio universal de la Inviolabilidad de la Defensa. Argumenta el recurrente que el tribunal dispuso a solicitud de la fiscalía recibir el testimonio de la ofendida sin la presencia del imputado, pese a ser ésta mayor de edad y haber convivido con el acusado, lo cual es permitido- según su parecer- sólo en materia de menores de edad. Que el imputado fue privado de su derecho de inmediar virtualmente el testimonio de la ofendida, pudiendo solamente escucharlo, pero no observarlo. Que lo anterior violenta el Debido Proceso y el Derecho de Defensa, más aun cuando se le rechazó el careo solicitado por él. Sin lugar al reproche. Según consta en el acta de debate visible a folio 144, el Fiscal solicitó que por ser un delito de carácter sexual, se ubicara al imputado en otro aposento, porque la ofendida no quería ver al imputado al rendir su declaración. El Tribunal dispuso aceptar la petición ordenando que el imputado fuera ubicado en un pasillo donde no podría ser visto



por la ofendida pero sí podría escuchar su declaración, lo anterior lo fundamentó en la protección de la integridad psíquica de la ofendida. El recurrente considera que con ello se violentó el derecho de defensa del imputado por cuanto no pudo inmediar la declaración de la ofendida, conocer sus gestos y reacciones al declarar. Sin embargo, el alegato no es de recibo. En realidad el derecho de defensa del imputado no fue violentado, tan sólo se limitó razonablemente, en aras de garantizar otros derechos fundamentales, como lo es en este caso el de la mujer víctima de agresión sexual. La posición del Tribunal de ubicar al encartado en un lugar donde pueda escuchar la declaración de la ofendida, sin poderla ver, tuvo como fin garantizar su integridad psíquica, buscando así un sano equilibrio entre el derecho del imputado a contradecir la prueba, y el derecho de la mujer víctima de abuso sexual de ser escuchada sin sentirse presionada psicológicamente por el imputado. Al respecto, la Sala Tercera se ha pronunciado, señalando que es posible incluso de oficio, retirar al imputado a un lugar donde no pueda tener contacto físico con la víctima mayor de edad, para proteger la integridad física o psicológica de la persona afectada, máxime cuando se trate de delitos sexuales, y el imputado haya tenido alguna relación sentimental o de parentesco con la víctima. Se dijo en ese pronunciamiento: "En el presente caso, consta del acta de debate y de las razones expuestas en el propio fallo que se evacuó en forma privada y sin la presencia del justiciable (aunque sí de la defensora) el testimonio de la ofendida atendiendo a las recomendaciones del psiquiatra forense, quien hizo ver la necesidad de no someterla a nuevos interrogatorios a fin de evitarle una crisis de agresividad, tomando en cuenta que padece retardo mental (cfr. folios 33 y 68). El a quo, conforme se aprecia, no omitió evacuar el testimonio (cual lo recomendaba el médico), sino que dispuso recibirlo en las condiciones que se vienen exponiendo y de igual manera se escuchó la declaración de la testigo A. S. M, en virtud de que los juzgadores observaron su "estado de nerviosismo" cuando se le requirió en la sala de debates: reaccionó con llantos y gritos y expuso que deseaba declarar pero sin la presencia del justiciable, pues este último "... con la señora madre la había mandado a amenazar..." (folio 69). Estima la Sala que las razones que cita el a quo, considerando además la naturaleza de los hechos que se investigan (delitos de violación) y la circunstancia de que tanto la víctima como la testigo A. son hermanas del acusado, justifican plenamente la medida de recibir sus declaraciones en privado y sin que tuviesen contacto visual con el encartado. Aun cuando el artículo 212 del Código Procesal Penal solo se refiere a la posibilidad de practicar este tipo de pruebas especiales en privado (es decir, en ausencia del público, dentro del cual no se incluye obviamente al imputado), es criterio de la Sala que este puede ser alejado de la audiencia cuando se atiende al valor de los bienes jurídicos en conflicto, así como con base en diversas normas jurídicas de jerarquía suprallegal que ordenan ponderar los intereses de ciertos grupos de



personas. Así ocurre con los menores de edad, respecto de los cuales y en virtud de normas positivas tanto de derecho interno como a través de instrumentos internacionales, se establece la prevalencia de su interés superior. En la especie, aunque las declarantes son mayores de edad, ha de recurrirse a las previsiones de la Convención para erradicar la violencia contra la mujer, introducida al derecho costarricense por ley No. 7499 de 2 de mayo de 1995 que, entre otras cosas, dispone: “Artículo 2: Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual...” ; “Artículo 3: Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”; “Artículo 4: Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: ... b) el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c) el derecho a la libertad y a la seguridad personales; d) el derecho a no ser sometida a torturas; e) el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f) el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; g) el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos...”; “Artículo 7: Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a) abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; ... f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”. Es evidente que el disponer, en un caso como el que aquí se examina, que las testigos declararan en ausencia del justiciable, constituye una medida encaminada a proteger de manera primordial la integridad física, psicológica y moral de las deponentes, atendiendo a las particulares circunstancias que se observan (ligamen consanguíneo, probabilidad de inducir graves crisis de agresividad en la víctima, existencia de amenazas por parte del acusado contra la otra testigo). Desde luego, normalmente será posible establecer un justo equilibrio entre los valores y derechos en conflicto, de modo que todos puedan ser satisfechos con un mínimo sacrificio y a ello deben dirigirse los esfuerzos de los juzgadores que en esto, como respecto de otros actos, han de buscar un sano balance y de ello deberá tomar nota el a quo en lo sucesivo. Así, será preciso que al aplicar estas



medidas de estricto carácter excepcional, los jueces recurran a técnicas que en cuanto sea posible, impidan el contacto físico y visual entre el declarante y el acusado, pero permitan a este escuchar el testimonio y mantener algún tipo de comunicación con su defensor técnico; o incluso utilizar dispositivos que distorsionen la voz, si lo pretendido es proteger la real identidad física del deponente que podría ser identificado por ese medio; y sin perjuicio del alejamiento completo de la audiencia si el justiciable ejecuta conductas que ameriten adoptar ese tipo de acciones disciplinarias (por ejemplo: si profiere amenazas contra el testigo mientras este se halla en la sala), lo que en todo caso conviene se le advierta de previo al acusado...”. Las reflexiones anteriores son aplicables en el presente caso y permiten rechazar parte del alegato de la defensa, que cuestiona la actuación oficiosa de los Jueces. Conforme se lee en la sentencia recién transcrita, la Convención para erradicar la violencia contra la mujer obliga al Estado costarricense y a todos los funcionarios públicos a adoptar, en el ámbito de sus tareas y competencias, las medidas que correspondan para eliminar ese fenómeno y proteger a la persona contra cualquiera de sus diversas manifestaciones. Los Jueces en el proceso penal y en su labor de administrar Justicia están llamados a velar y proteger no solo los derechos constitucionales y legales del imputado, sino los de todas las personas que intervengan, incluidos, desde luego, los de los testigos, ofendidos y denunciadores, aunque no sean formalmente partes en el procedimiento. Desde luego, el justiciable, como sujeto esencial y afectado de manera directa por las investigaciones dirigidas en su contra, está rodeado de una gran variedad de derechos y garantías, pero esto no significa que quienes concurren a rendir testimonio sean simples instrumentos para la averiguación de la verdad, despojados de derechos y carentes de toda protección. Al contrario, se reitera, es un deber inherente a la tarea jurisdiccional, la tutela de la dignidad humana y de la integridad física, psicológica y moral de todas las personas que deban comparecer ante los juzgadores en cualquier condición (imputados, ofendidos, testigos e incluso la defensa, el acusador u otras partes), adoptando las medidas que sean necesarias, razonables y proporcionadas para asegurar ese respeto. Desde este punto de vista, es indudable que los tribunales sí pueden proceder de oficio en esas hipótesis y lo harán no en ejercicio de una facultad, sino de una potestad (poder-deber) que se deriva de la misión constitucional que tienen encomendada de proteger los derechos fundamentales de los habitantes. En el caso de mujeres sometidas a violencia doméstica, se cuenta además con disposiciones supralegales expresas que obligan a dotarlas de medidas de protección y no cabe duda que recibir su testimonio sin la presencia visible del acusado (presunto agresor), es una acción protectora que se encamina a resguardar la integridad física, psicológica y moral de la declarante y, además, desde otra perspectiva, pretende asegurar la pureza de una prueba de la que, según se tiene noticia, ha estado sometida a actos de

agresividad e intimidación rutinaria. Por lo demás, ningún agravio se produjo al encartado, quien permaneció en un sitio desde el cual podía escuchar el testimonio y mantuvo contacto con su defensor para gestionar las preguntas que estimase pertinentes. (Voto 1435-2005 Sala Tercera). Los anteriores razonamientos son compartidos en un todo por ésta Cámara, agregándose que en el presente asunto, no se desprende de las actuaciones ni del mismo recurso, que al imputado se le haya impedido la comunicación con la defensa técnica ni contrainterrogar por medio de su defensor a la ofendida. Finalmente, en cuanto al rechazo del careo solicitado ante las contradicciones entre la versión de la ofendida y del imputado, no se observa vicio alguno que haya afectado la defensa del imputado. El numeral 233 del Código Procesal Penal dispone que podrá ordenarse el careo de personas que, en sus declaraciones, hayan discrepado sobre hechos o circunstancias importantes... Sin embargo, el careo resulta ser una prueba de carácter excepcional, dado que en todo proceso existirán contradicciones entre los testigos entre sí, o con el propio imputado, lo cual debe ser resuelto por el Tribunal al valorar las probanzas con base en las Reglas del correcto entendimiento humano, como corresponde en un proceso penal regido por el sistema de libre convicción. En el presente caso, la versión del imputado- sumamente escueta- y la versión de la ofendida, fueron analizadas de forma apropiada por el a quo, junto con el resto de las probanzas admitidas, especialmente con el dictamen médico legal y las evidencias encontradas en el sitio del suceso, llegando a la conclusión de que el imputado efectivamente cometió los hechos acusados. (folios 162 a 170). Por lo anterior, debe rechazarse el motivo.”

c) Protección a la víctima no implica que la prueba indirecta o referencial deba preponderar

[TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL]⁵

“II- En los términos que se dirá, lleva razón la defensa. En el presente caso, esta Cámara de Casación ha detectado vicios esenciales en los elementos probatorios de valor decisivo que se utilizaron para tener por demostrado el homicidio que se le ha venido atribuyendo al joven T. U. Lo anterior pese a que la recurrente equivoca los fundamentos con los que reclama vicios en la sentencia, y sin embargo, sí lleva razón en que existió una incorporación ilegítima de prueba que afecta la validez de los argumentos utilizados para condenar al imputado. En ese sentido, el primer problema que detecta este Tribunal es que se hubiese utilizado la declaración de un testigo, que se dice presencial, sin que éste fuese traído ante estrados judiciales. Es así como la sentencia indica lo siguiente: "El oficial en cuestión se presentó a audiencia y expuso con claridad los resultados de las diligencias de investigación realizadas, entre ellas la inspección del lugar de los

hechos y entrevista de los testigos, diligencia que igualmente resultó difícil en el tanto en que los habitantes del sector en que tuvieron lugar los hechos eran poco comunicativos en relación con lo que pudieron haber observado o escuchado. Establece el oficial como se recibieron (sic) gran cantidad de informes confidenciales, mismos en los que vecinos de forma anónima señalaban al presunto autor o autores de los hechos, siendo que en todos estos informes confidenciales se señalaba como uno de los autores o bien como autor único al joven acusado K. T. U. No obstante lo anterior el mismo ubicó al señor Alberto Gutiérrez Morales, portador de la cédula de identidad número 1 901 321, quien fue testigo presencial de los hechos y que dieron como resultado el deceso del joven P. A, siendo que dicho testigo es claro en establecer como el día 14 de abril a eso de las 18:00 horas se encontraba en Purral, frente a su casa, cuando observó al joven acusado K. quien se acercó a él portando un revólver en la mano, siendo que el mismo estaba acompañado por un sujeto mayor de edad de unos 40 años de edad, quien no intervino en la dinámica de los hechos. El testigo indicó que el joven le preguntó si sabía donde se encontraba el hoy occiso conocido por el sobrenombre de Titofó, siendo que como él no sabía el encartado se dirigió a la vivienda donde tuvieron lugar los hechos, siendo que el mismo se observaba furioso, y luego de observar desde afuera del inmueble hacia la parte de adentro, empujó un portón que estaba sin tranca e ingresó en la propiedad y comenzó a disparar, cosa que hizo en varias ocasiones, siendo que luego de una breves instantes salió del lugar y se fue."(Ver folios 279 y 280). La anterior transcripción evidencia un aspecto fundamental del error en que incurre el Juzgador, en cuanto a lo que constituye la prueba testimonial y cómo debe ser producida la misma. Es así como testigo es la persona que por sus propios sentidos conoció de un hecho con relevancia penal, y luego es llamado a estrados para que informe de lo que hubiese conocido. Si bien es cierto que puede existir testimonio de referencia, el mismo servirá para relatar lo que escuchó, pero no es válido que su conocimiento sustituya a la fuente directa del hecho que interesa, menos aun, cuando se trata de la fijación de aspectos tan relevantes como dónde, cuándo y quién cometió un homicidio. Precisamente esto fue lo que sucedió en este caso, porque el oficial de policía es fuente de conocimiento válido en tanto refiere las investigaciones que por él mismo realizó, pero no puede sustituir al testigo que le comunicó datos relevantes para establecer la dinámica de los hechos que se investigaban. Es así como la manera correcta de hacer llegar esa información tenía que haber sido de la fuente directa, es decir el testimonio de Gutiérrez Morales, persona que es localizable (folio 201) y quien tendría que haber declarado ya fuese de viva voz o, si se temía por su seguridad, por medio de los procedimientos que el Código Procesal Penal autoriza para anticipar prueba que se tema no llegue al debate. Al no haberse hecho de esa forma, resultó ilegítimo valorar el testimonio del oficial de policía como si fuera la prueba directa de los hechos. Ahora bien, este aspecto



tiene incidencia en el resto de fundamentos de la sentencia en tanto la condena se asentaría tan sólo en la declaración de la madre del imputado. Sobre ese aspecto no comparte este Tribunal el reclamo de la defensa en el sentido de que se hubiese afectado el derecho de abstención. Por el contrario, si la madre del acusado, previas las advertencias del caso, decidió declarar, no es válido argumentar que después se arrepintió de esto, ni justificarse en que la fiscalía antes del debate le advirtió que eso era la mejor para su hijo. En definitiva la testigo Damaris Ubeda Lezama declaró libre y voluntariamente, sin que resulte violatoria al debido proceso esta declaración porque luego se arrepintiera o cambiara de opinión. Sin embargo, existe un aspecto que no fue cuestionado por la defensa y que sí incide en los fundamentos de la condena y es precisamente el valor probatorio que le dio el Juzgador al dicho de esta misma testigo. En ese sentido resulta que la madre del imputado nunca observó por ella misma los acontecimientos, sino que se entera por su propio hijo varios días después. En ese aspecto resulta que ese sería el único indicio que queda para mantener los argumentos de la sentencia, con el agravante de que en la misma se le da valor de confesión a lo que el acusado le relató a su madre, en ese sentido el Juzgador indica: "La testigo hace referencia en su dicho tanto a circunstancias relacionadas con los hechos que le consta a ella como a una confesión que le hizo su hijo, al ver que en el barrio ya era del dominio público su participación en los hechos, razón por la cual se hará un análisis de todas ellas para establecer el peso probatorio que se le da a su declaración. La testigo estableció con claridad como su hijo de manera clara le confesó haber disparado en contra del ofendido P. A. " (ver folios 265 y 266). Esto no quiere decir que no sea válido el valorar como prueba indirecta o indiciaria las manifestaciones espontáneas que el imputado le hubiese hecho a cualquier persona que no actuase como funcionario policial o judicial, entendiéndose que son válidas las manifestaciones espontáneas y que se pueden acreditar por medio del testimonio de quien las escuchó. El problema se presenta cuando no se hace llegar más elementos de prueba, como en el presente caso, porque la sentencia se basa tanto en esta declaración como en la que alude al dicho de Gutiérrez Morales tal y como se detalló líneas antes. Por otra parte, tampoco queda bien fundamentado por qué el Juez consideró que las manifestaciones del imputado a su madre fueron libres y voluntarias, cuando más bien, la propia testigo Ubeda Ledezma refirió que cuando ella le pregunta en una primera oportunidad, K. le negó que él hubiese tenido algo que ver con la muerte de M. (ver folio 251) así fue como ella sigue insistiendo con su hijo porque escucha en el barrio que él sí tuvo participación en los hechos, hasta que en una nueva conversación, varios días después de los hechos, K. le manifiesta que él mató al sujeto porque el mismo le había disparado. No se trata en este caso de igualar la situación de la madre a un funcionario encargado de las investigaciones policiales, pero sí de la necesidad de valorar el contexto en que pudo haberse

dado la aceptación de los hechos por parte del menor acusado frente a su madre. Véase que si se suprime la versión de la persona que no declaró en el juicio, queda insubsistente la demostración de los hechos, utilizando tan sólo la "confesión" del imputado a su madre. Esta misma situación de prueba por referencia se presenta con relación al acontecimiento que la sentencia tuvo por probado y que se refiere a los disparos que se supone hizo el occiso, horas antes, contra la humanidad del aquí imputado. Este hecho que resulta fundamental, no sólo no fue incluido como un hecho de la acusación, sino que además el Juez, teniéndolo por demostrado, (ver hechos probados 1 y 2) luego no le da ninguna trascendencia para la decisión que tomó, sobre todo en lo que se refiere a la sanción impuesta. En este aspecto este Tribunal no considera que el vicio se presente por falta de correlación entre acusación y sentencia, en tanto el homicidio como tal fue acusado en los mismos términos que se tuvo por demostrado, sin embargo, alguna relevancia pudo haber tenido para el juicio de reproche el acontecimiento de que el imputado hubiese sido objeto de un ataque ilegítimo horas antes del hecho que aquí interesa. Así lo hizo ver el propio representante del Ministerio Público en la vista realizada con ocasión del recurso bajo análisis (folio 346). En definitiva la responsabilidad penal del acusado se hizo sostener de prueba indirecta, testigos de referencia que como tal resultan insuficientes. Tampoco es excusa de lo anterior que los policías judiciales y el Ministerio Público, encargados de la investigación, encontraron dificultades para asegurar los medios de prueba suficientes y válidos para que se presentaran al debate. Vale la pena establecer que la seguridad de los testigos es una responsabilidad del Estado representado por los órganos encargados de la persecución penal y que ese compromiso no se puede eludir utilizando prueba indirecta y de referencia, menos aun en un hecho tan grave como un homicidio en el que al acusado se le impuso una sanción de internamiento de siete años. Por todo lo anterior se declaran con lugar, en los términos expuestos, los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso de casación. En consecuencia, se anula la sentencia condenatoria, y el debate que la precedió, dictada en contra del joven K. T. U. y en su lugar se ordena el juicio de reenvío para la nueva sustanciación. Por innecesario se omite pronunciamiento sobre los otros reclamos.”

d) Testigo con identidad protegida

[TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL]⁶

“II. [...] El segundo aspecto que se reclama en el recurso, es en cuanto a la identidad del declarante y sus características físicas. Según argumenta, durante la declaración del "colaborador", el imputado fue sacado de la sala, pero luego de la declaración de aquél, conversó con su representado, quien le dio las características físicas de ese colaborador, determinando que las mismas no eran



coincidentes con la persona que él había interrogado en el debate. Sobre este reclamo es necesario hacer algunas acotaciones. Por tratarse de un testigo con identidad protegida, por evidentes razones de seguridad resulta necesario que el imputado no lo observe, de allí que la medida adoptada por el tribunal se encontraba justificada. De igual forma y por las mismas razones, es que el acta del debate y en la sentencia no se indique el nombre y calidades del declarante. Por supuesto, ello no implica que no sea individualizable, pues como bien se expresa en la cita acta, el tribunal procedió a identificar al deponente, procediendo a guardar sus datos en un "sobre blanco en la caja fuerte del tribunal" (folio 270). De manera que el hecho de que el imputado y la defensa no conozcan el nombre del testigo no implica que el mismo no se encontraba determinado, sino que, por razones de seguridad, su identidad se encontraba protegida. Aparte de lo anterior y conforme se indicó anteriormente, en la etapa preparatoria, tanto la jueza penal como el fiscal y el defensor, no sólo se percataron de la existencia de un colaborador, sino que presenciaron el momento en que se practicó el operativo. El propio encartado en el debate y en la vista celebrada al efecto reconoció que en la fecha de los hechos le entregó "una punta de cocaína" a un colaborador, aunque, ofrece una explicación diferente de las razones por las que procedió de esa manera. Sin embargo, al margen de eso, lo cierto es que reconoce que existe un colaborador y que efectivamente a esa persona le entregó una "punta de cocaína". El testigo fue llevado a juicio y una vez identificado, declaró bajo la fe de juramento. El único cuestionamiento que realiza la defensa es en relación con las características físicas que según manifestó, luego de realizado el debate, su defendido le había brindado. Sin embargo, en la vista celebrada, lo único que manifestó es que ese colaborador era bajo y de piel trigueña, sin dar mayores descripciones. Se trata de una descripción sumamente general en la cual entran una gran cantidad de personas. Aparte de ello, no puede soslayarse que desde el momento de los hechos a la actualidad, han transcurrido más de tres años, lo que también provoca cambios en la apariencia de las personas. En cuanto a las contradicciones respecto del lugar exacto de donde salió el colaborador, esta Cámara considera que la misma es intrascendente. En efecto, el impugnante no explica la transcendencia que pueda tener el hecho de que el colaborador manifieste que el día del operativo salió de las Oficinas del Organismo de Investigación Judicial de Siquirres, mientras los policías refieran que salen de la oficina y es por el Banco Popular donde lo dejan para que se dirija a realizar la compra. La verdad es que ambos reconocen que en un primer momento se encontraban en las Oficinas del O.I.J. de Siquirres y posteriormente se dirigen a realizar el operativo. El hecho de que el colaborador se vaya caminando o fuese conducido en carro hasta el referido Banco es un detalle que no afecta la credibilidad, pues el núcleo fáctico permanece incólume. En todo caso, como bien lo señaló el fiscal durante la audiencia celebrada, aún suprimiendo hipotéticamente



la declaración de este colaborador confidencial, se mantiene la sentencia condenatoria. La policía recibe varios informes que señalan que el encartado se dedicaba a la venta de droga, específicamente piedras de crack y pajillas de cocaína en varios bares de Siquirres. En diversos operativos la policía judicial y administrativa le decomisan droga. Con fundamento en lo anterior se procede a realizar vigilancias, determinando el movimiento típico del trasiego de drogas. Posteriormente se hacen varias compras controladas las cuales son realizadas por un colaborador, pero también son observadas por los oficiales de policía, quienes declaran en el debate. Al realizarse el operativo con billetes marcados, se logra concretar una compra más, y como medio de pago se entrega el billete marcado, el cual finalmente es encontrado en posesión del justiciable. Ciertamente, este intenta dar una explicación del mismo. Sin embargo, el tribunal, de manera amplia y razonada rechaza la versión del imputado (folios 299 a 301), sin que en su ejercicio se observe la violación a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, al no existir los vicios reclamados, se declara sin lugar el recurso interpuesto por la defensa pública del imputado.”

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 RUDI, Daniel Mario: *Protección de testigos y proceso penal*, 2° ed., Astrea , Buenos Aires, 2008, pp. 120-130.
- 2 Ley No. 7594 de 10 de abril de 1996.
- 3 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 5448-2009, de las catorce horas con cuarenta y un minutos del primero de abril de dos mil nueve.
- 4 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, Resolución No. 1093-2007, de las diez horas con cinco minutos del veintiocho de setiembre de dos mil siete.
- 5 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, Resolución No. 1573-2007, de las once horas del trece de diciembre de dos mil siete.
- 6 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, 363-2008, de las catorce horas con cuarenta minutos del treinta de abril de dos mil ocho.