



Nulidad del Anticipo Jurisdiccional de Prueba

Rama del Derecho: Derecho Procesal Penal.	Descriptor: Medios probatorios.
Palabras Clave: Nulidad del Fallo, Testigo sin rostro, Manifestaciones de la víctima, Nulidad de sentencia cuando se determina ilegalidad del Anticipo.	
Fuentes: Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 23/01/2014.

El presente documento contiene jurisprudencia sobre las clases de nulidades que concurren en el anticipo jurisdiccional de prueba en materia penal. Se menciona el caso del “testigo sin rostro”, las manifestaciones de la víctima sobre el imputado, la incorporación al debate de la prueba anticipada estando presente el testigo, y la ilegalidad al tomar la prueba anticipada.

Contenido

JURISPRUDENCIA	2
1. Anticipo jurisdiccional de prueba: Nulidad del fallo al recibirse declaración de "testigo sin rostro"	2
2. Anticipo jurisdiccional de prueba: Nulidad del anticipo jurisdiccional de prueba por no imponer al imputado acerca de lo manifestado por la víctima.....	9
3. Incorporación al debate de testimonio recabado conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba pese a que el deponente compareció al juicio	13
4. Nulidad de la sentencia penal: Omisión de reproducir el testimonio en debate cuando se determina la ilegalidad del anticipo jurisdiccional de prueba	20

JURISPRUDENCIA

1. Anticipo jurisdiccional de prueba: Nulidad del fallo al recibirse declaración de "testigo sin rostro"

[Sala Tercera de la Corte]ⁱ

Voto de mayoría:

“II. [...] A.-El testigo sin rostro en la etapa de juicio y en el anticipo jurisdiccional de prueba. La Sala Constitucional en diversas oportunidades se ha pronunciado sobre el derecho que tiene el imputado de conocer y examinar los testigos como parte del principio de defensa, señalando que forma parte del debido proceso el acceso irrestricto a conocer las pruebas en su contra y a combatirlas. En este sentido ha apuntado: “... la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia ha resuelto repetidamente que debe concederse a quienes hayan sido acusados de la comisión de un delito, el derecho de examinar a los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa...” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 2010-17907, de las 15:07 horas, del 27 de octubre de 2010). De acuerdo con el máximo órgano Constitucional, el derecho de defensa “...se desprende del artículo 39 de la Ley Fundamental, y muy especialmente de los incisos a), c), d), e), f) y g) del párrafo 2°, y de los párrafos 3° y 5° del artículo 8° de la Convención Americana, de todo lo cual resulta toda una serie de consecuencias, en resumen;...el acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas, particularmente repreguntando y tachando o recusando a testigos y peritos, lo cual comporta, además, que los testimonios y dictámenes deben presentarse en presencia del imputado y su defensor...” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 1739-1992, de las 11:45 horas, del 01 de julio de 1992). Según lo regula el artículo 351 del Código Procesal Penal, en la etapa de juicio, ante 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.” En cuanto a este numeral la Sala Constitucional ha destacado que: “...dicha norma no es inconstitucional, siempre y cuando se garanticen los principios de inmediación y contradicción en la recepción de la prueba y no se lesione el derecho de defensa, por lo que, pueden válidamente utilizarse mecanismos tales como la teleconferencia, pero no aquellos donde se oculten las características físicas individualizantes, dado que, de ocultarse, **se estaría ante la figura del “testigo sin rostro” rechazada sistemáticamente por la doctrina y jurisprudencia de los derechos humanos...**” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 2011-01424, de las 11:01 horas, del 04 de febrero de 2011, el resaltado no es del original). Recientemente esa misma Sala se pronunció en el sentido de que: “...no es posible mantener la protección procesal de la identidad nominal (nombre de la persona) ni de las características físicas individualizantes

(rostro, cuerpo, voz, etc.) en la fase del juicio oral y público. Ello en virtud del cumplimiento de los principios, derechos y garantías contenidos en la Constitución Política y en los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, específicamente, el ejercicio del derecho de defensa, así como el respeto a los principios del juicio oral...”(Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 2011-15162, de las 12:13 horas, del 04 de noviembre de 2011). Por la trascendencia del tema, es indispensable que esta Sala se pronuncie sobre el anticipo jurisdiccional de prueba recibido mediante videoconferencia, así como sobre la validez del denominado “testigo sin rostro” en este tipo de diligencias. Esta Cámara en reiteradas oportunidades ha sostenido que la videoconferencia es un elemento probatorio válido en el proceso penal al tratarse de “...un método que salvaguarda el principio de inmediación, que permite el adecuado ejercicio del derecho de defensa y garantiza la vigencia del contradictorio, e igualmente resulta compatible con el principio de oralidad. Por todas esas razones estima esta Sala que su utilización no implica menoscabo alguno para las garantías procesales que protegen al imputado y, en ese sentido, se trata de una herramienta cuyo uso no le causa agravio. En consecuencia, la videoconferencia es una forma lícita para recibir declaraciones en juicio y, por ello, su implementación en los casos en que resulte oportuno... se ve amparada por el principio de libertad probatoria. Cabe agregar que el artículo 234 del Código Procesal Penal permite la videoconferencia como herramienta para recibir una declaración, pues, como ya se indicó, su uso no conlleva la eliminación de garantías o facultades de las partes, ni mucho menos afectan el sistema institucional. Igualmente, el artículo 6 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite la utilización de estas herramientas tecnológicas para la transmisión de actos judiciales, de manera que la recepción de un testimonio puede perfectamente realizarse a través de medios como el que aquí interesa...” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 2007-00682, de las 09:15 horas, del 29 de junio de 2007). Se ha dicho que la implementación de los avances tecnológicos en los procesos judiciales como el empleo de videoconferencias cuando se ajustan a los controles de legalidad y transparencia: “...lejos de provocar un perjuicio para las partes, significa una ventaja en las diferentes etapas de la Administración de Justicia. No es aceptable, censurar un mecanismo tecnológico, por variar la modalidad tradicional de recepción de prueba, cuando se ven resguardados los mismos principios y rigurosidades propias del tema procesal y del cual no existe prohibición expresa de ley (principio de libertad probatoria)...” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 2007-1360, de las 9:30 horas, del 16 de noviembre de 2007). En la presente causa, el anticipo jurisdiccional de prueba cuestionado se efectuó mediante videoconferencia, lo cual, tal y como se apuntó, está autorizado por el ordenamiento jurídico, sin embargo, se ha podido corroborar que en dicha diligencia se dieron una serie de irregularidades que obligan a esta Sala a declarar con lugar la actividad procesal defectuosa de carácter absoluto interpuesta por la defensa técnica de los imputados, por las razones que a continuación se exponen. Si bien, el ordinal 293 del Código Procesal Penal contempla la posibilidad de que se ordene la recepción anticipada del testimonio de un testigo o una víctima cuya seguridad, vida o integridad física corran riesgo con motivo de su participación en el proceso, por existir una presunción razonable de que su declaración en juicio no será posible recibirla, en razón de que el riesgo puede aumentar o al menos no se va a reducir, lo cierto es que en el anticipo jurisdiccional de prueba se deben: “...garantizar los principios de oralidad en su recepción (citación previa, concentración, continuidad, contradicción,

inmediación), de forma tal que todas las partes puedan intervenir como si se tratara del juicio...” (Sala Constitucional, sentencia 2000-03477, a las ocho horas con cincuenta y nueve minutos del veintiocho de abril del dos mil). En esta sede, en diversas oportunidades se ha indicado que *“...las probanzas obtenidas mediante el anticipo jurisdiccional de prueba el tendrán el mismo valor que las recibidas en debate, pues no sólo han sido controladas por un juez, sino también por todas las partes interesadas. En otras palabras, se estima que es un acto de debate que se retrotrae a una etapa anterior, y como tal, con la misma validez y naturaleza que tendría de haberse producido en dicha fase...”* (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 2000-01339, de las 15:45 horas, del 16 de noviembre de 2000). De esta forma, el testimonio rendido bajo esta modalidad es asimilable a la declaración que brinda un testigo durante el juicio, en razón de que: ***“...en el anticipo se adelantan las condiciones propias del juicio, precisamente para cumplir con los principios inherentes a éste y garantizar así el respeto de la inmediación, el contradictorio y la oralidad...”*** (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 2004-0455, de las 13:00 horas, del 07 de mayo de 2004, el destacado es del original). Esta Cámara en anteriores ocasiones ha señalado que el Código Procesal Penal vigente *“...se inclina indefectiblemente por la originalidad de la prueba, que debe producirse toda en el juicio, salvo calificadas excepciones, dentro de las que se encuentra el instituto del anticipo jurisdiccional de prueba, que en su realización, participa de todas las características del contradictorio: inmediación, oralidad, concentración...”* (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 2009-00356, de las 10:35 horas, del 25 de marzo de 2009). Estos principios permiten un *“...contacto directo con los sujetos del proceso y con la prueba, en el momento original de su producción, sobre todo lo referido a la prueba testimonial y va mucho más allá de ver o escuchar al declarante, sino que comprende el entorno y su lenguaje verbal y para verbal, así como su comportamiento en el propio escenario en que la prueba se produce...”* (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 2008-00065, de las 9:30 horas del 1 de febrero de 2008). Tal y como recientemente lo apuntó la Sala Constitucional al resolver un asunto sobre protección de testigos: *“...es en la fase de juicio donde se produce la prueba conforme a los principios de inmediación, concentración, contradicción y continuidad, o bien, a través del anticipo jurisdiccional, donde las partes tienen acceso a escuchar de viva voz la totalidad del testimonio y de realizar el interrogatorio y contrainterrogatorio que consideren conveniente...”* (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 2011-01424, de las 11:01 horas, del 04 de febrero de 2011). Esta Cámara, siguiendo la línea jurisprudencial expuesta, estima que no resulta procedente que en el anticipo jurisdiccional de prueba se oculten las características físicas individualizantes de un testigo por medio de un pasamontañas o una capucha, tal y como ocurrió en la causa examinada, pues ello conllevaría a aceptar la figura del “testigo sin rostro”, la cual no es compatible con un Estado Democrático y de Derecho como el costarricense. Recordemos que esta diligencia se debe regir por las mismas reglas del juicio, dado que esta declaración se incorporará en esta fase del proceso si el testigo no comparece en el debate, pues, caso contrario, su incorporación podrá darse únicamente si se presentan contradicciones o inconsistencias graves entre ambas declaraciones, supuesto en el que el Tribunal deberá valorar ambas conforme a las reglas de la sana crítica. Previo a exponer las consecuencias que se derivan de la actuación de la jueza penal –avalada por el Tribunal de Juicio– en lo que respecta al anticipo jurisdiccional de prueba, esta Sala considera oportuno hacer algunas

consideraciones con respecto a la protección procesal y extraprocesal de los testigos, pues, aparte de las razones indicadas, atendiendo a la naturaleza de las medidas de protección procesal, en el caso concreto resultaba a todas luces impertinente la protección de las características físicas individualizantes (utilización de pasamontañas) de la testigo KL. B.-Protección de Víctimas y Testigos. Protección Extraprocesal y Procesal. La Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, número 8720, del cuatro de marzo del dos mil nueve, contempla diversas facultades y derechos a favor de este grupo de personas, a fin de resguardar su vida, libertad e integridad física en los casos en que exista un riesgo importante, producto de su participación dentro del proceso penal. Las medidas de protección pueden ser extraprocesales o procesales. El numeral 16 de la ley N° 8720 reformó – entre otros artículos– el 204 del Código Procesal Penal, disponiendo en cuanto a la 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...”*. Se tiene que este mismo artículo se refiere a la protección procesal, estableciendo al respecto: *“...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”*. En relación con el procedimiento para imponer las medidas de protección procesal de los testigos (reserva de datos de identificación y de características físicas individualizantes), el

artículo 17 de la ley citada –el cual adicionó el artículo 204 bis al Código Procesal Penal– señala: “...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...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...**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... 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...**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...**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.” A su vez, el artículo 11 de esta misma ley dispone: “...cuando su conocimiento represente un riesgo para su vida, su integridad física o la de sus familiares, con motivo de su denuncia o intervención en el proceso, la víctima o el testigo tendrán derecho a que se reserven los datos de su identificación, tales como nombre, cédula y domicilio, números de teléfono o lugar de trabajo y a que no consten esos datos en la documentación del proceso; además, en los casos excepcionales señalados en el artículo 204 bis del Código Procesal Penal, **tendrá derecho a mantener reserva de sus características físicas individualizantes, cuando, por la naturaleza del hecho, estas no sean conocidas por el imputado ni por las demás partes, sin perjuicio del derecho de defensa...**” (el destacado no es del original). Por su parte, de acuerdo con el ordinal 204 del Código Procesal Penal: “...**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...” (el destacado no es del original). Por otra parte, el inciso a) del numeral 334 del Código Procesal Penal establece que sólo podrán ser incorporados al juicio por lectura: “...a) Las pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la reproducción, cuando sea posible. Se incorporará el anticipo que se haya hecho por la existencia de un riesgo para la vida o la integridad física de la víctima o el testigo, si ese riesgo no ha disminuido o si ha aumentado con motivo de la celebración del juicio y no existen condiciones para garantizar la recepción del testimonio en el debate...” (el destacado no es del original). En el presente asunto, según se corrobora con el documento que rola a folio 667, a la testigo KL se le brindó protección extraprocesal, del 10 de febrero de 2010 al 23 de abril del 2010, dado que se le excluyó del Programa de Protección de Víctimas y Testigos, al comprobarse que la misma había incurrido en múltiples incumplimientos de sus deberes como persona protegida, por lo que para la época en que se celebró el debate (mayo de 2010) no gozaba de dicha protección. Por su parte, con respecto a la protección procesal de reserva de datos de identificación, se tiene que en el caso examinado la representación fiscal en ningún momento del proceso solicitó este tipo de protección para la testigo KL. Nótese que incluso en la acusación (cfr, folio 415), al ofrecerse la prueba testimonial, se consignó su nombre completo, número de cédula, número de teléfono y dirección exacta del domicilio. Asimismo, no consta que en la audiencia preliminar la representación fiscal haya solicitado se ordenara la protección de datos de dicha testigo (cfr, folios 487 a 493). Está claro que en este caso no se siguió una protección procesal de las características físicas individualizantes de la testigo, conforme lo dispuesto por el Código Procesal Penal y la Ley de Protección de Víctimas y Testigos, ya que según la prueba que desde un inicio constaba en autos, dicha testigo es familia (prima) del endilgado J, por lo que partiendo de la naturaleza de las medidas de protección procesal, la decisión de la jueza penal –avalada por el Tribunal de Juicio–, mediante la cual autorizó que la testigo utilizara un pasamontañas para cubrir totalmente su rostro durante su declaración, resultaba a todas luces impertinente. En resumen, tenemos que en el presente asunto: i) A la testigo KL se le brindó protección extraprocesal del 10 de febrero de 2010 al 23 de abril de 2010; ii) A lo largo del desarrollo del presente caso, la testigo KL en ningún momento tuvo protección procesal en cuanto a la reserva de los datos de identificación; iii) La Fiscalía solicitó la realización del anticipo jurisdiccional de prueba sin haber solicitado se ordenara la protección de características físicas individualizantes de esta testigo como requisito previo; iv) El Juzgado Penal ordenó la realización del anticipo jurisdiccional de prueba, siendo hasta un día antes de que se llevara a cabo la diligencia que el Ministerio Público solicitó por escrito que no se difundiera el rostro de la testigo en dicho acto; v) En la grabación de la diligencia se muestra a una persona con el rostro totalmente cubierto con un “pasamontañas”, por lo que antes de dar inicio a la diligencia, la defensa técnica se opuso a la realización del anticipo, interponiendo actividad procesal defectuosa, argumentando que era necesario observar a la testigo con el rostro descubierto; vi) El imputado J en ejercicio de su defensa material manifestó que la imagen que logró observar de una persona con el rostro cubierto no correspondía a KL por cuanto él la conoce personalmente en razón de que es familiar de ella, por lo que solicitó se quitara la capucha por unos segundos dado que tiene serias dudas de que sea ella; vii) Previo a que la Jueza Penal identificara a la testigo

(con el rostro descubierto), ordenó que a los imputados y la codefensora que se encontraban en la Reforma se les impidiera el acceso a la imagen de la testigo, así como que los defensores que se encontraban en la sala se retiraran para que no presenciara ese momento; *viii*) La testigo se encontraba en una de las salas de juicio de San José, siendo que por videoconferencia mediante un acercamiento de cámara, la Jueza Penal constató la cédula de identidad de la testigo que se ubicaba en una de las salas de juicio de Limón, así como observó el momento en que ella se quitó el pasamontañas; *ix*) Durante toda la declaración, la testigo se mantuvo con el rostro descubierto sin que ninguna de las partes pudiese observarlo; *x*) El anticipo jurisdiccional de prueba se incorporó al debate debido a que se estimó que no fue posible ubicar a la testigo para que declarara en el juicio, siendo que aproximadamente un mes antes del debate había sido excluida del Programa de Protección de Víctimas y Testigos, y por ende de la protección extraprocesal de la que gozaba, al determinarse que había incurrido en múltiples incumplimientos de sus deberes como persona protegida, existiendo más bien duda de que no se haya presentado a declarar en juicio en este proceso por tener orden de captura en otra causa judicial donde figuraba como acusada; *xi*) Previo a la incorporación en el debate del anticipo jurisdiccional de prueba de la testigo KL, la defensa técnica interpuso actividad procesal defectuosa, al estimar que no se cumplían los presupuestos regulados por la normativa procesal penal para haberse efectuado dicha diligencia y por consiguiente su incorporación en el juicio resultaba improcedente; *xii*) El anticipo jurisdiccional de prueba fue un elemento probatorio fundamental para el dictado de la sentencia condenatoria. Así las cosas, se tiene que las oposiciones de la defensa técnica de los encartados no fueron atendidas por la Jueza Penal durante la recepción del anticipo jurisdiccional de prueba, en razón de que optó por recibir la declaración de la testigo, dándose el mismo tratamiento en la etapa de juicio a la oposición de la defensa técnica del imputado –en la que cuestionó la legitimidad de la prueba anticipada y su incorporación al juicio–, constituyéndose a fin de cuentas la deposición de KL en la piedra angular sobre la que se fundamentó la condenatoria del Tribunal. Las circunstancias en las que se dio el anticipo jurisdiccional de prueba, conllevaron a que los acusados no tuvieron claridad en cuanto a quién era la persona que los estaba involucrando en los hechos, y en este caso, aún y cuando se menciona el nombre, se les impidió –al igual que a la defensa técnica– corroborar si realmente era esa persona, así como la forma en que obtuvo información acerca de los hechos por los que fueron condenados. En razón de lo expuesto, dado que el Tribunal incorporó en el debate el anticipo jurisdiccional de prueba recibido a la testigo KL y lo valoró, resultando determinante para el dictado del fallo condenatorio en contra de los encartados E, J y S, esta Cámara declara con lugar la actividad procesal defectuosa interpuesta por la defensa técnica de los endilgados contra dicha diligencia judicial, siendo que al tratarse de un vicio de carácter absoluto conforme los artículos 175 y 178 inciso a) del Código Procesal Penal, se declara la invalidez de dicho anticipo jurisdiccional de prueba. Se declaran con lugar los primeros reclamos por la forma de los dos recursos de casación presentados por la defensa técnica de los imputados, se anula el fallo únicamente en cuanto condenó a E, J y S por la comisión de los delitos de homicidio calificado y portación ilegal de arma, por los cuales se le impuso a cada uno treinta y cinco años y seis meses de prisión. Se ordena el reenvío de la causa para que el mismo Tribunal penal, con una distinta integración, proceda a la mayor brevedad posible a una nueva sustanciación con arreglo a Derecho en cuanto a la

determinación de su responsabilidad penal, resguardando los principios de oralidad, inmediación y contradictorio. Por resultar innecesario, se omite pronunciamiento sobre los restantes motivos de casación planteados. En todo lo demás la sentencia se mantiene incólume.”

2. Anticipo jurisdiccional de prueba: Nulidad del anticipo jurisdiccional de prueba por no imponer al imputado acerca de lo manifestado por la víctima

[Tribunal de Casación Penal de Cartago]ⁱⁱ

Voto de mayoría

“II- En el único motivo del recurso el representante del Ministerio Público Lic. JESQ, alega errónea aplicación de la norma procesal penal y falta de valoración probatoria intelectual. Argumenta que el Tribunal absuelve al imputado al declarar ineficaz el anticipo jurisdiccional de prueba por considerar que como el imputado fue retirado de la sala cuando declaró la ofendida y no se le puso en conocimiento lo declarado por la menor, no pudo ejercer su derecho de defensa material. Indica que el Tribunal incurre en un error por cuanto el encartado siempre estuvo representado por su defensor particular, quien no objetó el hecho de que el imputado saliera del recinto, ni trató en momento alguno de contactar al encartado durante su interrogatorio para aclarar algún punto relacionado con el dicho de la niña. Tampoco alegó vicio alguno con respecto al anticipo jurisdiccional de prueba durante el debate. Finalmente considera que el defensor particular del imputado siempre estuvo en la diligencia y hasta realizó preguntas por lo que no se vulneró el derecho de defensa. Sin lugar al reclamo. De la escucha del DVD en donde se registró el dictado de la sentencia oral en este proceso, se desprende que los juzgadores consideraron ineficaz el anticipo jurisdiccional de prueba realizado a la menor ofendida por cuanto el imputado fue retirado de la sala donde se realizaba el acto, y no consta que se le haya puesto en conocimiento el contenido de la misma, o que haya podido escuchar la declaración de la niña lo que violó su derecho de defensa material, pues no pudo ejercer el derecho de interrogar o cuestionar la declaración de la víctima. El Tribunal afirma que el anticipo jurisdiccional de prueba debe regirse por los mismos principios del debate. En razón de ello, no valoró dicho elemento probatorio y consideró insuficientes las demás pruebas como para llegar a la certeza de culpabilidad del imputado. En el presente caso consta a folio 26 y 27 la declaración recibida por anticipo jurisdiccional de prueba a la menor L.H.Y., en cuya acta se consigna que la Fiscalía solicitó el retiro del imputado durante la recepción de dicho testimonio, lo cual fue acogido por la juzgadora. En la misma acta se consigna que el defensor particular del imputado Licenciado Francisco Suárez Reyes estuvo presente e interrogó a la víctima. Con relación a los principios que rigen el anticipo jurisdiccional de prueba la jurisprudencia ha dicho: “Lo que interesa resaltar es, en primer lugar, el carácter excepcional del instituto y de su incorporación al debate, no obstante que la realidad presenta muchas variables que no permitirían sentar reglas absolutas, pues en todo caso no debe olvidarse que el anticipo participa de las mismas características del debate - inmediación, contradictorio, oralidad-, aunque es evidente que el sistema está diseñado para que el juicio sea la fase más

relevante y que sea la inmediación, la oralidad y el contradictorio que rigen en ella las que den las bases para la decisión, por los jueces que participaron del debate y estos principios, que surgen de la garantía misma del juicio, no pueden desconocerse. Como garantías propias del debido proceso, la inmediación y el contradictorio, obviamente se ven enriquecidas y materializadas cuando es el juez que juzga el caso y decidirá sobre la responsabilidad penal del acusado, quien recibe directa e inmediatamente la prueba y esa es la razón de ser de la garantía misma. El anticipo responde a supuestos de necesidades procesales y también de inspiración constitucional que merecen ser tuteladas, según se analizó, no obstante es una excepción, que requiere de una interpretación restrictiva porque significa introducir una prueba -en el caso de la prueba oral fundamentalmente- que no fue recibida por quien va a juzgar y es entonces una excepción calificada a la garantía de la inmediación que asegura al acusado que lo juzgarán los jueces que recibieron directamente la prueba, que dentro de ese marco deberán valorarla y razonar el valor que le den, plasmar sus fundamentos y permitir su control por las partes y la sociedad en general” (Sala Tercera 2004-455). Como se colige de lo anterior, los principios de inmediación, contradictorio y oralidad participan en el anticipo jurisdiccional de prueba en la misma forma que operan en el debate. Se trata de adelantar para etapas previas al contradictorio, la recepción de una prueba por razones excepcionales que impedirán previsiblemente recibirla en el debate. Ahora bien, en el presente caso, según consta en el acta respectiva de recepción del anticipo jurisdiccional de prueba (folios 26 y 27), el imputado fue retirado del recinto en donde se recababa la declaración de la menor ofendida L.H.Y., potestad que tiene el Tribunal en casos como el presente en donde la víctima de abuso sexual era una menor de edad. Esa potestad del Tribunal de retirar al acusado de la sala en donde se recibe a una testigo, no solo es excepcional, sino que debe realizarse de manera que se protejan los derechos de la víctima, pero a la vez permitiendo el ejercicio de la defensa material y técnica del acusado. En este sentido la jurisprudencia buscando un sano equilibrio entre ambos intereses ha indicado: “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 denunciados, 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” (Sala Tercera 1435-2005). En el presente caso, tal y como lo indica el Tribunal de Juicio en su sentencia, la Jueza Penal que recibió el testimonio de la ofendida, retiró al acusado de la sala correspondiente, pero no consta en el acta que el imputado pudiera escuchar la declaración de la víctima en un lugar donde no pudiera ser visto por la menor, o bien que se le informara antes de terminar la declaración de la niña, del contenido de la misma para que si éste a bien lo tenía, por medio de su defensor, realizara alguna pregunta o aclaración. El hecho de que el defensor particular del imputado estuviera presente en dicha declaración, garantiza el ejercicio de la defensa técnica, pero no el de defensa material que le otorga al imputado el artículo 8.1.f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece, como una de las garantías mínimas de toda persona inculpada de delito el “... derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. En similares términos, el artículo 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que el imputado tiene derecho “A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”. La práctica de retirar al imputado de la Sala de Juicios o como en este caso, del recinto en donde se recibía la declaración de la menor ofendida, viene realizándose desde hace más de diez años, especialmente con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal actual, y del Código de Niñez y Adolescencia, por ello resulta inaceptable que un Tribunal haciendo uso de la tecnología actual, o bien de

la mínima iniciativa – utilizar una sala de juicios u oficina en donde la persona imputada pueda estar detrás de una puerta o biombo en donde no pueda ser vista por la víctima, pero tenga la posibilidad de escuchar la declaración- no le haya garantizado ese derecho al imputado. Son muchas las formas, en que sin el uso de la tecnología disponible actualmente (video conferencia, circuito cerrado de televisión, Cámara de Gessel) pudieron usarse para equilibrar los derechos de la víctima y los del imputado en estos casos. O bien, si del todo no es posible que el imputado escuche la declaración, debió ponerle el Tribunal en conocimiento su contenido antes de que la víctima o testigo se retirara, y hacerlo constar de esa manera. Se reitera que no basta con el hecho de que el defensor haya estado presente, y haya interrogado a la menor, pues es el imputado quien tiene el derecho de conocer directamente la prueba y poderla contradecir por medio de su abogado. Es el quien conoce los detalles más íntimos de su defensa, y por ende quien puede orientar a su defensor en el interrogatorio, sin perjuicio de los consejos que éste profesional le externe por el amplio conocimiento del derecho y del proceso que debe tener. Debe agregarse que aun y cuando en los últimos tiempos se le ha dado gran importancia por parte del legislador a la protección de testigos (vgr Ley 8720 del 4 de marzo de 2009), el numeral 212 del Código Procesal Penal reformado por dicha la ley citada, continúa resguardando el derecho de defensa del imputado cuando se reciben testimonios de personas víctimas de violencia doméstica o de delitos sexuales. Al respecto la norma establece lo siguiente en lo que interesa: “Cuando deba recibirse la declaración de personas menores de edad víctimas o testigos, deberá considerarse su interés superior a la hora de su recepción; para ello el Ministerio Público, el juez o tribunal de juicio que conozca de la causa y según la etapa procesal en la que se encuentre, adoptarán las medidas necesarias para que se reduzcan los trámites y se reciba el testimonio en las condiciones especiales que se requieran, disponiendo su recepción en privado o mediante el uso de cámaras especiales para evitar el contacto del menor con las partes, y permitiendo el auxilio de familiares o de los peritos especializados. Podrá requerirse un dictamen al Departamento de Trabajo Social y Psiquiatría y Psicología Forense o de algún otro perito o experto debidamente nombrado, de conformidad con el título IV de esta Ley, sobre las condiciones en que deba recibirse la declaración. Se resguardará siempre el derecho de defensa. Las mismas reglas se aplicarán, cuando haya de recibirse el testimonio de víctimas de abuso sexual, trata de personas o de violencia intrafamiliar.” Por lo expuesto, ésta Cámara estima que bien hizo el Tribunal de Juicio en declarar ineficaz la versión de la menor ofendida y al no resultar suficientes los otros elementos de prueba recibidos, absolver al imputado de toda pena y responsabilidad.”

3. Incorporación al debate de testimonio recabado conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba pese a que el deponente compareció al juicio

[Sala Tercera de la Corte]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

"La queja debe desestimarse: Esta Sala comparte el criterio del recurrente de que el proceder del Tribunal fue irregular e ilegítimo. Se expone en el fallo que el testigo de cita en efecto compareció al juicio y que, a pesar de las protestas del defensor, los Juzgadores decidieron prevenirle de su derecho de abstención (por ser uno de los acusados padrastrero suyo) y luego de que manifestara su anuencia a declarar, optaron por introducir al debate por lectura el acta en que se recogió su testimonio como anticipo jurisdiccional de prueba, en vez de recibir la probanza oralmente y frente a las partes. Indicó el a quo que las razones por las que se ordenó el anticipo (amenazas al testigo) se mantenían, de manera que se perseguía evitar que sufriera represalias. Tal proceder, como se dijo, es por completo equivocado. Conforme lo expuso la Sala en sentencia No. 483-01 de 9:15 horas de 25 de mayo de 2001: *"Ciertamente, de manera expresa en el artículo 326 y por intermedio de una variedad de normas que establecen diversas garantías y principios, el Código de rito erige al juicio –oral, público, contradictorio y continuo, basado en la acusación- como la fase esencial del proceso. Será en esta etapa donde deberán practicarse las pruebas, ante los jueces y las partes, de modo que las recibidas fuera de ella carecerán de todo valor y eficacia para servir de sustento a la sentencia. Esta regla general admite, sin embargo, varias excepciones establecidas por el legislador, por cuya vía se permite introducir mediante lectura algunos documentos y otras pruebas originadas o producidas en fases anteriores del proceso (artículo 334 ibídem), e incluso las actas que recojan los testimonios de quienes, ya iniciado el debate, se hallan imposibilitados de concurrir a él (artículo 338). Todos esos supuestos significan excepciones al principio de inmediación y entre ellos figuran los testimonios evacuados a través del procedimiento de anticipo jurisdiccional de prueba que prevén los artículos 293 y 294 del texto legal de cita. En esta última hipótesis, de probanzas testimoniales, nos hallamos frente a elementos de convicción que, por su propia naturaleza, deberían ser practicados de modo inmediato y oral en debate. Sin embargo, cuando concurren ciertas circunstancias calificadas, el legislador previó que, excepcionalmente, se reciban fuera de él mediante un trámite que, en la medida de lo posible y salvo casos de extrema urgencia, satisfaga principios propios del juicio oral, como la oralidad y la intervención irrestricta de las partes, con el propósito de que estas puedan presenciar el acto, efectuar interrogatorios y plantear los cuestionamientos e impugnaciones que estimen pertinentes. En lo que resulta de interés para la solución del reclamo que aquí se ventila, el artículo 293 autoriza el anticipo de prueba testimonial siempre y cuando se verifique la concurrencia de alguno de estos presupuestos: i) que, por un obstáculo difícil de superar, se presuma que la declaración no podrá recibirse en juicio; o, ii) cuando por la complejidad del asunto exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales sobre lo que conoce (...) En lo relativo al anticipo de una declaración cuando "por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá recibirse" en debate, el legislador no hace referencia a un número enlistable de*

supuestos, sino que recurre a un precepto cuya aplicación deberá definirse, de nuevo, en cada caso concreto. La norma, en efecto, establece la existencia de un requisito objetivo, consistente en un “obstáculo”, pero compete a los tribunales determinar si él es “difícil de superar” –juicio donde habrán de imperar elementales criterios de la experiencia común, sin perjuicio del auxilio de peritos-, así como emitir un juicio de probabilidad, de manera que sea presumible o previsible que la declaración no podrá ser recibida en debate. Desde luego, la validez de tales juicios –que deberán expresarse siempre en resoluciones fundadas- es revisable tanto en virtud del uso de medios impugnativos como por vía del reclamo por actividad procesal defectuosa. Ahora bien, nótese que la norma no restringe su ámbito de aplicación a la circunstancia de que sea presumible que el testigo –entendido en términos generales, pues bien puede tratarse de un perito al que se le pida un informe oral- “no pueda comparecer al debate”, sino más bien al de que el testimonio –o declaración, en general- “no podrá recibirse durante el juicio”, nociones que envuelven significados muy diferentes. En efecto, resulta claro que, ante una persona que se encuentra de paso en el país, o bien, su estado de salud genera el riesgo de un pronto fallecimiento, concurre una evidente previsibilidad de que no podrá comparecer a un debate cuya propia celebración puede ser incierta. Sin embargo, existen otros supuestos en los que el riesgo consiste en que el testimonio “no pueda recibirse en juicio”, a pesar de que no se presenten obstáculos de salud o del simple tránsito por el país, que probablemente le impedirían asistir al debate. Así ocurre, por ejemplo, cuando se constate que la persona está siendo sometida a coacciones, amenazas, ofertas de dinero u otro tipo de remuneraciones, en virtud de su conocimiento de los hechos que se investigan y con el propósito de que se abstenga de declarar o rinda falso testimonio. En tales hipótesis puede ser presumible, incluso, que la persona decida voluntariamente –ya fuere por ceder ante las ofertas que le se hicieron, o por temor a que se realicen los males que se le anuncian-, no asistir al juicio al que se le convoque, ocultarse, o incluso autoincapacitarse con la finalidad de hallarse en condiciones que le imposibiliten rendir declaración, así como, desde luego, haber sido incapacitada o muerta en cumplimiento de las amenazas proferidas. De lo dicho se obtiene que esta variante del anticipo jurisdiccional de prueba –**aun cuando debe recalcarse el carácter siempre excepcional de la medida, pues lo propio y natural es que las probanzas se practiquen directamente en el juicio oral**- admite una gama de posibilidades, cuya real constatación debe hacerse en cada caso concreto y que no se resumen en las dos simples hipótesis más conocidas de los extranjeros o nacionales de paso en el país o de quien, por su estado de salud, corre peligro de un pronto deceso. En la especie, el Ministerio Público solicitó al Juez Penal recibir anticipadamente el testimonio de la ofendida atendiendo a los siguientes factores: a) la posibilidad de que la menor, en vista del trauma derivado de los presuntos abusos sexuales sufridos por ella, “bloquee” sus recuerdos; b) la circunstancia de que enfrentaba, al igual que el resto de su familia, agresiones domésticas por parte del justiciable, quien además la amenazó con arma de fuego, “... siendo que la ofendida cree firmemente que el encartado atente contra su vida, siendo esto un elemento importante para asegurar el testimonio de la menor sin que se vea influenciado por el propio encartado, ni por su familia ya que se trata de una situación de abuso dentro del orden familiar...” (sic, folio 3 vuelto), y c) “... con el fin de no victimizar más a la ofendida, sometiéndola a una serie de declaraciones en varias etapas del proceso” (folio 4). Conforme se expuso anteriormente, la existencia de amenazas o coacciones

—máxime en un caso como este, en el que, según apuntó el Ministerio Público, el justiciable recurrió incluso a la exhibición de un arma de fuego ante la menor de edad-, constituye un motivo válido para proceder al anticipo jurisdiccional de prueba, por resultar presumible en ese momento (con prescindencia de lo que sucediese después) que la declaración no podría ser recibida en juicio, ya que existía un evidente riesgo de que la infante fuese influenciada al extremo de no rendir testimonio, o incluso afectada físicamente con idéntico propósito (...) No obstante que, conforme se expuso en el Considerando anterior, la prueba anticipada se practicó con arreglo a los presupuestos excepcionales y las finalidades que contempla la ley y goza, por lo tanto, de plena validez, ello en modo alguno faculta a los juzgadores a omitir citar al testigo cuyo testimonio se evacuó por esa vía —en caso de que se halle en condiciones de comparecer y declarar-, ni menos aún a prescindir de escuchar su declaración de viva voz si la persona se presenta a la audiencia, y optar, en vez de ello, por introducir al debate mediante lectura el documento en que consta la probanza anticipada. Actitud semejante desnaturaliza por completo la esencia del proceso y del anticipo probatorio y deja sin efecto el mandato legislativo de que el juicio constituye su fase más importante. Los jueces no pueden “renunciar” a la inmediación, por ser este uno de los principios fundamentales ínsitos al juicio oral, cuyas excepciones solo las puede establecer el legislador o, en la hipótesis del último párrafo del artículo 334 del Código Procesal Penal, todos los sujetos intervinientes en el proceso de común acuerdo. En el presente caso, consta del acta de debate que la menor ofendida compareció a la audiencia y, pese a la oposición del defensor, los juzgadores se limitaron a preguntarle “¿Quiere o no hablar de los hechos?” (cfr. folio 305) y luego de que respondiera afirmativamente (en virtud de que le asistía derecho de abstenerse de declarar) se le pidió retirarse indicándole que se iba a “... tomar la declaración que usted había dado”. Para justificar este proceder, en sentencia los juzgadores expresaron que debía atenderse al interés superior de la menor y al afán de no someterla a nuevo interrogatorio, pues fue entrevistada por tres maestras, una trabajadora social, los miembros del Comité del Niño Agredido, la médico y psiquiatra forense, la fiscal y todas las partes en el anticipo jurisdiccional de prueba. Se refirieron a la revictimización que cada interrogatorio involucraba e invocaron el voto 5543-97, dictado por la Sala Constitucional a las 12,15 hrs. de 12 de setiembre de 1997, donde se hizo ver, con voto salvado de los Magistrados Mora Mora y Piza Escalante, que no violaba el debido proceso el incorporar por lectura el testimonio de un menor de edad, aunque no se estuviese frente a las hipótesis previstas para ello en el artículo 384 del Código de Procedimientos Penales de 1973, si se lo hacía en aras de proteger la integridad del menor. En torno de estos fundamentos del fallo, la Sala estima necesario hacer las siguientes observaciones. Ciertamente, es indiscutible que el interés superior del niño, en cualquier tipo de proceso en que pueda verse involucrado, es una de las consideraciones primordiales a las que ha de atenderse y así lo dispone el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, normativa que resulta de valor supralegal en la jerarquía del ordenamiento costarricense. Por otra parte, no debe perderse de vista el carácter vinculante erga omnes de la jurisprudencia constitucional en este tipo de resoluciones. Sin embargo, existen notables diferencias que deben señalarse respecto del Código de Procedimientos Penales de 1973 y el texto actual en vigor. En primer término, el Código de rito derogado no contemplaba expresamente medios útiles y eficaces para evitar o, al menos, reducir una posible revictimización del menor ofendido por delitos; en particular los de carácter de ofensa

sexual, donde con mayor probabilidad puede producirse ese tipo de fenómeno. El menor de edad debía declarar ante el Ministerio Público o el Juez Instructor, a veces en repetidas ocasiones, además de sus entrevistas médico forenses, psicológicas y psiquiátricas. De nuevo en debate se debía recibir su testimonio, con la posibilidad de que debiera reiterarse en virtud de anulación, no obstante que se produjeron avances jurisprudenciales de trascendencia, contemplando la facultad de retirar al indiciado de la sala de debates mientras se recibía el testimonio de la víctima. El nuevo Código de rito, incorporando, precisamente, los principios que en interés de los menores establecen tanto instrumentos internacionales como leyes internas, contempla un trato distinto que pretende eludir o reducir, en lo posible, las medidas que puedan conllevar efectos revictimizantes en los niños y adolescentes, entre otros. Así, la entrevista (sin valor como prueba) que realiza el Ministerio Público durante la investigación preparatoria puede llevarse a cabo –eventualmente y salvo que se trate de la propia denuncia- exenta de formalidades. El artículo 212 prevé que se reciba privadamente, con el auxilio de familiares o peritos especializados e independientemente de la fase en que se halle el proceso (incluso en debate), el testimonio de los menores; es posible también exceptuar la publicidad del juicio oral cuando se reciban sus declaraciones (artículo 330 inciso e), así como concentrar en un solo acto la práctica de dictámenes médicos y psicológicos, a través de un equipo interdisciplinario (artículo 221). El legislador estableció estos mecanismos en tutela del interés superior de los menores, los cuales, a su vez, permiten asegurar el debido respeto de los derechos e intereses de la persona sometida a juicio de manera compatible y balanceada, pues no se trata de sacrificar innecesariamente ciertos principios en resguardo de otros, sino de acercarlos de modo que todos puedan ser satisfechos, por lo que no es posible recurrir a medidas no previstas en la ley que tengan por efecto desvirtuar principios fundamentales. En segundo lugar, el voto 5543-97 de la Sala Constitucional, antes citado, hizo referencia a la viabilidad de incorporar en debate las declaraciones rendidas por los menores en la fase instructiva cuando fuere necesario a fin de “... evitar que se vea afectado por tener que revivir la agresión sexual de que fue víctima, o bien porque el menor no quiera o no pueda declarar en forma oral por lo doloroso que la situación le resulta...”. En realidad, ya esta Sala de Casación Penal había vertido criterio en el sentido de que, en ciertos supuestos de obvia revictimización, era admisible incorporar mediante lectura las declaraciones que los menores hubieren rendido ante el instructor. Así, en el voto 98-97, de 11,05 hrs. de 7 de febrero de 1997, se indicó que el artículo 384 del Código de Procedimientos Penales de 1973 contemplaba “... en su inciso 3) la potestad del Tribunal de juicio de efectuar tal incorporación a través de lectura, cuando el testigo “... se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar.” Según se desprende de la sentencia impugnada y del acta del debate, los menores... de tan solo seis años de edad al momento de celebrarse el juicio oral, y que, además, ostentan la posición de ofendidos o víctimas de los hechos objeto de la acusación, no se hallaban en condiciones de rendir de viva voz sus testimonios, a tal extremo que no quisieron ingresar en la sala de audiencias y “lloraban mucho”. Estima esta Sala que, efectivamente, considerando la edad de los testigos, la naturaleza de los hechos sobre los que se requería su interrogatorio (a saber: el abuso sexual del cual habrían sido víctimas), el vínculo que anteriormente mantuvieron con el encartado (quien vivió en unión libre con la denunciante... madre de K... y tía de D...) y el ambiente de formalidad y solemnidad propias de una sala de debates y un juicio oral y público, la reacción de los menores fue natural y

comprensible y, en consecuencia, no cabe reparo a la actuación del Tribunal a quo que los estimó inhabilitados para declarar. Con lo anterior de ningún modo se pretende establecer que los menores no estén obligados a declarar, pues tal deber existe y se deriva de la relación de los artículos 224, 225 y 226 ya citados, pero el legislador no estableció causales taxativas que constituyan motivos de inhabilitación y, por el contrario, utilizó la frase “cualquier causa”, señalando así la trascendencia del origen del impedimento, siempre que éste, obviamente, sea real y verificable. Consta de la resolución de mérito que el a quo no se negó infundadamente a recibir ningún testimonio, escuchó a los restantes menores que sí pudieron declarar e hizo los esfuerzos necesarios para que los menores K... y D... rindieran su deposición, pero con resultados infructuosos debido al estado anímico que exteriorizaban. En este supuesto no puede compartir la Sala el criterio del recurrente de que el Tribunal de juicio basó su decisión de incorporar por lectura los testimonios rendidos por los menores en la fase instructiva en “cuestiones subjetivas”, sino que objetivamente constató la existencia del impedimento antes de adoptar esa decisión, que contó, por lo demás, con la anuencia de las partes. En razón de lo expuesto, se rechaza el reclamo”. De lo anterior se obtiene que, al menos en algunos casos, no era preciso recurrir a normativa suprallegal para tener por autorizado ese proceder de introducir en debate mediante lectura los testimonios de los menores, sino que el legislador costarricense ya había adoptado previsiones generales en ese sentido. Ahora bien, el código de rito vigente, conforme se apuntó, dispuso una serie de mecanismos a los que debe acudir con el propósito de evitar o reducir el fenómeno de la revictimización. Es posible, además de las medidas que ya se citaron, optar por el anticipo jurisdiccional de prueba, en supuestos excepcionales y siempre y cuando concurren las causales establecidas en la ley, tal cual ocurrió en el presente caso, en el que se tenían noticias de que la menor fue objeto de amenazas con arma de fuego por el justiciable. Sin embargo, debe tenerse sumo cuidado con el manejo de ideas preconcebidas, cuyos efectos son por lo general perniciosos y siempre lo serán en el ámbito del proceso penal. Así, aun cuando la Sala no descarte la posibilidad de proceder al anticipo jurisdiccional de prueba, recibiendo fuera del debate el testimonio de menores ofendidos cuando exista grave probabilidad de que, debido a condiciones o efectos propios del fenómeno de revictimización, no podrán hacer sus manifestaciones de viva voz en el juicio oral, es necesario –tomando en cuenta el carácter excepcional de la medida- que, al menos, se posean datos objetivos que hagan presumible que tal cosa va a suceder. También, como se indicó en el Considerando anterior, para introducir mediante lectura en debate el acta confeccionada en la diligencia de anticipo –y en sustitución del testimonio oral- se requiere que subsista al menos alguna razón que evidencie la imposibilidad de recibir tal declaración con arreglo a los principios que informan el juicio, a pesar de que no sea idéntica o coincidente con la que motivó la práctica anticipada de la prueba. Debe considerarse, por último, que el artículo 125 del Código de la Niñez y la Adolescencia señala que “Las autoridades judiciales o administrativas deberán evitar, en lo posible, los interrogatorios reiterados o persistentes a los menores víctimas de delitos y se reservarán para **la etapa decisiva del proceso**. Cuando proceda una deposición más amplia de la persona menor de edad, se tendrá siempre en cuenta su derecho a expresar su opinión”. Dicha norma resalta aún más el carácter excepcional de los anticipos jurisdiccionales de prueba en esta materia –sin que esta Sala pretenda, se reitera, desconocer que puedan ser procedentes si concurren, desde luego, causas

que así lo justifiquen-, pues lo cierto es que la etapa decisiva del proceso no es otra que el juicio oral y es entonces a ella a la que, en principio y por regla general, deberá reservarse el testimonio de los menores. En la especie, consta que la ofendida compareció a la audiencia y expresó su deseo por declarar. Incluso la representante del Patronato Nacional de la Infancia hizo ver que, en caso de que se recibiera el testimonio, solo pedía que el justiciable fuese alejado de la sala (cfr. folio 304). En esta tesitura, la decisión del a quo de no escuchar las manifestaciones orales de la menor en el debate –fase decisiva-, ni permitir el interrogatorio de las partes en torno de ellas, resulta por completo arbitraria y vulnera el debido proceso. Significa una renuncia injustificada al principio de inmediación que coarta, asimismo, el contradictorio y el acceso de la defensa a las pruebas y a su posibilidad de cuestionarlas. Es cierto que el anticipo jurisdiccional de elementos probatorios requiere, por su propio carácter, un juicio de “presunción” o probabilidad (de que no podrá recibirse el testimonio); pero una vez en debate y tras haberse constatado que la persona es capaz de declarar, tales juicios son inadmisibles. Para desechar el testimonio oral el a quo recalcó que no debía someterse a la ofendida a interrogatorios que la revictimizaran y que con el propósito de eludir esas secuelas se había recibido mediante anticipo jurisdiccional. No obstante si, como se dijo, la menor acudió al debate y expresó con claridad su deseo por declarar, los razonamientos del a quo para excluir su testimonio de viva voz, solo descansan en ideas preconcebidas y presunciones que resultan del todo inatendibles. Los juzgadores intentaron, en cierto modo, enmendar el defecto incluyendo hipotéticamente lo que, según ellos, la menor pretendía decir (que los hechos acusados eran falsos, producto de un sueño). Sin embargo, es evidente la imposibilidad de conocer el contenido, la orientación o las motivaciones de un testimonio que nunca fue dado. En otros términos, incluir datos que por completo se desconocen constituye, a lo sumo, un mero ejercicio mental incapaz de subsanar el grave defecto que entraña excluir el testimonio oral y privar a las partes (y a los propios juzgadores) de su acceso inmediato a la fuente de prueba y del derecho de efectuar las preguntas que estimasen pertinentes en defensa de sus posiciones, dado que la niña bien pudo haber dicho, como lo presume el a quo, que los hechos narrados por ella en su oportunidad tenían origen onírico, pero, de igual modo, también pudo brindar otros relatos (v. gr.: que sí sucedieron, o que ocurrieron de manera distinta, o que se equivocó en algún aspecto de relevancia, etc.) que fuesen de interés para decidir y, en especial, si la defensa hizo ver expresamente su deseo de interrogarla acerca de ciertos documentos que podrían haber sido confeccionados por ella y a los que no se tuvo acceso –porque no existían- cuando se realizó el anticipo. Conviene reiterar que en el presente asunto no concurrió ningún dato objetivo revelador de que el interrogatorio en juicio propiciaría afectaciones psicológicas en la infante que justificasen el proceder seguido por el tribunal (ella se presentó e hizo ver su deseo de declarar), por lo que existían otros medios disponibles a los que podía recurrirse para evitar o reducir esa simple posibilidad, al tiempo que se respetase el principio de inmediación y los derechos de las partes. Así, la prueba pudo evacuarse, como lo propuso la representante del Patronato Nacional de la Infancia, sin que estuviese presente el imputado, aunque sí –por supuesto- su defensa técnica y con el auxilio de profesionales especializados en la recepción de tales declaraciones. Ello hubiese sido suficiente, en este caso, para tutelar de manera real y efectiva el interés superior de la niña y asegurar el cumplimiento del derecho que el inciso a) del artículo 334 del Código Procesal Penal acuerda a las partes, en el sentido de exigir la reproducción de

la prueba recibida mediante anticipo, “cuando sea posible”, pues tal posibilidad, por las razones que se han venido exponiendo, siempre existió en el sub lite. Y es que, conviene recalcarlo, aunque se observaron motivaciones plausibles para ordenar el anticipo de la prueba, no se las aprecia al momento de decidir introducirla por lectura en debate, cuando mediaba una evidente posibilidad de reproducirla o practicarla de viva voz”. Las consideraciones transcritas son aplicables también en el presente caso, pues si el testigo S compareció al debate, ningún motivo válido existía para negarse a practicar oralmente el testimonio. La afirmación de los jueces de que se pretendía evitar futuras represalias no constituye, por un lado, justificación para renunciar a la inmediación y la oralidad y, por otro, es ilógica, puesto que, de todas formas, el testimonio escrito iba a ser incorporado. Dicho con otros términos, si siempre se introduciría al juicio y a la sentencia la declaración rendida por el testigo, no se ve cómo el no recibirla oralmente podría evitar esas supuestas represalias. Conviene destacar, por último, que el anticipo que se dispone cuando *“por un obstáculo difícil de superar, se presume que la declaración no podrá recibirse en juicio”*, tiene como obvia finalidad la de poder contar con la prueba en el debate en el caso de que el testigo esté ausente (v. gr.: porque falleció, abandonó el país, no se le puede localizar u otras hipótesis), pero deja de tener todo sentido si el declarante comparece al debate y está dispuesto a declarar. Lo que procedía, entonces, con arreglo a la ley y los principios esenciales del proceso penal, era evacuar el testimonio de viva voz en el juicio y solo en el supuesto de que se percibiesen divergencias respecto de la prueba anticipada, podía ser esta última válidamente introducida, para efectos de interrogatorio y aclaración. Desde esta perspectiva, concuerda la Sala con el quejoso al calificar de arbitraria e ilegítima la renuncia a la inmediación que hizo el a quo, aspecto que debe recalcar y del que deberán tomar nota los jueces de mérito, para evitar incurrir de nuevo en semejantes errores.

II.- A pesar de lo expuesto en el Considerando precedente, estima la Sala que el reproche debe desestimarse por la única razón de que el testimonio escrito, ilegalmente introducido al debate, no constituye el fundamento exclusivo de la condena y se observa que el tribunal valoró otros elementos de juicio legítimos que brindan claro y adecuado soporte a lo resuelto. Así, se contó con el testimonio de D, quien informó que el justiciable L se presentó a su casa con un camión con el propósito de guardarlo allí. Le indicó que el vehículo era prestado y le dejó un papel dirigido al esposo de la testigo, en el que le pedía que le resguardase el automotor y le prometía “recompensarlo” o “que le tocaría una partecita”. Tras considerar lo inusual de la solicitud, pues el justiciable nunca antes había llegado a esa casa, tanto la testigo como su cónyuge entraron en sospechas y decidieron notificar a la policía, que se presentó al sitio, inspeccionó el camión y obtuvo de él numerosos rastros que permiten concluir, sin ningún género de duda, que fue el utilizado para sustraer los semovientes a los que se refiere este asunto y que el encartado intervino activamente en el delito. En primer término, se localizaron huellas dactilares de M dentro del vehículo (ello además de que, como se dijo, la testigo N lo identificó como la persona que, junto con otro sujeto, llegó a dejar el vehículo). En segundo lugar, también se hallaron allí rastros de pintura azul, idéntica a la que se usa para marcar las reses en la hacienda en la que se ejecutó el robo, al igual que una soga, un trozo de madera y sangre. Por último, se determinó a través de una pericia que en la hacienda se localizaron residuos de pintura pertenecientes al camión (roja y azul), que se

desprendieron cuando el automotor impactó contra una lámina de zinc; se estableció la existencia de una abolladura en el vehículo que coincide con la que se produciría con dicho impacto e incluso se demostró que el trozo de madera hallado en el camión corresponde al que se desprendió del alero del portón del cargadero de la hacienda, cuando se cometió el hurto, amén de las huellas que dejaron las llantas del vehículo. En estas condiciones, estima la Sala que los elementos en que el fallo encuentra asidero, son claros, unívocos y legítimos, de forma tal que, suprimida la consideración del testimonio de S, subsisten datos que por sí solos brindan sólido soporte a lo resuelto, en tanto permiten asentar sin ninguna duda que M intervino como autor en la comisión del delito. Así las cosas, se declara sin lugar el recurso."

4. Nulidad de la sentencia penal: Omisión de reproducir el testimonio en debate cuando se determina la ilegalidad del anticipo jurisdiccional de prueba

[Sala Tercera de la Corte]^{iv}

Voto de mayoría

"I- La Licda. AMB, representante del Ministerio Público, interpone recurso de casación por inobservancia de normas procesales. En el primer motivo reclama *errónea interpretación del artículo 293 del Código Procesal Penal*. Argumenta que, contrario a lo que establece la sentencia, el testimonio por anticipo recibido a David Brenes Redondo sí cumple los presupuestos fijados en dicha norma. Afirma la recurrente que Aguilar Vargas, oficial del OIJ encargado de la presente investigación, señaló en debate que David Brenes Redondo trabajaba para la época del operativo en una finca cogiendo café, pero luego se les perdió de vista. El trabajo inestable que realizaba el colaborador, aduce la impugnante, hacía posible presumir que no se le encontraría para el debate, pues carece de domicilio fijo, lo cual constituye el obstáculo difícil de superar, contemplado en la ley. En todo caso, agrega, el Tribunal pudo haber ordenado como prueba para mejor proveer, la localización del testigo y su presentación al debate. La sentencia no entra a valorar ese testimonio recibido mediante anticipo, a pesar de lo cual señala que al no haberse presentado el testigo, el Tribunal no pudo despejar las dudas que persistían. El motivo se acoge, en los términos que se dirá. Si bien el Tribunal lleva razón acerca de la no pertinencia del anticipo de prueba realizado, por no adecuarse el motivo invocado a lo dispuesto en el artículo 293 del Código Procesal Penal, lo que se resolvió sobre esa prueba no se considera adecuado. Al inicio de la investigación, la fiscalía solicitó el anticipo jurisdiccional del testimonio de David Brenes Redondo, haciendo en su solicitud un recuento de las características del delito de tráfico de drogas, la participación del colaborador en la presente causa, para terminar diciendo que se necesita su relato para resolver la situación jurídica del imputado: "Es este el motivo señor Juez que requiere que en el presente caso se reciba la declaración del colaborador de la policía mediante el instituto del anticipo Jurisdiccional de Prueba, toda vez que es imperativo en este estadio procesal, resolver la situación jurídica del imputado MARVIN CALDERON CEDEÑO quien aguarda en celdas de el (sic) Organismo de Investigación Judicial para que se le reciba su declaración como imputado" (ver folios 25 a 27).Por

resolución de 10:05 horas del 23 de setiembre del año 2000, se acoge la solicitud, indicándose que la declaración es de suma importancia, por lo que debe asegurarse. Como se observa, tanto la solicitud para que se reciba la prueba, como la resolución que la admite, se apartan por completo en su razonamiento de los motivos que como excepción al principio de oralidad contempla el artículo 293 del Código Procesal Penal el que en forma alguna autoriza el anticipo de prueba para resolver la situación de un acusado. Tan infundamentada ha sido la decisión de recibir esa prueba, que a pesar de que se autorizó según el motivo alegado por el Ministerio Público, en la audiencia señalada para recibir esa prueba, ante la oposición de la defensa a su recepción por no darse los presupuestos para ello, el juez, apartándose de la solicitud del fiscal, y de su propia decisión al acoger la petición, mantiene el anticipo porque “en este caso eventualmente (sic) el testigo podría ser amenazado y ello implicaría que el mismo no se presentara a debate a rendir su declaraciór (sic)” (ver folio 30). Por su parte, la recurrente ofrece al impugnar una nueva razón para que se analizara el contenido de la declaración de Brenes Redondo: que él es una persona sin domicilio ni trabajo estable, lo que hacía presumir que para el debate no iba a ser localizado, sustento que no se señaló al pedirse el anticipo al Juez. De lo expuesto se colige que a pesar de que se ha tratado de dar legitimidad al anticipo jurisdiccional aduciendo que se realizó en razón de las posibles amenazas que el testigo podría sufrir para hacerlo desistir de comparecer al debate, o a causa de la imposibilidad de su localización posterior por carecer de domicilio fijo, es lo cierto que el anticipo se solicitó y se otorgó para resolver la situación del acusado, quien se encontraba detenido, causal no contemplada en el artículo 293 tantas veces mencionado. La declaración escrita de Brenes Redondo en modo alguno puede ser examinada en la presente causa. Sin embargo, al haber sido una prueba admitida e incorporada en el debate (ver folio 212), no podía el Tribunal, es este caso, por tratarse de un vicio subsanable, sorprender a una de las partes desechando en sentencia la prueba sin procurar su reproducción, pues la dejaba sin un elemento importante a considerar. Si al momento de la deliberación el Tribunal se percató de la ilegalidad del anticipo jurisdiccional de prueba, y que resultaba de interés para la resolución de la causa, lo indicado, de conformidad con el artículo 362 del código procesal, era reabrir el debate para hacer comparecer al testigo. Por las razones indicadas, se acoge el reclamo, se anula el fallo y se dispone el reenvío de la causa para su debida tramitación. En atención a lo resuelto se omite pronunciamiento en cuanto a los demás extremos del recurso."

ⁱ Sentencia: 01430 Expediente: 07-001063-0063-PE Fecha: 24/11/2011 Hora: 11:55:00 a.m. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.

ⁱⁱ Sentencia: 00149 Expediente: 05-001163-0219-PE Fecha: 29/05/2009 Hora: 07:52:00 p.m. Emitido por: Tribunal de Casación Penal de Cartago.

ⁱⁱⁱ Sentencia: 00171 Expediente: 00-200405-0485-TP Fecha: 06/03/2006 Hora: 02:45:00 p.m. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.

^{iv} Sentencia: 00708 Expediente: 00-000679-0067-PE Fecha: 12/07/2002 Hora: 11:00:00 a.m. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.