



## INCOMPARECENCIA DE TESTIGOS EN EL PROCESO PENAL

Rama del Derecho: Derecho Procesal Penal.	Descriptor: Medios Probatorios en Materia Penal.
Palabras Claves: Prueba, Testigos, Incomparecencia.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 07/07/2014.

### Contenido

RESUMEN .....	2
NORMATIVA.....	3
Incomparecencia de Testigos al Proceso Penal.....	3
DOCTRINA .....	3
Comentario al Artículo 353 del Código Procesal Penal: Incomparecencia de Testigos al Proceso Penal.....	3
JURISPRUDENCIA.....	4
1. Testigo Admitido en el Proceso Penal, Principio de Comunidad de la Prueba e Incomparecencia del Testigo (Artículo 353 del Código Procesal Penal) .....	4
2. Incomparecencia de la Víctima al Proceso Penal, Aplicación del Artículo 353 del Código Procesal Penal y la Posible Re-Victimización.....	6
3. Incomparecencia del Testigo, Localización por Medio de la Fuerza Pública y No Conducción al Proceso Penal por Parte de la Policía.....	8
4. Consecuencias de la Incomparecencia de Testigos al Proceso Penal.....	13
5. La Muerte de un Familiar como Justificación de la Incomparecencia e Inaplicabilidad del Artículo 353 del Código Procesal Penal.....	15

6. Incomparecencia del Testigo y Nuevos Datos sobre la Posible Localización .....	17
7. Elementos para Prescindir de Testigos en el Proceso Penal .....	19
8. Prueba Testimonial y Artículo 353 del Código Procesal Penal .....	22
9. Responsabilidad del Juez por la Comparecencia de Testigos al Proceso Penal .....	23
10. Comparecencia en Debate, Deber de Impartir Justicia, Convención de Belém do Pará y Re-Victimización de la Mujer .....	25
11. Facultades del Ministerio Público en Cuanto a la Comparecencia de Testigos .....	26
12. Incomparecencia de Testigos en Materia Penal Juvenil .....	27
13. Incomparecencia de Testigo No Localizado .....	32
14. Responsabilidad del Juzgador de Aplicar las Medidas Posibles en Procura de la Efectiva Declaratoria de los Testigos en el Proceso Penal .....	34
15. La Comparecencia de Testigos como Elemento Integrante del Debido Proceso Penal .....	35
16. Incomparecencia de Testigos y Anticipo Jurisdiccional de Prueba .....	36
17. Acuerdo de la Partes en la Prescendencia de Medios de Prueba .....	41
18. Citación e Incomparecencia de Declarantes .....	42
19. Deber de Asistencia de las Partes para la Efectiva Declaración de Testigos en el Proceso Penal .....	45
20. Comparecencia de Testigos: Reglas en Caso de Menores de Edad Víctimas de Agresión Sexual .....	47
21. Conducción de Testigos al Debate y Testigo en Altamar .....	51
22. Incomparecencia de Testigos Esenciales al Debate y Suspensión del Debate .....	52
23. Posibilidad de Admitir Prueba de la que se Había Prescindido .....	55

## RESUMEN

El presente informe de investigación reúne información sobre la **Incomparecencia de Testigos en el Proceso Penal**, para lo cual son aportados los extractos doctrinarios y jurisprudenciales que apoyados en el artículo 353 del Código Procesal Penal, determinan los presupuestos de aplicación de las consecuencias de tal incomparecencia, los cuales abarcan desde la conducción al proceso por medio de la

fuerza pública, hasta la prescindencia de la prueba, no sin antes contemplar situaciones como: la aplicación de esta normativa a casos de Proceso Penal Juvenil, casos especiales por condición de vulnerabilidad de la víctima como la agresión a las mujeres, y la violencia sexual en contra de menores de edad.

## NORMATIVA

### **Incomparecencia de Testigos al Proceso Penal**

[Código Procesal Penal]<sup>i</sup>

Artículo 353. **Incomparecencia.** Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia.

Si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba.

## DOCTRINA

### **Comentario al Artículo 353 del Código Procesal Penal: Incomparecencia de Testigos al Proceso Penal**

[Llobet Rodríguez, J]<sup>ii</sup>

**[P. 545]** ARTÍCULO 353. Incomparecencia. Cuando el perito o testigo, oportunamente citado (1), no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública (2) y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia.

Si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba (3).

#### *Comentario*

(1) Arts. 165, 208 y 336 inciso c) C.PP Para ordenar la conducción por la fuerza pública debe haberse procedido antes a la citación del testigo o perito, ello como una consecuencia del principio de proporcionalidad. De gran importancia es el voto 2010-18329 ordenado por la Sala Constitucional el 2-11-2010, mencionado en el comentario al artículo 210 C.PP El Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José en voto 2011-377 del 28-3-2011 estableció que no se está ante el supuesto que autoriza prescindir del testigo, cuando a pesar de no haber sido el mismo localizado en el lugar

que había indicado, se informa por quien lo ofreció datos concretos para su localización.

(2) Cf. Art. 324 párrafo 3) del C.PP Sin embargo, aunque el que ofreció al testigo indique que desea prescindir el mismo, ello no será suficiente para que se prescinda de dicho testimonio, cuando las otras partes no están de acuerdo, todo de acuerdo con el principio de comunidad de la prueba.

[P. 546] (3) Cf. 208 del C.P.P. La Sala Constitucional en el voto 2577-2000 del 22-3-2000 consideró legítima la conducción por la fuerza pública del ofendido y testigo al juicio oral, luego de que se negara a comparecer, alegando que ya se había presentado varias veces al juicio sin que se hubiera realizado. Relevante es el voto 2010-018329 ordenado por la Sala Constitucional el 2-11-2010, mencionado en el comentario al artículo 210 C.RR Este voto adquirió gran importancia por la trascendencia pública que tuvo el asunto.

## JURISPRUDENCIA

### 1. Testigo Admitido en el Proceso Penal, Principio de Comunidad de la Prueba e Incomparecencia del Testigo (Artículo 353 del Código Procesal Penal)

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]<sup>iii</sup>  
Voto de mayoría:

**“III. Es atendible la protesta.** Consta en autos que al celebrarse la audiencia inicial el 16 de octubre de 2012, fue admitido como prueba testimonial la declaración del ofendido, G. (cfr. folio 18 vto.). De igual forma, en el acta del debate que corre a folio 20 vto. (correspondiente al 6 de noviembre de 2012) aparece la petición expresa de suspensión del juicio por parte del Ministerio Público, con el propósito de presentar al ofendido, quien pese a encontrarse debidamente citado para esa fecha, no compareció. El Tribunal de instancia suspende y ordena la continuación para el día 9 de noviembre de 2012, oportunidad en la que reinicia el contradictorio a las 18:11 horas de esa fecha y, en esa ocasión, de nuevo el ente fiscal solicita tiempo para presentar el testigo a las 22:00 horas, sin embargo, como consta en el acta (cfr. folio 24) así como en la grabación en video, los juzgadores por decisión unánime prescinden de esa prueba testimonial. Explicó la fiscal en esa última oportunidad, que los oficiales del Organismo de Investigación Judicial verificaron que la dirección aportada correspondía al domicilio del ofendido G., a quien no pudieron hacer comparecer por encontrarse en actividades laborales, solicitándose un tiempo prudencial para que los

oficiales se ocupen de otra diligencia judicial urgente y, una vez concluida la misma, aproximadamente a las 22:00 horas, estarían colaborando en trasladar al testigo (cfr. archivo 0000121109181124.vgz, de las 18:12:40 a 18:14:08 horas). El Tribunal resuelve considerando todos los antecedentes del proceso, entre ellos, la suspensión anterior del juicio a causa de la incomparecencia del testigo que interesa al Ministerio Público; retoma la propia justificación expresada por la fiscal en esa audiencia, en el sentido, que aún cuando se verifica tener el domicilio real del testigo, su asistencia no fue posible por encontrarse en horas laborales. El Tribunal con todas esas circunstancias considera que ha sido condescendiente con el Ministerio Pública para que de con el paradero del testigo, extrañando que no se considere la necesidad de concluir el debate. Retoman el contenido del artículo 353 del Código Procesal Penal, sobre esta norma, explica el tribunal que se sabía que el ofendido tenía un trabajo en transporte y salía temprano a atender sus obligaciones, considerando que tres días es más que suficiente para poder haber gestionado esa presentación. Señalan que desafortunadamente la espera sugerida (a las siete y media de ese día), tiene un resultado incierto porque no se sabe si a esa hora se va a encontrar, pues aunque se conoce que ahí queda su residencia, no se precisa si se va a hallar porque ya en otras dos ocasiones el OIJ ha atendido la diligencia y no lo ha dado con él. Debido a esa situación, se considera que el tiempo ha sido más que suficiente, al punto de dejar sin efecto un juicio, buscando también no afectar al Ministerio Público, con una suspensión de pocas horas. Ante esa situación dicen, que lamentablemente para la posición de la Fiscalía, el tribunal de manera unánime ha decidido aplicar el artículo 353, con prescindencia de dicha prueba. En razón de ello, se decide continuar el juicio. El Ministerio Público hace reserva de casación en oposición a la decisión tomada por el tribunal, insistiendo que es apenas en media hora que los oficiales pueden ir a buscar al testigo. El Tribunal toma nota de la manifestación y continúa el debate (cfr. archivo 0000121109181124.vgz, de las 18:17:59 a 18:24:50 horas). Después de este recuento de actuaciones e incidencias, debe convenirse con la impugnante, respecto a que le asiste razón en su reclamo. Dispone el artículo 353 del Código Procesal Penal: "*Incomparecencia. Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia. Si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba*". En consecuencia, una vez admitido el testigo no se puede prescindir de él de forma unilateral, cuando éste no ha comparecido al debate, y conste su citación a la diligencia. Si el testigo incumple su deber de asistir al llamado de la autoridad jurisdiccional, el tribunal puede ordenar su presentación mediante el uso de medios coactivos, pero no puede optar por prescindir sin el acuerdo de todas las partes (por el principio de la comunidad de la prueba). Es decir, la única posibilidad de no evacuar el testimonio al margen del acuerdo (como ocurre en el *sub examine*), es cuando el testigo "*no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública*

”. No obstante, en este proceso el testigo G. (propuesto y admitido en la audiencia inicial) sí fue localizado, aunque no fue presentado al tribunal, en consecuencia, no era procedente prescindir de su relato, como lo estimaron los juzgadores ignorando la posición del ente fiscal (opuesto a ello), con argumentos tales como la necesidad de realizar el debate lo más pronto posible, el dejar sin efecto otro señalamiento, etc.; incomprensible frente a una solicitud de la fiscal que pedía una pausa de corto plazo (a lo sumo un par de horas), para procurar el traslado del testigo G. En consecuencia, siendo que el vicio reclamado se verificó y constituye un defecto que incide en el debido proceso, en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público al vulnerarse el derecho de evacuarse la prueba propuesta por él y previamente admitida, que incluso pudo tener valor decisivo en la resolución del proceso (por tratarse justamente del ofendido), se declara con lugar el reclamo, se anula la sentencia y el debate que le precedió, ordenando el reenvío para una nueva sustanciación conforme a Derecho.”

## **2. Incomparecencia de la Víctima al Proceso Penal, Aplicación del Artículo 353 del Código Procesal Penal y la Posible Re-Victimización**

[Sala Tercera]<sup>iv</sup>  
Voto de mayoría

“I. En escrito visible de folios 160 a 163 el licenciado Minor Chacón Calderón, en su condición de representante del Ministerio Público, interpone recurso de casación en contra de la sentencia 274-2010, dictada a las diez horas con diez minutos, del veintiuno de octubre del dos mil diez por el Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de Alajuela . **El único motivo del recurso se titula por errónea interpretación y aplicación de la normativa procesal, propiamente del numeral 353 del Código Procesal Penal.** Considera el recurrente que el Tribunal prescindió erróneamente de los testimonios de N. y de I., ya que a pesar de que no comparecieron al debate eran plenamente localizables, y en el caso de la ofendida K. además le resultó imposible presentarse a juicio debido a motivos personales. Según cree, mediante una correcta interpretación del numeral 353 del Código Procesal Penal no correspondía prescindir de las testigos indicadas sino ordenar su presentación. Por lo dicho solicita casar la sentencia recurrida y ordenar el reenvío para un nuevo juicio. **El reclamo procede.** El artículo 353 del Código Procesal Penal establece que: *“Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia. Si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba. ”* De conformidad con la jurisprudencia de la Sala Constitucional, en particular con el voto 2577-2000, del veintidós de marzo del año dos mil, dicha potestad de conducción por la Fuerza Pública

debe ser interpretada de manera restrictiva, esto en el sentido de que el principio de proporcionalidad impone que, para ordenar la conducción de un testigo, o incluso de la parte ofendida, por la policía, debe haberse procedido antes a su citación. Expuesto de otra manera, la conducción por la Fuerza Pública y en general, la presentación forzosa, solo resulta legítima si el ofendido no ha comparecido, a pesar de haber sido citado. En el caso de la víctima de un delito, debe tenerse particular cuidado con esta potestad, precisamente para evitar o reducir al mínimo posible los procesos de re-victimización que se suscitan en ocasiones en el proceso penal, por ejemplo, al presentar a un ofendido u ofendida por la fuerza, para que sea trasladado a juicio. En el caso particular que nos ocupa, se ejecutaron las siguientes actuaciones con el fin asegurar la presencia de los testigos de cargo y de la agraviada en el juicio:

1. En el auto del doce de agosto del año dos mil diez, se señalaron las dos audiencias del diecisiete de diciembre de ese mismo año para la realización del debate (Folio 135). Esa resolución, como consta a folio 139, no pudo ser notificada a K. quien figura en esta causa como ofendida, por no encontrarse en la dirección que constaba en autos.

2. Con posterioridad, mediante el auto de las siete horas del veintidós de septiembre del dos mil diez, debido a una reorganización de la agenda del Tribunal (folio 140), se varió la fecha del juicio, fijando al efecto las dos audiencias del ocho de octubre del dos mil diez. A folios 141 y 143 constan las órdenes urgentes de citación, emitidas tanto para la ofendida K., como para la testigo I. y el testigo E.. Esa resolución, a pesar de que se hicieron todas las gestiones pertinentes, en un primer momento, no pudo ser notificada a la ofendida (folio 146), por no haber sido localizada en la dirección aportada en autos. Sin embargo, como se aprecia a folio 149, finalmente, desde el día treinta de septiembre de dos mil diez, se le comunicó a la ofendida la realización del juicio. Esto fue notificado en [...]. También los testigos arriba mencionados fueron notificados, tal como consta a folio 148.

3. Iniciado que fue el debate, el día ocho de octubre de 2010, solamente se presentó a la etapa plenaria el testigo E., no así la agraviada, ni la testigo I. (Folio 154 vuelto del expediente).

4. Ese mismo día de la iniciación del juicio, ante la incomparecencia de las personas antes indicadas, el Tribunal dispuso girar las órdenes de presentación respectivas (folio 154 vuelto del expediente) para el veintiuno de octubre de dos mil diez.

5. Según consta a folio 157 esa orden de presentación se intentó ejecutar, sin éxito, pero únicamente respecto de la testigo E., no así respecto de la agraviada.

6. Durante la continuación del debate, en la última fecha arriba indicada, el representante del Ministerio Público alegó (como se detalla a folio 158 frente) que la testigo E. no había podido ser presentada y, para lo que más importa, que en

comunicación privada con la ofendida esta le había manifestado que no había podido comparecer a juicio, pero que estaba interesada en hacerlo para rendir su declaración.

Resulta ser entonces que en autos no consta que se haya intentado siquiera la presentación de la ofendida. Según lo establece el numeral 353 del Código Procesal Penal en su párrafo final, este es un requisito para poder prescindir de un testimonio, - y esto aplica para el caso del testimonio de quien figura como víctima de un ilícito-. Solamente se puede prescindir de un testigo si no puede ser localizado, para ser conducido por la fuerza. Esta actuación en particular, no fue realizada con la ofendida. A esto debe agregarse que no puede fundamentarse, como erróneamente lo hace el Tribunal en su voto de mayoría, una falta de interés de la víctima si esta había manifestado una excusa fundada para no haber comparecido y había externado su intención de rendir declaración en juicio. De manera que, en aras de la adecuada protección de los derechos de intervención de la víctima en el proceso penal, y en particular, para el aseguramiento del principio de Tutela Judicial Efectiva, lo que corresponde es concluir que se prescindió erróneamente del testimonio de la agraviada K. y, con ello, se afectó su efectiva participación en la etapa plenaria, ya que no se había intentado siquiera su presentación al juicio. En consecuencia se casa la sentencia y se ordena el reenvío para un nuevo juicio. Tome nota el Tribunal del Segundo Circuito Judicial de Alajuela para realizar este debate lo más pronto posible y sin ninguna dilación. En la presente causa ya han existido dos errores de parte de dicha Cámara Judicial, debidamente declarados por esta Sala, que han impedido que la sentencia dictada, cualquiera que sea su resultado, adquiera firmeza.”

### **3. Incomparecencia del Testigo, Localización por Medio de la Fuerza Pública y No Conducción al Proceso Penal por Parte de la Policía**

[Sala Tercera]<sup>v</sup>  
Voto de mayoría

**“II. Motivo por la forma :** Como único extremo refiere el representante del Ministerio Público que el Tribunal de mérito desaplicó el artículo 353 del Código Procesal Penal al rechazar su petición de suspender el debate a fin de recibir prueba esencial. Así, el Tribunal declaró inevaluable la declaración del ofendido R. C. y del testigo presencial de los hechos A. F. Esto, a pesar de que los miembros de cárceles y presentaciones localizaron al ofendido R. C., pero no lo obligaron a asistir al juicio oral y público sino que, le permitieron retirarse por la puerta trasera de la vivienda, sin saber las razones por las cuales no compareció. Mientras que, A. F., no fue posible localizarlo en virtud de que se encontraba laborando. (Folio 197). Afirma quien recurre que, el Tribunal se preocupó más por concluir el debate, que aplicar lo que establece el numeral 353 del Código Procesal Penal, limitando así su función como representante del Ministerio Público al no permitirle el Tribunal de Juicio dentro del término legal establecido

suspender el debate a efectos de que determinara las razones de la no comparencia de los testigos. **El reclamo es de recibo.** Desde el punto de vista legal, la normativa procesal penal establece, de conformidad con el artículo 353, que: “*Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia. Si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba.*”. Acorde con el contenido del **párrafo primero** de la norma, no es posible obviar los siguientes aspectos; **a. La citación**, regulada en el artículo 165, del Código Procesal Penal, que reza: “...**además, se deberá advertir que si la orden no se obedece, sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente, la persona podrá ser conducida por la fuerza pública y pagar las costas que ocasione, salvo justa causa**”. (El subrayado no corresponde al texto original). Esa normativa debe entenderse en relación a lo dispuesto en el artículo 207 de ese mismo cuerpo legal que describe: “*Para el examen de testigos, se librarán ordenes de citación. En los casos de urgencia podrán ser citados verbalmente o por teléfono, lo cual se hará constar*”. **b. Compulsión**, se entiende que si el testigo no se presenta a la primera citación, se le hará comparecer por medio de la fuerza pública (Artículo 208 del C.P.P.). Es decir, la compulsión u orden de presentación, procede en los casos en que el proceso penal se haya iniciado y se deba citar al testigo correspondiente para la realización de determinada diligencia judicial y no se presente. De manera que, se puede emitir habiendo existido diligencias judiciales previas y por ende, **con conocimiento del domicilio de la persona**. **c. Apreensión inmediata**. El artículo 210 de la normativa procesal penal, dispone: “*El tribunal podrá ordenar la aprehensión de un **testigo cuando haya temor fundado de que se oculte o se fugue**. Esta medida durará el tiempo indispensable para recibir la declaración y no podrá exceder de veinticuatro horas...*”. (El subrayado no corresponde al texto original). Con base, a lo anteriormente indicado, se concluye que, es el Tribunal y no la parte, el obligado a hacer comparecer al testigo debidamente citado, contando para ello con el auxilio de la fuerza pública y la parte que ofrece la prueba, lo que debe hacer es colaborar. Por su parte, el **párrafo segundo**, remite al artículo 336 inciso c) del Código Procesal Penal, en cuanto se recalca que si el testigo o perito tiene un carácter esencial debe ordenarse la suspensión del juicio. Es importante indicar que, la lectura del artículo en mención no puede interpretarse de forma aislada con lo dicho por la jurisprudencia constitucional. Esto, es relevante porque como lo ha establecido la Sala Constitucional de conformidad con los numerales 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 8.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, un Juez ordinario no puede, ni debe desacatar una línea jurisprudencial dictada por este Tribunal, pues al hacerlo estaría quebrantando la previsión legal contenida en esas normas. (Voto número 15957, de las 14:50 horas del 1 de noviembre del 2006, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia). Así, con relación al tema que nos ocupa, el órgano constitucional, ha establecido que, de acuerdo a los artículos 165,

207, 208, 210 y 353 del Código de Procesal Penal, los testigos deben acudir a la primera citación que les haga la autoridad judicial. En caso de no presentarse, el Tribunal queda facultado para expedir una orden de presentación por medio de la fuerza pública. Pero si aún así no es posible su comparecencia, sin que exista un impedimento legítimo para ello, el juez queda facultado para ordenar su arresto durante el tiempo necesario para recibir su declaración, el que no deberá exceder de veinticuatro horas (Ver el voto número 2093-96, de las 14:57 horas, del 7 de mayo de 1996, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia). En este sentido, también en el voto 874-2000, del 26 de enero del 2000, el órgano constitucional dijo: *“En cuanto a la medida de hacer comparecer al testigo que no se presenta por medio de la fuerza pública, establecida en el artículo 208 del Código Procesal Penal, considera la Sala que tampoco es irrazonable ni desproporcional porque **existe un interés de la sociedad en general de que las causas penales se resuelvan conforme a los elementos probatorios necesarios para arribar a la solución del conflicto más satisfactoria. Ese interés general justifica el uso de la fuerza pública, en caso de que la inasistencia al llamado judicial sea sin justa causa**”*. (El subrayado no corresponde al texto original). Del mismo modo, en el voto número 2577-2000, del 22 de marzo de 2000, consideró legítima la conducción por la fuerza pública del ofendido y testigo al juicio oral, si se negara a comparecer. Sobre el tema dijo: *“...tampoco puede perderse de vista la trascendental **importancia para la administración de justicia que significaba obtener la declaración del señor R. C., quien, siendo el ofendido por el delito se constituye en testigo esencial para el esclarecimiento de la verdad real y por lo tanto, imposible de prescindir de sus manifestaciones ante el Tribunal, a los efectos del principio de inmediación de la prueba. En esta tesitura, y considerando además que el despacho intentó hacerlo comparecer el mismo 29 de febrero con resultados infructuosos, encuentra la Sala razonable y apegado a derecho que se ordenara su aprehensión en la forma y por el lapso que se hizo, de conformidad con los artículos 210 y 353 del Código Procesal Penal con el fin de que se apersonara a la diligencia ordenada, lo que impone la desestimación del recurso como en efecto se hace, en concordancia con la jurisprudencia que sobre el particular ha emitido la Sala (ver entre otras las sentencias número 5630-94 de las 16:06 horas del 28 de setiembre de 1994 y la 3676-93 de las 9:09 horas del 30 de julio de 1993)**”*. En el caso en estudio, consta que el debate, se fijó para las dos audiencias del 10 de febrero de 2009 (folio 167), dando inicio a las 8:00 horas y 13:30 horas, respectivamente. Así, para asegurar la asistencia de las partes en el proceso consta a folio 176 que la jueza tramitadora del Tribunal de Juicio de la Zona Sur, Sede de Pérez Zeledón solicitó el 30 de enero de 2009, a la Unidad de Localizaciones y Citaciones de esa localidad **citar** al ofendido R. C. y al testigo A. F. Así, el oficial localizador citó al afectado de manera personal el 2 de febrero de 2009, mientras que, al testigo presencial de los hechos, lo citó el 3 de febrero de 2009, por medio de su madre M. A. Ahora bien, en la primera audiencia del debate que dio inicio a las 8:00 horas, ni el ofendido ni el testigo A. F. comparecieron al debate oral y

público. Ante lo cual, el representante del Ministerio Público solicitó a la Unidad de Localizaciones y citaciones, **orden de presentación** para que estos se presentaran ese mismo día en horas de la mañana. (Folio 186). Así, el oficial localizador logró ubicar al ofendido R. C. en su casa de habitación, sin embargo, no logró que éste compareciera en juicio porque se dio a la **“fuga”** por la puerta trasera de su casa de habitación. En esos términos, el Tribunal de mérito, lo dijo, al afirmar: **“...en cuanto al ofendido se dio a la fuga, porque no hay otra forma de llamarlo.”** (Secuencia 15:08:00 a 15:12:03). Nótese que, no se logró la comparecencia del afectado y, no se desprende del caso concreto las razones por las cuales R. C. huyó. Por lo tanto, no se podría afirmar que existió un impedimento legítimo para ello. Por lo que, el juez quedó facultado para ordenar su aprehensión inmediata, esto de conformidad con el artículo 210 de la normativa procesal penal que dispone: **“El tribunal podrá ordenar la aprehensión de un testigo cuando haya temor fundado de que se oculte o se fugue...”**. Sin embargo, no lo hicieron y en su lugar, el Juez Francisco Sánchez Fallas autorizó nuevamente una orden de presentación para que el ofendido se presentara a la segunda audiencia (Folio 187 y, secuencia 10: 25:44 a 10:32:00). Y, como el mismo Tribunal lo indicó: **“...obviamente al mandarlo a citar en la tarde ya no se localizaba”**. (Secuencia 15:08:00 a 15:12:03). En este sentido, es importante indicar que, no es suspender el debate sin justificación razonable, sino que, de acuerdo a las circunstancias concretas del caso y, a las reglas de la lógica y de la experiencia común, se debe suspender por el tiempo de ley necesario (que no exceda lo dispuesto por el artículo 336 del Código Procesal Penal) para localizar a los testigos. Como se dio en el caso del testigo presencial **A. F.**, en cuanto que el oficial localizador, señaló que no fue posible localizarlo en la dirección aportada ni al teléfono suministrado **porque aparentemente andaba trabajando** (Folio 186 y 190 y, secuencia 15:51:17 a 15:53:19). Con relación a ello, acertadamente, el Juez German Eduardo Cascante Castillo, en el voto de minoría, dijo: **“Este testigo A. F. que es una persona localizable que vive en esa vivienda. El hecho de que el testigo tenga que salir a trabajar eso es una situación absolutamente normal. Las horas en que lo van a buscar hoy, a las 10:00 y 10:30 y luego en la tarde entre la 13:00 y 14:00 de la tarde aproximadamente son horas en que las es esperable que una persona este fuera de su casa trabajando de manera que no me parece que sea una situación extraña y por otra parte esa presentación o esa gestión de ahora en la tarde es la primera que hace el Tribunal para ese testigo, de manera que no habría que entender muy estrictamente esa situación de la prescindencia de testigo según lo que indica el artículo y en este caso en particular me parece que habría que gestionar una nueva presentación. Obviamente no se trata de seguir gestionando presentaciones indefinidamente hasta que la persona aparezca pero me parece razonable, en razón de la posibilidad de que el testigo este trabajando, que es lo que informó el oficial de citaciones, me parece razonable ordenar una presentación más para agotar la posibilidad de que el testigo pueda ser ubicado...”**. (Secuencia 15:12:05 a 15:16:11). Además, es importante indicar que, el representante del Ministerio Público

nunca manifestó su desinterés al *a quo* de que el ofendido y el testigo A. F. comparecieran al debate oral y público. Sobre este asunto, dijo: *“Esta representación sí tiene interés de que se traiga tanto al ofendido como al testigo A. F. Creo que los testigos son ubicables. ...en este caso, tal y como lo ha referido a viva voz también el citador judicial dijo fue localizado. Desconozco las razones por las cuales él se retiró de su hogar. Igualmente, en el caso de don A. F. el mismo fue citado y esta representación no conoce las razones por las cuales el mismo no compareció. Y en ese sentido, siendo que, ambos son ubicables solicita que se proceda a ordenar propiamente la presentación y la comparencia de los mismos para un nuevo señalamiento del debate...”*. (14:45:14 a 14:46:30). Y presentó recurso de revocatoria, alegando que: *“Si bien es cierto el Tribunal y el Ministerio Público coadyuvo para efectos de la comparencia del testigo, lo cierto es que la unidad de localizaciones ubicó al ofendido en este proceso y la acción de los personeros de localizaciones era presentarlos, no darles la posibilidad de que él ingresara a su casa o en su defecto retirarse. Yo creo que, desde esa perspectiva no le podemos achacar el proceso independientemente, a los intereses que tiene el Ministerio Público con relación al proceso, el hecho de que esta persona no quiera venir, yo creo los medios están dados en este caso, la gente de localizaciones hablo con el aquí ofendido y el hecho que se retire no quiere decir por esa sencilla razón que hay una pérdida de interés por parte del ofendido, las razones él las sabrá, porque razón no vio pertinente el no venir a este proceso e igualmente señaló que es un delito de acción público aquí no es tanto del perjudicado, el interés del ofendido sino que está el interés del Estado. E igualmente reitero, la unidad de localizaciones, en este caso, hablo con él y le dio hasta la posibilidad de que ingresara en la casa, cuando lo lógico era que lo trajeran como lo debe ser una orden de presentación. En cuanto al otro testigo, tal y como lo señala el voto de minoría no hay razón por la cual el voto de mayoría vaya a prescindir del testimonio de don A. F. tal y como lo refirió el juez de minoría en el sentido de que este se encontraba trabajando, no viene a referir el hecho de esta causa o que habían otros testigos que prescindan. Igualmente no se trata aquí hacer ver que los testigos vienen cuando les dé la gana yo creo que hay un término perentorio que es para efectos de la comparencia de los testigos y esa fue la solicitud que hizo esta representación, en el sentido de que se le diera el término correspondiente para efectos ya sea de traerlo y en caso contrario prescindiría pero dentro del término de ley, no es que deja abierta la posibilidad a referir el hecho de que un testigo pueda venir a juicio cuando le dé la gana. En ese sentido señores miembros del Tribunal yo presento la revocatoria”*. (15:16:20 a 15:18:55). Ciertamente, el deber del oficial de localizaciones era presentar al ofendido sin embargo no lo hizo, permitiéndole incluso la posibilidad de retirarse. Aunado a lo anterior, el Tribunal decidió por mayoría que no procedía en este caso suspender el debate a pesar de que tenía esa potestad y posibilidad de suspenderlo hasta por un máximo de diez días, en razón de que la declaración de los testigos tenían carácter esencial. Esto, de conformidad con el artículo 336 inciso c) del Código Procesal

Penal, en cuanto recalca que *“la audiencia se realizará sin interrupción, durante las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su terminación; pero, se podrá suspender por un plazo máximo de diez días, en los siguientes casos: c) Cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable, salvo que pueda continuarse con la recepción de otras pruebas hasta que el ausente sea conducido sea conducido por la fuerza pública”*. Por esa razón, los imputados fueron absueltos de toda pena y responsabilidad, en aplicación del principio *in dubio pro reo*. En este sentido, el Tribunal dijo: ***“Ni el ofendido ni los testigos pudieron ser sometidos al interrogatorio de las partes para verificar la veracidad de sus dichos y para determinar las circunstancias de tiempo y lugar en que se realizó la acción delictiva y por eso, el Tribunal como es un Tribunal de derecho no puede tener por plenamente demostrado como exige el ordenamiento jurídico la realización de los hechos por parte de los aquí acusados. Así las cosas por aplicación universal del principio in dubio pro reo se absuelve de toda pena y responsabilidad a las personas que han sido acusadas.”*** (15:55:34 a 15:56:11). Por los motivos antes analizados, debe acogerse el reclamo del Ministerio Público. En consecuencia, se anula la sentencia impugnada y el debate que le precedió, ordenándose el reenvío de la causa al tribunal de origen para que, con otra integración, se proceda a una nueva sustanciación, conforme a derecho.”

#### **4. Consecuencias de la Incomparecencia de Testigos al Proceso Penal**

[Tribunal de Casación Penal de San José]<sup>vi</sup>  
Voto de mayoría

**“ÚNICO. [...]** Sobre el tema bajo análisis, este Tribunal (con una integración distinta que aquí se acepta) ya ha señalado con anterioridad lo siguiente: *“...Sobre el particular el numeral 353 dispone: 'Incomparecencia. Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia. Si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba'. De lo anterior se coligen varios postulados. El primero de ellos es que el testigo, una vez admitido, no puede unilateralmente disponer si comparece o no al debate. De acuerdo con los requerimientos de la administración de justicia tiene el deber legal de acudir al llamado del órgano jurisdiccional. Si no comparece, quien preside el debate puede ordenar la presentación, incluso mediante la utilización de medios coactivos. Es más, el legislador ha considerado que el deber de declarar como testigo es de tal relevancia para la vida en sociedad, que incluso ha previsto como hechos punibles la no comparecencia como testigo (artículo 389 inciso 3 del Código Penal) y el callar la verdad, en todo o en parte (artículo 316 del Código Penal). De allí que no existe la menor duda de la ineludible obligación del ofendido y los testigos de acudir a los llamados de la administración de*

justicia. La segunda premisa es que la única posibilidad de prescindir del testimonio, sin que exista acuerdo de partes, es cuando el testigo 'no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública'."

(El subrayado se suple, voto número 2006-0487 de las 08:45 horas del 26 de mayo de 2006). Ahora bien, en este caso, el debate inició a las 8:00 horas del 17 de marzo de 2011 y, en esa oportunidad, no se hicieron presentes los testigos que interesaba al Ministerio Público, pese a que fueron citados (ver constancias de folios 45 y 47). Lo anterior provocó que se tuviera que suspender el debate para continuarlo el 23 de marzo y, a petición del fiscal, se giraron las órdenes de presentación respectivas (ver folios 49 vuelto y 50). En la fecha programada para continuar el juicio resulta que el representante del Ministerio Público informa que los localizadores están realizando la diligencia y, solicita treinta minutos para que se puedan hacer llegar a los Tribunales a los testigos, porque habían salido desde las 7:00 horas de ese día a buscar a las personas (ver folio 60). Sin embargo, el *a quo* decidió prescindir de los testimonios que interesaban a la Fiscalía, basándose en que no fueron presentados a la hora que se tenía programada la continuación del debate, sin tener la respuesta de las presentaciones ordenadas. Así se escucha al relatar la sentencia cuando –en otras palabras– el Juzgador expone lo siguiente "... *el prescindir de los testigos, ese ha sido uno de los argumentos del Ministerio Público, el tribunal ni siquiera ha estado cuestionando las labores diligentes del Ministerio Público, lo que ha acontecido acá es que los testigos no fueron presentados cuando lo ordenó el tribunal, la obligación de toda persona es presentarse a la hora que tiene que presentarse, si por algún motivo el tribunal se atrasa, eso no es una justificante para que las partes acudan a la hora que tiene que presentarse cada quien asume la responsabilidad, pero los testigos también tienen que estar puntuales, porque suceden en muchas ocasiones que no se pueda empezar a tiempo pero esto no es una justificante tienen que estar en punto... la obligación de todo ciudadano... es comparecer... no puedo explicar por qué doña G. no está aquí, no es que no tengan el resultado sino que es una falta de interés de su parte, no puedo expresar una situación distinta a esta, tiene el Ministerio Público... la potestad de tomar las previsiones... no se trata de dar más tiempo si van a venir porque esta expectativa no era ya del caso precisamente... los testigos no fueron presentados a la hora que yo ordené...*" (DVD secuencia que inicia a las 09:23:26). Considera esta Cámara de Casación que hubo una rigidez excesiva de parte del juzgador respecto al tema de la puntualidad y, a su vez, una errónea interpretación del artículo 353 del Código Procesal Penal porque, al igual que en el caso del precedente de cita, sucede que no se corroboró que los testigos no pudieran ser localizados, para su conducción, por los medios que se habían previsto de un localizador judicial. Más bien, conforme se acredita con las constancias de folios 64 y 66, las testigos G. y Y. sí habían sido ubicadas para su presentación y la razón para no haberlas llevado fue, precisamente, que el juez dictó la sentencia sin dar un tiempo prudencial para que el

funcionario encargado cumpliera con su deber. Además, por la falta de prueba que se generó, al haberse prescindido de las declaraciones de G., Y. y R., el juzgador procedió a dictar sentencia absolutoria, en la cual argumentó que la prueba documental no era suficiente para tener por demostrados los hechos que se acusaron, puesto que no se contó con la declaración oportuna en juicio de la ofendida (DVD secuencia de las 09:30:48). En resumen, los testigos a que se ha hecho referencia son localizables y fueron citados oportunamente, pero no se hicieron presentes al debate, de donde no resultaba procedente prescindir de esa prueba sin la anuencia de todas las partes. Se debió haber esperado a corroborar si era posible la presentación de las testigos, aunque esto implicara posponer el inicio del debate. No comprende este Tribunal qué problema le podía haber representado a la Administración de Justicia, que la continuación del debate se demorara algunos minutos o horas. Por el contrario, mayor afectación se produjo al Ministerio Público, quien se vio imposibilitado de demostrar los hechos que acusó, ante la inflexibilidad del juzgador. Tampoco se podía suponer que la ofendida, o las otras testigos, no tuvieran deseo o interés en brindar su declaración, incluso, podrían tener simplemente problemas económicos para trasladarse hasta los Tribunales de Justicia, porque no todas las personas conocen que se les puede dar una ayuda económica. En definitiva, al actuar de ese modo, el *a quo* incurrió en un defecto absoluto, que dio lugar al dictado de la absolutoria. Por ende, corresponde declarar con lugar el recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público y anular el fallo recurrido, así como el debate que le sirvió de base, ordenándose el reenvío para que, con otra integración del órgano jurisdiccional, se sustancie de nuevo la causa.”

## **5. La Muerte de un Familiar como Justificación de la Incomparecencia e Inaplicabilidad del Artículo 353 del Código Procesal Penal**

[Tribunal de Casación Penal de Cartago]<sup>vii</sup>

Voto de mayoría

“II- [...] **Con lugar el reclamo.** Tal y como lo alega la Fiscalía en su recurso, se ha producido un vicio de preterición de prueba esencial que afecta la participación del órgano acusador en el ejercicio de la acción penal. Según consta en la grabación del debate que pudo escuchar esta Cámara por medio del DVD respectivo, a las 10:52, el señor Juez le preguntó a la Fiscalía por la testigo admitida V., quien no había comparecido. La Fiscal le indicó que según le había comunicado la ofendida, quien era la persona encargada de citarla, ésta testigo le había dicho que no podía comparecer ese día por cuanto su padre había fallecido, pero que lo haría cualquier otro día que se le indicara. Por esa razón, la Fiscalía solicitó al Tribunal que suspendiera el debate para que dentro del término de diez días hábiles conforme lo dispone el artículo 336 del Código Procesal Penal, traer a declarar a doña V. El Tribunal rechazó la petición de la

Fiscal, aduciendo que no constaba documentación alguna del fallecimiento del papá de la deponente, ni constancia de que hubiera sido citada, y que era la ofendida quien tenía que traerla, por lo que se prescindió de ésta. De acuerdo con la acusación visible a folio 14, la testigo V. fue ofrecida por la Fiscalía para establecer cómo fue que la acusada se apropió y retuvo los bienes indebidamente. Esa testigo fue admitida en el auto de apertura a juicio (folio 39). De manera tal que se trataba de prueba del Ministerio Público que fue admitida para el juicio y que de acuerdo a lo que el ente Fiscal manifestó al momento de ofrecerla, era esencial para el esclarecimiento de los hechos. El artículo 353 del Código Procesal Penal faculta al Tribunal a prescindir de un testigo cuando no pueda ser localizado, situación en la que no se encontraba la testigo V., ya que según el dicho de la Fiscal, la ofendida le había indicado que no se pudo presentar a la audiencia por cuanto su padre falleció- excusa más que razonable- pero que estaba dispuesta a ir otro día. Nuestro proceso penal se rige por el principio de lealtad, el cual supone la buena fe al litigar de cada una de las partes, evitando planteamientos dilatorios, meramente formales o abusos de las facultades que el código les otorga. Es por ello, que debe existir confianza hacia las partes en sus planteamientos, salvo que sea evidente que se trata de gestiones dotadas de falsedad o meramente dilatorios. Tan es así, que en la etapa preparatoria no se documentan las entrevistas a los testigos, de la manera formal en que se hacía con el Código de procedimientos penales, por lo que éstas -salvo el caso de los anticipos jurisdiccionales de prueba- no tienen valor alguno en juicio. De allí que cuando la Fiscalía presenta su acusación la fundamenta en entrevistas que ha realizado a testigos que no constan en el legajo principal, y sin embargo, por ese principio de confianza que deriva del de lealtad, el Juez Intermedio puede elevar la causa a juicio si lo dicho por el Fiscal respecto al contenido de la prueba le parece suficiente para sustentar la probabilidad sobre la existencia del hecho y la participación del imputado. Lo propio ocurre con los testigos de la defensa en esas etapas. Razón por la cual en este caso el Tribunal no podía exigir a la Fiscal constancias escritas de que la testigo había sido citada, o si se le había muerto su padre, mucho menos cuando dicha deponente fue admitida quedando su citación a cargo de la víctima. Si el Tribunal aun así tenía alguna duda sobre la veracidad del dicho de la Fiscal, pudo haber llamado a la víctima, quien se encontraba en la audiencia -pues al final del debate se le dio la palabra- para que ésta expusiera oralmente la situación de la testigo V., pero no rechazarla sin tener elemento alguno que pudiera hacer sospechar que lo manifestado por la Fiscalía fuera falso. Debió el Tribunal suspender el debate y dentro del término de ley, señalar nueva audiencia para continuarlo con la declaración de la testigo V., máxime si como en el presente caso, el Tribunal percibía, como al final lo plasmó en su sentencia absolutoria, que la prueba le generaba dudas sobre la existencia del hecho. En virtud de ello, se ha producido un vicio absoluto que afectó su participación en el procedimiento conforme al artículo 178 inciso c) del Código Procesal Penal, y por ende debe decretarse la

nulidad del fallo así como del debate que le precedió, ordenándose el reenvío para su nueva sustanciación.”

## **6. Incomparecencia del Testigo y Nuevos Datos sobre la Posible Localización**

[Tribunal de Casación Penal de San José]<sup>viii</sup>

Voto de mayoría

“II. Es atendible la protesta. Consta en el auto de apertura a juicio (de las 11:00 del 4 de julio de 2006) que fue admitida como prueba testimonial la declaración de P. y de S. (además de prueba documental y pericial, cfr. folio 86), así como el testimonio de I.T. por parte de la defensa. También puede verificarse que finalmente el juicio fue programado para el día 19 de enero de 2011 (cfr. folio 115, resolución del 6 de diciembre de 2010). A folio 118 hay una leyenda en la orden de citación, respecto a que S., no fue localizada en la Escuela Manuel Belgrado, de Hatillo Uno, pues la institución se encontraba cerrada (cfr. folio 118). Respecto a P. puede observarse en las constancias del notificador del mes de diciembre de 2010, que no fue posible localizarla en la dirección aportada en autos (cfr. folio 121). Luego, constituidos en la sala de debates el 19 de enero del año en curso, el tribunal de instancia, en compañía de la representante del Ministerio Público, defensa técnica e imputado, inician el contradictorio con la lectura de la acusación, la identificación del acusado y demás actos de apertura del debate; se da la palabra respecto a la prueba testimonial, la defensa prescinde del testigo ofrecido, sin que la fiscalía externe objeción; y en cuanto a los testigos P. y de S., la fiscal explica la situación y solicita la suspensión, que es aceptada por el tribunal, que señala la continuación para el día primero de febrero de los corrientes (cfr. acta de folio 129). Sin embargo, constituidos en la sala el día primero de febrero, el tribunal pregunta al Ministerio Público sobre la situación de los testigos, manifestando la fiscal que los testigos son ubicables, pero que había sido imposible que comparecieran ese día, solicitando una nueva suspensión y explicando la situación de cada uno. Que la ofendida se localizaba a través de su padre, quien se ubicaba a través de una compañera de trabajo, que en esos días no había ido a laborar. Que la testigo S. estaba fuera del país, pero que ese día llegaba. El tribunal resuelve que conforme lo establece el artículo 353 resulta improcedente la petición de la fiscal, que es una situación incierta la localización de los testigos, por lo que el juicio continúa con la prueba documental y pericial, que en ese acto procede a incorporar (cfr. constancia de folio 134 y 135). Analizado el punto de protesta, es criterio de esta Cámara que le asiste razón a la gestionante. Dos normas son de obligatoria cita para resolver la inconformidad planteada por la señora fiscal, en primer lugar el artículo 336 del Código Procesal Penal, que establece: *“La audiencia se realizará sin interrupción, durante las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su terminación; pero, se*

*podrá suspender por un plazo máximo de diez días, en los casos siguientes: (...) c) Cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable, salvo que pueda continuarse con la recepción de otras pruebas hasta que el ausente sea conducido por la fuerza pública."*

Por otra parte, el numeral 353 que dispone: *"Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia. Si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba."* Como se observa, la primera alude a la incomparecencia de los testigos como una causal válida para la suspensión del debate. La segunda norma, regula las alternativas de resolución frente a la incomparecencia, distinguiendo varios supuestos: a) Cuando fue oportunamente citado y no acude al llamado de la autoridad jurisdiccional (hipótesis en la que se faculta el uso de la fuerza pública para su conducción). b) Se da la opción de prescindir de un testigo, cuando no puede ser localizado. Es obvio entonces, que si el testigo propuesto y admitido como prueba en el contradictorio, no ha podido ser citado (porque varió su domicilio o lugar señalado), pero la parte interesada informa al tribunal que existen posibilidades razonables para su ubicación y aporta incluso datos concretos; no estamos entonces, frente al supuesto previsto en el numeral 353 del Código Procesal Penal. No podría el tribunal de mérito estimar que la localización del testigo resulta "incierto", si como sucede en el caso bajo estudio, la representante del Ministerio Público informa de manera específica, las referencias de su localización. En el caso de la testigo S., ya se había materializado su localización y se estaba a la espera solo de su llegada al país ese mismo día. Situación similar se daba con la ofendida. En este caso particular es importante considerar, que el Ministerio Público tuvo noticia de las dificultades en la localización de los testigos con poca antelación y no hace una petición al tribunal con el propósito de iniciar indagaciones para ver si es posible obtener alguna información que conduzca al hallazgo de los testigos; da información concreta, que dentro de lo razonable, permitía la ubicación y por ende, evacuación de la prueba testimonial admitida para el contradictorio. En consecuencia, se considera que lleva razón la representación del Ministerio Público en su protesta por violación al debido proceso; el tribunal pudo suspender nuevamente el debate, ya que incluso, se dieron actos -como la incorporación de prueba documental- que permitían disponer una nueva suspensión. En virtud de lo indicado, se declara con lugar el motivo, se anula la sentencia y el debate que le precedió, ordenándose el reenvío para una nueva sustanciación conforme a derecho."

## 7. Elementos para Prescindir de Testigos en el Proceso Penal

[Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz]<sup>ix</sup>

Voto de mayoría:

**"II. Preterición de prueba:** A folio 595, en el primer motivo interpuesto, el impugnante alega en lo conducente: *"...pero además resuelve en contra de la normativa aplicable al rechazar una prueba testimonial que había sido admitida por el Juez Penal, como son los testimonios de don M , W. y D , desechando esta prueba con base en un argumento falso, como es el de que la parte querellante se había comprometido a citarla y presentarla en juicio, resolviendo en contra del principio de libertad probatoria, pues con esas probanzas se pretendía acreditar el acto de despojo de que fué objeto la víctima , la forma clandestina en que se produjo este, aprovechando su ausencia, y demostrando con su testimonio la verdad acusada en la querrela de que los demandados e imputados alteraron los limites de los linderos y mojones con el empleo de un mapa de sitio que no es oficial y con el empleo de levantamientos de planos cuya inscripción en el Catastro fue negada. Al ocurrir esto, el Juez de instancia le negó a la parte querellante acreditar la verdad real y material."* (sic). Por esta y otras razones, solicita se case la sentencia por violación del debido proceso legal y violación del derecho de defensa, pide se anule la sentencia recurrida, se ordene nueva sustanciación y se anule el juicio que la precede. **El reclamo es de recibo en los términos que se dirán:**

**a)** Conforme con el auto de apertura a juicio de las 9:03 horas del 20 de febrero de 2009, el Juez Penal de Nicoya aceptó como prueba testimonial las declaraciones de M , W y D. (folio 468 vuelto), es decir los testigos que se reclaman como preteridos;

**b)** En el acta de debate (575 frente), se consignó en lo conducente que: *"...se rechaza la gestión presentada por el señor querellante y se prescinde de la prueba testimonial de los señores W, M. y D..."* (líneas 4 a 6). Del registro digital de la audiencia se desprende que el Juez en un primer momento trató de ubicar las notificaciones de dichos testigos, encontrando una constancia en folio 526 donde se indica que se enviaron las citaciones al número de fax perteneciente a la oficina del licenciado Alexis Fernández Zelada. Posteriormente dio lectura a lo que se indica en folio 560 del expediente, donde Leonidas Baltodano Moraga, servidor del Tribunal del II Circuito Judicial de Guanacaste, sede Nicoya, hizo constar que el 14 de octubre de 2010 se comunicó con la secretaria del licenciado Alexis Fernández Zelada, quien le indicó que le enviara las citas de los testigos L , M, y D, al fax del supracitado abogado, cuyo número es [...] , en razón de que él se encargaría de comunicarse e informarle a los mismos sobre la hora y fecha del debate, por lo que realizó dicha acción. Se indica además que con posterioridad a esa fecha, no ha tenido comunicación alguna ni con la secretaria, ni con el licenciado, ni ha recibido una solicitud por escrito o telefónica donde se pida se cite a los testigos ya mencionados a sus direcciones. Con base en la

constancia de folio 560 indicada, el Juzgador calificó como "*actos dilatorios*" la no presentación de los testigos referidos, toda vez que el representante de la parte querellante se comprometió a llevarlos el día del debate, asimismo cuestionó el hecho que nunca se suministró la dirección de los deponentes ofrecidos y que el abogado de la querellante no manifestó nada en la primera audiencia a fin que el Tribunal pudiera resolver algo al respecto, sino que es hasta la segunda audiencia cuando hace la solicitud para que sean citados mediante la Fuerza Pública. El Juez consideró que se trataba de "*dilaciones innecesarias*", indicó que el Despacho tiene una agenda muy "apretada" y que el asunto iba a ser resuelto ese mismo día para lo cual habilitaría las horas que fuesen necesaria, con base en ello rechazó los testigos prescindiendo de los mismos, agregó que no se violentaba el debido proceso toda vez que existían otros testigos con los que la querellante podía probar los hechos y además había prueba documental admitida;

**c)** posteriormente, el Juez rechazó la solicitud de la parte querellante argumentando que se violentaban los principios de inmediatez y celeridad, un poco la lealtad procesal, pues habiendo sido notificado el querellante con suficiente tiempo es hasta el momento del contradictorio que hace la solicitud. Indicó que le llamaba poderosamente la atención que no se hizo en la primera audiencia para que se le diera auxilio. Manifestó que quien tiene que generar la prueba en el sistema acusatorio es la parte, no se puede poner el Juez la camiseta del Fiscal o querellante, pues sería un perjuicio para las partes. El Juez no puede invadir la esfera de acción del querellante revisando de oficio el expediente. Manifestó que han existido un sinnúmero de dilaciones en el proceso que le llaman a ser más cauto al tomar una decisión. No va a tolerar actos dilatorios que no están debidamente justificados porque el querellante se comprometió a traerlos. Indicó que el Juez no tiene que hacerle el trabajo a las partes. Por lo que se rechaza la gestión del querellante, dado que no ha habido gestión previa, sino hasta ese momento se pide la colaboración. Reiteró que no se pueden permitir dilaciones innecesarias, ni atrasos y quebrantos al principio de celeridad e inmediatez procesal, por lo que rechazó los testigos y se prescinde de ellos;

**d)** El licenciado Alexis Fernández Zelada, apoderado especial judicial de la querellante, interpuso recurso de revocatoria el cual fue declarado sin lugar, alegando que al presentar la querrela él no se ofreció a citar a los testigos, que una vez admitidos los mismos en la audiencia preliminar, se indicó en la misma que sus calidades constan en autos y ordenándose su recepción mediante el auto de apertura a juicio, dijo que le llegaron las citas para los testigos, siendo que ha hecho todo lo humanamente posible para que comparecieran al debate, al punto que vino a la zona con varios días de anticipación y conversó con don M. y D. quienes le dijeron que iban a llegar al juicio, pero que no pudo localizar a don W. Agregó que no dijo nada en la primera audiencia porque todavía en la hora del almuerzo estaba haciendo esfuerzos para localizar a los testigos, y manifestó que la decisión del Juez afecta la necesidad del proceso de que se

averigüe la verdad real. Afirma que él no tiene la capacidad coercitiva para hacer comparecer a los testigos pero el Tribunal sí y agregó que no tiene ningún interés en atrasar el proceso porque esos deponentes son importantes para acreditar los hechos acusados en la querrela y su no recepción afectan los intereses de su representada, de allí que rechaza que esté realizando maniobras dilatorias, toda vez que es de su mayor interés que se reciba esa prueba;

e) Si bien el artículo 353 *in fine* del Código Procesal Penal faculta al Tribunal para que se prescinda de los testigos que no comparezcan al debate, para ello deben verificarse primero ciertos requisitos: **i los testigos deben haber sido oportunamente citados**, toda vez que las citas fueron enviadas al número de fax de la oficina del licenciado Alexis Fernández Zelada, representante legal de la querellante (ver folios 526 y 560), y éste ha indicado que hizo todos los esfuerzos humanamente posibles para que los deponentes admitidos asistieran al debate, entonces los testigos fueron legalmente citados para el juicio que se celebró el 1° de noviembre de 2010 en el Tribunal de Juicio del II Circuito Judicial de Guanacaste, Sede Nicoya. **ii el momento en que se solicitó la asistencia del Tribunal para hacer comparecer a los testigos referidos a estrados**, Debe recordarse que a diferencia de la presentación de incidentes u otros, los testigos supra citados no eran un tema a discutir por cuanto ya habían sido debidamente admitidos por el Juez de la etapa intermedia (folio 468 vuelto), y en la primera audiencia del debate del 1° de noviembre de 2010 se habían suscitado discusiones varias entre las partes (por ejemplo el tema de los intérpretes del idioma inglés, la resolución de la excepción de prescripción, entre otros), así como se evacuó la declaración de los imputados T. y A. (folio 574 vuelto). Al ser las trece horas, se dio inicio a la segunda audiencia, tomando declaración al co-encartado R. Precisamente cuando llegó el momento procesal de evacuar la prueba testimonial es que el abogado de la querellante informa de la situación con los testigos admitidos y solicita el auxilio del Tribunal para hacerlos comparecer por medio de la Fuerza Pública, lo que fue rechazado por el Juez por las razones ya indicadas. En primer lugar, a folio 616 del expediente, el recurrente ha fundamentado que la importancia de estos testigos estriba en que con la recepción de su testimonio podría demostrar que los hechos acusados en la querrela son ciertos y que los querellados usurparon el lote H 28 y no solamente construyeron en el lote H 25 que pertenecía a la sociedad de la cual eran personeros, de allí que -sin que esta Cámara prejuzgue acerca del fondo del asunto- es posible establecer que conforme al numeral 336 inciso c) del Código Procesal Penal, se trata de testigos relevantes para establecer la verdad real de los hechos, y estando debidamente admitidos y citados, lo procedente era evacuar la prueba admitida, y ordenar la conducción por medio de la Fuerza Pública de esos testigos, sin que sea de recibo el argumento dado por el Tribunal de que el Despacho tiene una agenda apretada y la causa tenía que quedar dirimida ese mismo día, puesto que una Justicia de calidad no puede quedar condicionada por un mero funcionalismo sujeto a una

logística burocrática, sino que debe respetar la tramitación del proceso con apego a la normativa ritual. La citación de los testigos es función del Tribunal, y las partes deberán coadyuvar para que comparezcan (artículo 324 del Código Procesal Penal). El Tribunal no se limitará a expedir las citas, sino también a recurrir a la Fuerza Pública de ser necesario, como en este caso, pues las partes carecen de esa potestad. En consecuencia, con base en lo resuelto resulta innecesario evacuar la prueba solicitada en el recurso de casación. Se anula la sentencia impugnada y el debate que la precedió. Se ordena el reenvío de la causa a la Oficina de origen para nueva sustanciación conforme a Derecho. En vista de lo resuelto, se omite analizar los otros motivos del recurso.”

## **8. Prueba Testimonial y Artículo 353 del Código Procesal Penal**

[Tribunal de Casación Penal de San José]<sup>x</sup>  
Voto de mayoría

“I. [...] En lo que se refiere a la prueba testimonial y la posibilidad que tiene el Tribunal de juicio para prescindir de ella, este Tribunal de Casación Penal ha indicado que, "el numeral 353 dispone: " *Incomparecencia. Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia. Si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba "*. De lo anterior se coligen varios postulados. El primero de ellos es que el testigo, una vez admitido, no puede unilateralmente disponer si comparece o no al debate. De acuerdo con los requerimientos de la administración de justicia tiene el deber legal de acudir al llamado del órgano jurisdiccional. Si no comparece, quien preside el debate puede ordenar la presentación, incluso mediante la utilización de medios coactivos. Es más, el legislador ha considerado que el deber de declarar como testigo es de tal relevancia para la vida en sociedad, que incluso ha previsto como hechos punibles la no comparecencia como testigo (artículo 389 inciso 3 del Código Penal) y el callar la verdad, en todo o en parte (artículo 316 del Código Penal). De allí que no existe la menor duda de la ineludible obligación del ofendido y los testigos de acudir a los llamados de la administración de justicia. La segunda premisa es que la única posibilidad de prescindir del testimonio, sin que exista acuerdo de partes, es cuando el testigo "no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública" (Tribunal de Casación Penal, Voto No: 2006-0487, de las 8:45 horas del 26 de mayo de 2006). En el presente caso, mediante resolución de las 15:30 horas del 29 de setiembre de 2009, el Juzgado Penal del I Circuito Judicial de la Zona Atlántica admitió los testimonios de R. y RE. (folio 67). En la fecha programada para el debate no se hicieron presentes los referidos testigos y la fiscalía prescindió del testigo RE , no así de R , pues adujo que el mismo había sido localizado

y citado y era de su interés que se presentara al debate (folio 83 vuelto). En razón de lo anterior, la representante del Ministerio Público solicitó la suspensión del debate y ella misma gestionó una orden de presentación en contra del citado testigo (folio 88 y 139). En la fecha fijada para la continuación no se hizo presente el deponente, a pesar de que éste había sido citado, por lo que el juez, a solicitud de la defensa y con la oposición de la fiscalía, prescindió de la prueba y procedió a dictar la sentencia absolutoria ( Acta de debate de folios 90 y 91 ). Así las cosas, resulta evidente que el testigo propuesto y admitido fue localizado, pero que no se hizo presente al debate. De donde no resultaba procedente prescindir de él sin la anuencia de todas las partes. Se trata de una prueba esencial, al punto que el propio juzgador en el fallo señala que la ausencia del testigo motivó el dictado de la sentencia absolutoria. De lo expuesto se determina que la prueba, una vez admitida, no puede prescindirse sin el acuerdo de todas las partes. Solamente cuando no es habida puede el juez prescindir unilateralmente de ella. En cuanto al testigo, en tesis de principio, el mismo se encuentra obligado a comparecer ante el llamado de las autoridades jurisdiccionales, quienes incluso pueden hacer uso de la fuerza para presentarlos al juicio. En consecuencia, al existir el vicio reclamado se declara con lugar el motivo del recurso de casación interpuesto por la representación del Ministerio Público.”

## **9. Responsabilidad del Juez por la Comparecencia de Testigos al Proceso Penal**

[Sala Tercera]<sup>xi</sup>  
Voto de mayoría

**Único.** La representante del Ministerio Público presentó recurso de casación contra el fallo dictado por el Tribunal de Juicio del Tercer Circuito Judicial de San José, a las 16 horas, del 6 de enero del 2009, en la que fue absuelto D. B. S., por los delitos de robo agravado y abuso sexual que se le achacaron como cometidos en daño de A.C.G. A criterio de la quejosa, el a quo infringió el artículo 353 del Código Procesal Penal, que le impone el deber de asegurar la presencia de los testigos admitidos para el debate, pues descargó ese deber en el Ministerio Público, advirtiéndolo el 1 de diciembre del 2008 que, si estos no se presentaban en la continuación programada para el día 16 subsiguiente, se prescindiría de los mismos, ya que, habiendo el Tribunal expedido las citaciones, era resorte del órgano fiscal presentarlos al juicio. El día 16 de diciembre, al abrirse la continuación, ante la ausencia de los dos testigos de cargo y de la propia ofendida, el a quo prescindió de los mismos, lo que condujo a la absolutoria que censura la petente, toda vez que por falta de prueba hubo de liberarse de responsabilidad al imputado, lo que demuestra que tales probanzas eran esenciales. Lleva razón la recurrente. A folio 132, indica la sentencia que “...no estando presente la prueba testimonial que fue debidamente citada para la realización de la primera

*audiencia y de los cuales, al término de esa audiencia se emitió la orden de presentación correspondiente de los testigos propuestos por el Ministerio Público —ver órdenes de presentación a folios 114 a 119-, en razón de todo lo cual, el tribunal procede a prescindir de los testimonios”* . Una decisión como esta revela una mala comprensión por parte de los juzgadores sobre los alcances del artículo 353 del Código Procesal Penal, que a la letra dice: *“Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia. Si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba”*. Como se puede comprobar, este precepto dispone que es deber del Tribunal asegurar que el testigo que no comparezca al juicio habiendo sido debidamente citado, sea presentado incluso con el empleo de la Fuerza Pública. No es tarea de la parte hacerlo. Esta debe colaborar, pero no asumir las funciones de dirección coactiva que competen al Tribunal y de la cual las partes por definición carecen. Probablemente, los Juzgadores se llamaron a error por tratarse la parte interesada del Ministerio Público, el cual tiene facultades coercitivas en ciertas hipótesis, pero esta no es una de ellas, sino que la ley la otorga al Tribunal, que es el encargado de hacer comparecer a los declarantes. Ahora bien, nótese que no se está ante la previsión del párrafo segundo, la cual autoriza a prescindir de la prueba cuando el testigo no puede ser localizado, pues en este asunto sí se tiene las direcciones donde esas personas pueden ser halladas, como consta en las órdenes de citación. Si es que esas citaciones eran viables o no, era algo que había que constatar, mas no simplemente prescindir de la prueba. La situación es especialmente sensible si se toma en cuenta que tales probanzas eran esenciales. El propio a quo reconoce en la sentencia que, a falta de esa prueba, sólo podía absolverse al acusado (foliol34). El otro aspecto que pareciera no haber sido correctamente comprendido por el a quo, es el tema de fondo; a saber, que se está ante el ejercicio de una potestad pública, como componente de la Administración de Justicia (y que, tratándose de un asunto penal, es asimismo de interés público), por lo que, independientemente de la actitud de las partes o su eventual indolencia e incuria (que no es el caso que nos ocupa), habiéndose determinado que el testimonio en cuestión es relevante, la observancia de la función pública imponía que la Administración de Justicia procurara su evacuación. Por ende, debe declararse con lugar el recurso, anulando el fallo y el debate que lo precedió, disponiendo el reenvío para nueva resolución.”

## 10. Comparecencia en Debate, Deber de Impartir Justicia, Convención de Belém do Pará y Re-Victimización de la Mujer

[Tribunal de Casación Penal de Cartago]<sup>xii</sup>  
Voto de mayoría

“II. Como primer motivo se acusa **falta de fundamentación del fallo**, el Fiscal alega que si bien la víctima en esta causa no quiso contar lo sucedido, el Tribunal declaró inevaluable su testimonio para no revictimizar más a la parte ofendida citando la Constitución Política y normativa internacional, sin embargo el artículo 353 del Código Procesal Penal establece que el presupuesto para no evacuar una prueba testimonial o prescindir del mismo aplica cuando el testigo no puede ser localizado, siendo que en el caso concreto aunque la perjudicada no quería narrar lo que ya había dicho en varias oportunidades, esta situación desafortunadamente es parte de la revictimización que sufren las ofendidas al anularse un juicio, pero ello no es causa para ordenar inevaluable una prueba testimonial. En criterio del reclamante, por lo acontecido en el plenario se está fomentando una revocatoria solapada de instancia en delitos sexuales. Se reclama que si se hubiese hecho acompañar a la víctima con profesionales en psicología, se hubiese contado con un indicador técnico que permitiría en forma fundada prescindir del testimonio de la parte afectada. El segundo reclamo intitulado **inobservancia de la norma procesal y violación al debido respeto**, es prácticamente idéntico al primero, razón por la que ambos se resuelven de manera conjunta. Se solicita declarar con lugar el recurso, anulando la sentencia, ordenándose el reenvío para una nueva sustanciación conforme al artículo 450 del Código Procesal Penal. **El reclamo es procedente en los términos que se indicarán**: El numeral 7 inciso f) del articulado de la Convención do Belém do Pará dispone con relación a las obligaciones del Estado que: *“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; establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces,”* este Tribunal es consciente de las dificultades que entraña una situación como la que se ha presentado en este caso donde la víctima no quiere declarar, ya que es necesario resolver el caso en procura de justicia y a la vez no causar mayor daño a quien se presenta como ofendida, sin embargo, ello no es óbice para confundir roles o establecer excepciones no previstas expresamente en la normativa procesal nacional o bien los instrumentos internacionales, y es que debe quedar claro que en criterio de esta Cámara, la víctima de este delito sexual no se encuentra cobijada por ninguna de las excepciones previstas en el ordinal 205 del Código Procesal Penal que prevé quienes pueden abstenerse de declarar siendo testigos, ello no implica que no se reconozca el dolor que padece la persona ofendida en estas circunstancias procesales, por lo cual deberá procurarse tomar una decisión articulada sobre si se prescinde o no

de su testimonio, pero esta prerrogativa corresponde a las partes y no al Tribunal, quien está obligado a evacuar su testimonio en la medida de lo posible. Una vez dilucidado el punto planteado en la impugnación respecto al equilibrio entre la no revictimización de la ofendida y el deber de administrar justicia conforme a Derecho, se parte en la causa que nos ocupa del hecho que no se cuenta con la declaración de la perjudicada, sin embargo los Jueces tenían a su disposición otros medios probatorios, los cuáles -de manera contradictoria- mencionan en el fallo, e incluso indican que los mismos *“dan parte de la posible existencia de varios delitos de violación cometidos en perjuicio de la agraviada...”* (ver folio 217, líneas 26 y 27), siendo que en realidad no analizan ni contrastan esas probanzas con el fin de motivar intelectivamente la sentencia aún sin contar con la versión de la ofendida, ello ocasiona un vicio *in procedendo* evidente que no puede soslayarse con una inclusión hipotética por parte de esta Cámara, ya que ello implicaría sustituir la instancia en este caso particular, siendo que la decisión debe tomarla el Tribunal que evacua directamente la prueba y bajo el principio de contradictorio. Por ende, sin que este Tribunal resuelva acerca del cómo debe decidirse esta *litis*, siendo que el fallo es omiso en la fundamentación intelectual de la totalidad de las probanzas y que la cita que de ellas se hace contradice lo resuelto conforme a la derivación lógica, se declara con lugar el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía, se anula el debate y la sentencia impugnada, se ordena el reenvío de la causa para nueva sustanciación ante el Tribunal de origen.”

## **11. Facultades del Ministerio Público en Cuanto a la Comparecencia de Testigos**

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]<sup>xiii</sup>  
Voto de mayoría

**“XII. QUINTO MOTIVO (forma).** [...] Tampoco el Ministerio Público no ha realizado ninguna actuación arbitraria al obligar a la víctima a comparecer a debate, sino que simplemente cumplió con su deber, arriesgándose más bien a que la víctima cambiara su declaración modificando el contenido contra los intereses del órgano acusador. El numeral 353 del Código Procesal Penal dispone que *“Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia. Si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba”*. En igual sentido el numeral 208 *ibidem*. La ley procesal autoriza incluso la privación de libertad de un testigo cuando haya fundado temor de que se oculte o se fugue, ello por el tiempo necesario para recibir su declaración, privación de libertad que no podrá exceder de veinticuatro horas (ver art. 210 del Código Procesal Penal). La testigo J.A.C.H. era localizable por lo que debía comparecer a declarar a debate o bien debía hacérsela

comparecer por el Tribunal y por la parte proponente, tal y como se hizo. Tales circunstancias en que declaró la víctima, lejos de generar empatía hacia el Ministerio Público hubieran provocado animadversión, por lo que no es admisible que en tales circunstancias se diga, como lo hace la recurrente, que el Ministerio Público se había constituido en apoyo de la víctima, cuando el interés del proponente de la prueba era que la ofendida declarara, a pesar de que su voluntad era no hacerlo. Tal alegato es definitivamente contrario a las reglas de la sana crítica y por ello improcedente. En todo caso, debe señalarse que la simple sospecha de que la ofendida pudo haber sido complaciente con la parte acusadora, de ninguna manera hace desaparecer ni debilita la valoración dada por el Tribunal de Juicio de su declaración, la que como se ha visto (tercer motivo del recurso de casación interpuesto por el imputado) es amplia y se apoya tanto en los aspectos que pudo apreciar el Tribunal a partir de la inmediación de la prueba, como en el contenido del relato y su consistencia. Así las cosas, por todas las razones dichas se rechaza el quinto motivo del recurso de casación interpuesto por la Defensa Técnica.”

## **12. Incomparecencia de Testigos en Materia Penal Juvenil**

[Tribunal de Casación Penal De San José]<sup>xiv</sup>  
Voto de mayoría

“II. [...] En el presente asunto se acusó al encartado R. S. S, por la presunta comisión del delito de Homicidio Calificado cometido en perjuicio de Salvador Morales Bustos. En la sentencia recurrida se absuelve al imputado de toda pena y responsabilidad al estimar que los elementos de prueba fueron insuficientes para establecer el juicio de certeza requerido para un fallo condenatorio. Particularmente lo relacionado con la identificación del imputado como uno de los partícipes del hecho. No obstante lo anterior, conforme lo reclama la impugnante, la sentencia contiene algunos vicios de gravedad que ameritan su ineficacia. El primero y más grave de ellos es el relacionado con los argumentos con los cuales se intenta desvirtuar el acta de reconocimiento de folio 562 a 565. Conforme a esta prueba, la cual, según lo disponen los artículos 334 inciso b) y 354, ambos del Código Procesal Penal, es una prueba válida e incorporable al debate por lectura, la que además fue recibida conforme a las reglas propias de la materia, con participación e intervención de todas las partes (ver folio 363), la testigo L. d. L. A. C. J, de manera clara, firme y concluyente reconoció al imputado como uno de los autores del Homicidio investigado. Prueba que fue incorporada al debate, a pesar de que la testigo, una vez presentada a la audiencia, por razones que se desconocen, se negó sistemáticamente a declarar (folio 715 vuelto y 716). Sobre esta temática, este tribunal en el voto 2006-0487, de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del veintiséis de mayo de dos mil seis, indicó que si bien " *La Ley de Justicia Penal Juvenil no contempla lo relacionado con la citación e incomparecencia de testigos,*

por lo que debemos remitirnos a lo dispuesto en el Código Procesal Penal. Sobre el particular el numeral 353 dispone "Incomparecencia. Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia. Si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba". De lo anterior se coligen varios postulados. El primero de ellos es que el testigo, una vez admitido, no puede unilateralmente disponer si comparece o no al debate. De acuerdo con los requerimientos de la administración de justicia tiene el deber legal de acudir al llamado del órgano jurisdiccional. Si no comparece, quien preside el debate puede ordenar la presentación, incluso mediante la utilización de medios coactivos. Es más, el legislador ha considerado que el deber de declarar como testigo es de tal relevancia para la vida en sociedad, que incluso ha previsto como hechos punibles la no comparecencia como testigo (artículo 389 inciso 3 del Código Penal) y el callar la verdad, en todo o en parte (artículo 316 del Código Penal). De allí que no existe la menor duda de la ineludible obligación del ofendido y los testigos de acudir a los llamados de la administración de justicia. La segunda premisa es que la única posibilidad de prescindir del testimonio, sin que exista acuerdo de partes, es cuando el testigo "no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública".(...). De lo expuesto se determina que la prueba, una vez admitida, no puede prescindirse sin el acuerdo de todas las partes. Solamente cuando no es habida puede el juez prescindir unilateralmente de ella. En cuanto al ofendido y los testigos, en tesis de principio, los mismos se encuentran obligados a comparecer ante el llamado de las autoridades jurisdiccionales, quienes incluso pueden hacer uso de la fuerza para presentarlos al juicio. Desde luego, que ésta posibilidad debe verse con mucha cautela y aplicarse excepcionalmente a fin de evitar la revictimización. No se trata de aumentar el daño sufrido por el ofendido o provocar más violencia con la aplicación de la ley. Se pretende que el juzgador aplique los principios de razonabilidad y proporcionalidad que son consustanciales al derecho penal. Especialmente en el Derecho Penal Juvenil, donde, además de los principios propios del derecho penal, se aplican otros principios específicos. De acuerdo a la normativa vigente en nuestro país, las personas menores de edad son sujetos de derechos y obligaciones y el Estado debe velar por su integridad física y moral. Nuestro país ha incorporado esta protección Integral no sólo dentro de la legislación constitucional sino también en la legislación ordinaria. A nivel constitucional, el artículo 51, dispone la obligación del Estado de proteger integralmente a las personas vulnerables, entre ellas, a las personas menores de edad. Incluso, en el artículo 55 de ese mismo cuerpo normativo, crea una institución autónoma encargada no sólo de velar por los derechos sino exigirlos a través de los medios legales establecidos dentro del ordenamiento jurídico costarricense. Siempre dentro del bloque de constitucionalidad tenemos el artículo artículo 3, párrafo primero de la Convención de los derechos del Niño que establece "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". Por su parte el artículo 19 de la misma convención dispone: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial". Dentro de la legislación especializada el artículo 5 del Código de la Niñez y Adolescencia establece el "Interés Superior" como principio rector en la aplicación e interpretación de la ley, para lo cual las autoridades deben considerar su condición de sujeto de derechos y responsabilidades, su edad, madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, la condiciones económicas, el interés individual y social. Norma que se complementa con el artículo 24 de la misma ley que tutela el "Derecho a la integridad. Las personas menores de edad tendrán derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Este derecho comprende la protección de su imagen, identidad, autonomía, pensamiento, dignidad y valores". Todo esto se complementa con las Reglas Prácticas para reducir la revictimización de las Personas Menores de Edad en los Procesos Penales, emitida por la Corte Plena en el artículo XI de la sesión No: 28-02 del 24 de junio de 2002. En dichas reglas se establecen directrices específicas y obligatorias en cuanto al manejo de las víctimas menores de edad en los procesos penales. Dentro de ellas se destacan los principios de Interés Superior del Niño, la celeridad, la privacidad, la confidencialidad, el consentimiento informado entre otros. Sin embargo, en lo que aquí interesa conviene transcribir los puntos XVI y XVII de dicho acuerdo, en donde se dispuso: "VI.- Referencia técnica en casos de abuso sexual. En los casos de abuso sexual el niño, niña o adolescente ofendido, el juez o la autoridad judicial que corresponda deberá ser remitido, con la mayor brevedad posible, al Programa de Atención a la Violencia Sexual Infanto-Juvenil del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial o, en su defecto, considerar la posibilidad que la persona menor de edad sea atendida por profesionales del Patronato Nacional de la Infancia y/o de la Caja Costarricense de Seguro Social. En todos aquellos casos donde el perito forense recomiende tratamiento psicológico para las víctimas de abuso sexual niños, niñas o adolescentes, el Fiscal, al rendir sus conclusiones en la etapa de juicio, deberá solicitar al Tribunal que en sentencia se ordene el Patronato Nacional de la Infancia brindar ese tratamiento. El juez podrá también dictarlo de oficio. Para tales

*efectos, el Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial hará un estudio y se levantará un listado de las oficinas del PANI y CCSS del país, así como de organizaciones no gubernamentales, para tener alternativas de atención a los niños, niñas o adolescentes. XVII.- Personas menores de edad testigos en delitos. En delitos en los que se cuente con testigos niños, niñas o adolescentes, estos contarán con todas las garantías establecidas para el caso de personas víctimas menores de edad". De lo anterior se colige la importancia que el ordenamiento jurídico le concede a la víctima y sus derechos. Por eso, lo pertinente es que una vez que la autoridad se imponga de la existencia de una agresión sexual, remita a la víctima al Programa de Atención a la Violencia Sexual Infanto*

*- Juvenil del Poder Judicial con el fin de que le brinde el abordaje requerido y hagan las remisiones pertinentes. Incluso se hagan las coordinaciones necesarias para que pueda recibir tratamiento terapéutico, si lo requiere. Se trata de atender integralmente a la víctima y concientizarla respecto a la importancia de contar con su declaración en las distintas fases del proceso. Si después de brindarle la atención requerida, la víctima, de manera libre y voluntaria, no desea continuar con el proceso o no quiere presentarse a juicio y declarar, corresponderá al juez, con aplicación de los principios específicos de la justicia penal juvenil y los generales del derecho penal, de razonabilidad y proporcionalidad, el determinar si lo obliga o no a presentarse al debate. No consta en autos que ninguna de las autoridades judiciales que conocieron del proceso, remitiera a la víctima al programa señalado o que le hicieran alguna de las coordinaciones requeridas". En el caso que nos ocupa, no existió un adecuado abordaje y tratamiento para los testigos del caso y su eventual protección, lo que redundó en la negativa de alguno de ellos para declarar en el debate. Ello incluso a costa de la posible comisión de un delito grave por negarse a narrar lo que conoce del hecho. Independientemente de lo anterior, lo cierto y relevante es que esa testigo compareció a un reconocimiento judicial en el cual identificó plenamente al acusado. No obstante lo anterior, en la sentencia recurrida, el tribunal resta credibilidad a dicha diligencia probatoria, por cuanto en un informe policial (visible de folios 1 a 4), consta una entrevista practicada por la policía donde "...doña L. C. M. de 19 años, misma dirección, quien ratifica lo dicho por su hermana.- Y resulta ser que en el hecho tercero, mismo documento se entrevista a las jóvenes (sic) L. C. J., de 18 años, de nacionalidad nicaraguense, (sic)...indicando que se encontraba viendo la novela, a eso de las 15:30 horas, en el segundo piso de su vivienda y escucho (sic) una bulla fuera de su casa por lo que su hermana L. C, se asomo (sic) y posteriormente ella, donde logra observar a varios jóvenes (sic) golpeando (pateando) al señor Morales Bustos, identificando a los sujetos como: Un hombre conocido con el sobrenombre de P, a otro de nombre E. O. C, mismos que son mayores y el último R. A. S. S. de 17 años de edad, los dos primeros vecinos y el tercero S. S. había sido su novio. Agrega que el primero P, apuñaleo a Morales Bustos,*

*el segundo Oconitrillo Chinchilla lo golpeo (sic) con un palo y S. S. con unas piedras en el pecho y en la cabeza..."*

(folio 749 frente y vuelto). Para el tribunal, el reconocimiento practicado por esta testigo es contradictorio con la "entrevista" incorporada a través del informe policial. Resulta evidente el vicio reclamado por la representación del Ministerio Público. En primer lugar, se contraponen una prueba legítimamente incorporada por lectura y autorizada por el ordenamiento jurídico, como es el acta de reconocimiento, con una "entrevista" policial, lo cual expresamente se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico, según lo dispone el artículo 334 del Código Procesal Penal. No puede argumentarse que dicha entrevista se encuentra inmersa dentro de un informe policial, pues aunque ello es correcto, el ordenamiento jurídico es uno sólo y las normas deben interpretarse de manera integral. De allí que sí no se pueden incorporar las entrevistas que realiza el Ministerio Público, mucho menos las que practica la policía. En segundo lugar, el señor Juez Penal Juvenil señala la existencia de una grave contradicción entre ambas piezas, pero en ningún lado expone o señala en que consiste esa contradicción. Del estudio de ambos documentos, ésta Cámara no encuentra la contradicción indicada. En efecto, de los documentos de folios 562 a 565, ya citado, se tiene claro que la testigo reconoció al imputado como "*uno de los participantes en el ilícito*", mientras que en la entrevista con la que se contrasta ese reconocimiento se indica que tanto la testigo como su hermana se asomaron por la ventana y observaron cuando varios jóvenes asesinaron al ofendido, siendo uno de ellos el encartado S. S, a quien conocían plenamente, quien no sólo estuvo presente, sino que también participó en la acción agrediendo a la víctima con piedras en el pecho y cabeza. Conforme lo anterior, el juzgador no sólo incorpora ilegalmente una entrevista, sino que además, las conclusiones a que llega no derivan de la misma. El otro argumento esgrimido por la recurrente es con relación a la valoración del testimonio de Mario Murillo Barquero. De acuerdo con el sumario de prueba contenido en la sentencia (folios 741 vuelto y 742 frente), este testigo reconoció que efectivamente, entre el ofendido y el imputado existió un conflicto previo, donde el primero sacó un arma blanca y amenazó al segundo, quien se defendió con piedras. Señaló que posteriormente, entre varios, sin especificar quiénes, mataron al ahora occiso. Aunque su declaración es bastante imprecisa, lo cierto es que no refiere que en ese momento haya existido ninguna confrontación, cuerpo a cuerpo, entre ambos y mucho menos que alguno de ellos hubiera salido herido. Más bien, de la propia declaración pareciera deducirse que el imputado se fue del lugar y el ofendido fue abordado y agredido por otras personas que quedaban en el lugar. No obstante lo anterior, cuando el imputado es detenido, el mismo día de los hechos, sus ropas se encuentran manchadas de sangre, por lo que se procede inmediatamente a su decomiso (folio 6). Posteriormente, cuatro días después, esa evidencia es remitida al Laboratorio de Ciencias Forenses (folio 70) que en el dictamen de folios 83 a 90

determina que la sangre que se ubicó en el boxer del encartado tiene una probabilidad de 1373700000000000 de que corresponde al occiso. Sobre este particular el tribunal se limita a señalar que si bien la sangre corresponde al ofendido, el Ministerio Público no ofreció prueba suficiente para acreditar que *"..por la existencia de esa sangre en la prenda del acusado, éste sea el autor del Homicidio Calificado en perjuicio de Salvador Morales Solano.."*

(folio 748 vuelto). Conforme se reclama en el recurso, el tribunal hace un análisis incompleto de la prueba. No relaciona esta pericia con el dicho del testigo de la defensa, señor Murillo Barquero respecto a la existencia de un conflicto previo entre las partes. Tampoco se pondera que este testigo no refirió que entre ellos se diera un intercambio de golpes, pues según su dicho en el debate (folio 741), entre ellos había una distancia como la que existe del sitio en que se ubica el testigo en la sala de audiencias y el lugar donde se ubica el juzgador. De allí que resultaba importante determinar la razón por la cual el imputado, luego del homicidio presenta sangre del ofendido en el boxer. Lo propio ocurre con el reconocimiento, que, como se dijo, fue excluido sin justificación razonable. Por lo expuesto y al existir el vicio reclamado, lo procedente es declarar con lugar el recurso interpuesto, anular la sentencia y el debate que le precedió y ordenar el reenvío para la nueva sustanciación."

### **13. Incomparecencia de Testigo No Localizado**

[Tribunal de Casación Penal de San José]<sup>xv</sup>  
Voto de mayoría:

**"II. [...]** Dos normas son de obligatoria cita para resolver la inconformidad planteada por la señora fiscal, en primer lugar el artículo 336 del Código Procesal Penal, que establece: *"La audiencia se realizará sin interrupción, durante las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su terminación; pero, se podrá suspender por un plazo máximo de diez días, en los casos siguientes: (...) c) Cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable, salvo que pueda continuarse con la recepción de otras pruebas hasta que el ausente sea conducido por la fuerza pública."*

Por otra parte, el numeral 353 que dispone: *" Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia. Si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba."*

Como se observa, aún cuando las dos normas hacen referencia a la suspensión de la audiencia frente a la incomparecencia de un testigo, también mencionan el uso de la fuerza pública para su conducción al debate, lo que sin duda presume en esos supuestos, la necesaria existencia de un domicilio o lugar donde resulta localizable la persona (lugar de trabajo, estudio, etc.); tanto es así que en el artículo 353 *in fine*, se alude a la prescindencia de esa prueba si no puede ser ubicada; de manera que el plazo de suspensión de ninguna forma podría interpretarse como un período adicional para las partes -en este caso Ministerio Público- para hacer esfuerzos por localizar a una persona, sea testigo, perito, etc. A folio 62 del expediente consta una razón del citador, recibida por el Tribunal del II Circuito de la Zona Atlántica, el 27 de marzo del 2007, donde se indica que la testigo Yenory Castro Robles se fue del lugar, no siendo posible tampoco citar los otros testigos, pues eran localizables por su medio. Al realizarse el debate, el día 28 de junio del 2007 (es decir, tres meses después) la representante del Ministerio Público solicita la suspensión del debate con el propósito de indagar otras vías para la localización de los testigos, petición que le fue rechazada por el tribunal de mérito, precisamente, porque -conforme con el artículo 353- no se tenía noticia de ningún domicilio donde se pudiera citar la señora Castro Robles y en consecuencia, los otros testigos. Deberá el Ministerio Público considerar que pese a las elevadas cargas laborales - comunes en la mayoría de despachos judiciales del país- en este caso, desde hacía tres meses existía una constancia alertando sobre el cambio de domicilio de los testigos admitidos para el debate, es más, a folio 43 del expediente, ya se le había comunicado a la fiscal a cargo (con fecha de recibido del 13 de junio del 2005) esa circunstancia; en consecuencia esa situación no podía tomar de sorpresa a ninguna de las partes intervinientes en el juicio, quienes de previo al contradictorio y como parte de una adecuada preparación al mismo, deberían tomar las medidas pertinentes. *Ergo*, en el *sub judice*, los Juzgadores actuaron conforme a Derecho, sin que exista ninguna violación al debido proceso tal y como lo reprocha la representante del Ministerio Público. El Tribunal de instancia se limita a facilitar los medios para localizar los testigos admitidos y propuestos por las partes (cfr. artículo 324 del Código Procesal Penal), no tiene tampoco la obligación de notificar a las partes sobre la no localización de los testigos o peritos admitidos (aunque es una práctica común y muy sana en algunos despachos, con el afán de asegurar la realización de los debates) no obstante, en esta hipótesis quien solicita la suspensión lo hace con el propósito de iniciar indagaciones para ver si es posible obtener alguna información que conduzca al hallazgo de los testigos (como consta a folio 68, acta de debate), lo que resulta improcedente y contrario al principio constitucional de justicia pronta y cumplida, en un proceso tramitado desde 2001 y que el Ministerio Público mantuvo bajo su control hasta el año 2005 ( cuando finalmente decide confeccionar la acusación, no obstante que desde el 2002 no existían nuevas gestiones), fecha en la cual incluso, como ya se indicara, tenía conocimiento de la partida de la señora Yenori Castro Robles del

domicilio inicialmente proporcionado (cfr. 43). Por las razones expuestas no se acoge el motivo planteado.”

#### 14. Responsabilidad del Juzgador de Aplicar las Medidas Posibles en Procura de la Efectiva Declaratoria de los Testigos en el Proceso Penal

[Sala Tercera]<sup>xvi</sup>

Voto de mayoría

“II. [...] De la sola lectura de la sentencia que se impugna, se entiende con suma claridad que la recurrente lleva razón en sus argumentaciones. Asimismo, aunque no se alega directamente, del estudio de las actas de debate, nos encontramos con un grave error en los procedimientos que impone su conocimiento de oficio por parte de este ente, por cuanto uno de los testigos admitidos para el juicio, GP, ofrecido por la fiscalía y quien, según se informó en la etapa procesal correspondiente, conocía detalles del homicidio investigado por haberlo escuchado de los acusados, no fue recibido durante el contradictorio en virtud de una decisión incorrecta adoptada por el órgano sentenciador. Así, consta en el acta de debate, visible a folio 331 que, concedida la palabra al representante del ente fiscal, este manifestó: *“...efectivamente con la ayuda de la fuerza pública (sic) y del O.I.J. hemos tratado de localizar al testigo...GP se encuentra en Panamá y regresa hasta el martes. Es por eso que solicito se suspenda el debate a fin de presentar a declarar al testigo...Tribunal: restaría la declaración de GP, se comprometería la representante del ministerio público (sic) a presentar a este testigo, no obstante al no comparecer se prescindiría de él. Se procede a incorporar la prueba documental...”*. Esa decisión de los Juzgadores devino, a todas luces, en arbitraria toda vez que, no sólo aquellos obviaron su responsabilidad de citar al deponente, sino porque el ente fiscal había solicitado la suspensión del juicio, al haber ubicado al testigo y tener expectativas de su vinculación a estrados judiciales. No obstante, el Tribunal, sin que conste imposibilidad para no acceder a lo peticionado, optó simplemente por prescindir del deponente. Sobre situaciones similares, esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en el sentido de que es el Tribunal y no las partes, el llamado a cumplir con esa labor, entendiendo que: *“...se debe aclarar como el artículo 353 del Código Procesal Penal al que hacen referencia los juzgadores, dispone: “Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, **quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública** y solicitará a quien lo propuso **que colabore con la diligencia... Si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba...”**. Acorde con el contenido de la norma, no es posible obviar que el Tribunal y no la parte, es el obligado a hacer comparecer al testigo debidamente citado, contando para ello con el auxilio de la fuerza pública y no como se interpreta al atribuir ese deber exclusivamente a la parte que ofrece la prueba, quien lo*

*que debe hacer es colaborar, lo que en este caso fue evidente dada la orden de comparecencia expedida por la funcionaria del Ministerio Público, así como su comunicación constante con la Oficina de Localizaciones y Citaciones, que al haber logrado ubicar al testigo hizo innecesario el tener que acudir a la fuerza pública como último recurso...”(Resolución 2007- 00004 a las 9:10 [sic] horas de 19 de enero de 2007. Ver en igual sentido, resolución de esta número 2007-00017 de las 10:50 horas de esa misma fecha.)”*

## **15. La Comparecencia de Testigos como Elemento Integrante del Debido Proceso Penal**

[Sala Constitucional]<sup>xvii</sup>

Voto de mayoría

**“I. OBJETO DEL RECURSO.** El recurrente alega que pese a que el tutelado presenta diversos problemas de salud, el Tribunal Penal de Heredia lo obliga a asistir a las diferentes audiencias que se han realizado en el juicio que se tramita en su contra por el delito de Homicidio Calificado en perjuicio de Parmenio Medina Pérez.”

**“...III. SOBRE LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL PENAL PARA ASEGURAR LA REALIZACIÓN DEL JUICIO ORAL Y PÚBLICO.** De las garantías judiciales establecidas en normas supranacionales tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8), se puede desprender, entre otras, el derecho a un juicio público, 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”*, entre otras. Durante el juicio entran en juego principios tales como el de oralidad (artículo 333 del Código Procesal Penal), el de publicidad (artículos 326 y 330 del Código Procesal Penal) que garantiza la transparencia de la decisión del juez, y el de inmediación que permite a dicho juzgador tener una relación cercana con las partes, los testigos, los peritos y demás intervinientes (artículo 328 del Código Procesal Penal, ver en ese mismo sentido la sentencia No. 1739-92 del 1° de julio de 1992). Precisamente, para garantizar el desarrollo del debate oral y, con ello, el respeto de dichas garantías, se necesita asegurar la presencia de las partes, para lo cual el Tribunal competente posee *“las medidas necesarias para organizar y desarrollar el juicio público”* (artículo 324 del Código Procesal Penal). Entre ellas, el Tribunal de Juicio puede hacer comparecer al imputado, a los testigos, o a los peritos, por medio de la Fuerza Pública, si su presencia fuera necesaria y éstos se rehusaran a presentarse (artículo 353 del Código Procesal Penal).

**IV. CASO CONCRETO.** De acuerdo al informe rendido por los jueces del Tribunal de Juicio de Heredia y los hechos que se tienen por demostrados, se acredita que en las reiteradas ocasiones en las que el tutelado ha manifestado que tiene algún problema

de salud, durante el juicio tramitado en su contra, el Tribunal recurrido ha tomado, de inmediato, las acciones necesarias para que sea valorado y atendido por el médico de empresa y la medicatura forense. Además, contrario a lo alegado por el recurrente, el juicio ha sido suspendido para la valoración médica del imputado, cuando éste se ha quejado de algún malestar en las diversas audiencias, desde el 18 de octubre del 2006 al 16 de julio del 2007. Incluso, el tutelado fue incapacitado por cinco días para asistir a juicio, a partir del 3 de julio del 2007, tiempo durante el cual el debate estuvo suspendido. Con base en lo expuesto, considera la Sala que el recurrente no lleva razón en sus alegatos. En primer lugar, debe recalcar que el tutelado tiene el deber de presentarse al juicio y el Tribunal tiene la potestad de hacerlo comparecer por la fuerza, si mostrara renuencia en asistir al mismo. Ahora bien, si el tutelado considera que existen causas justificadas para no asistir a alguna audiencia, deberá gestionar lo pertinente ante el propio Tribunal de Juicio de Heredia, a quien le corresponde valorar su situación particular. En este caso, está demostrado que el Tribunal de Juicio de Heredia ha resguardado, en todo momento, el derecho a la salud del tutelado a lo largo del juicio y ha ordenado la suspensión de las audiencias en las que ha considerado necesario ordenar su valoración médica. Como corolario de lo anterior, el recurso debe declararse sin lugar, debiendo el tutelado atenerse a lo ordenado por el Tribunal recurrido.

**V. CONCLUSIÓN.** Como corolario de lo expuesto, se impone declarar sin lugar el recurso. El Magistrado Solano y la Magistrada Calzada salvan el voto y declaran con lugar el recurso con sus consecuencias.”

## **16. Incomparecencia de Testigos y Anticipo Jurisdiccional de Prueba**

[Sala Tercera]<sup>xviii</sup>  
Voto de mayoría

**“El reclamo debe ser declarado con lugar.** Tal y como lo señala la recurrente, se observa que el Tribunal declaró ineficaz el anticipo jurisdiccional de prueba de la declaración de la deponente N. , al entender, en síntesis, que: (a) la testigo debió considerarse imputada en virtud de que existía una información anónima que la señalaba como una de los autores del homicidio investigado, incluso, con su nombre completo, por lo que su declaración debió haber sido tomada con todas las garantías que establece la Constitución y el Código Procesal Penal para los acusados de un delito, lo que afectó directamente su derecho de defensa, e, indirectamente, la defensa del acusado. En ese sentido, consideraron los Juzgadores que lo procedente era que el Ministerio Público gestionase la aplicación de un criterio de oportunidad por mínima participación. (b) No se destaca que existiera, de conformidad con el artículo 293 del Código Procesal Penal, un obstáculo difícil de superar como para presumir que el testimonio de N. no podía recibirse en juicio, máxime que no se determinó que

estuviese incapacitada para rendir ese testimonio o fallecida, y que el hecho de que fuese drogadicta no implica por sí mismo que no pudiese declarar, pudiendo someterse a un proceso de desintoxicación previa para asegurarse su estado en juicio, además de que no existe un criterio pericial que determine la imposibilidad de N. de encontrarse en una situación de incapacidad total por esa circunstancia, y que, tampoco costaba hacerle un examen que determinara su condición de adicta cuando fue recibida su declaración, incluso para acreditar que la prueba no estuviere contaminada por la posible indisposición de quien declaraba. Agregan los Juzgadores que tampoco se investigó la participación del tercer sujeto, a fin de corroborar la versión de N. (Cfr. folios 295 vuelto a 297) (c) Finalmente, se entendió también que no se probó que el supuesto que indujo al anticipo jurisdiccional de prueba se continuaba verificando. Así se estableció que: *“...Por último, no se determina que el problema que generó el anticipo jurisdiccional de prueba subsistiera aún en la etapa de debate, por ejemplo, con una referencia de que la muchacha, actualmente, mayor de edad, continuaba con el consumo de drogas, o se encontraba en una situación de imposibilidad de asistir al debate, lo que podría discurrirse no directamente con la testigo sino con otros medios probatorios, todo con el fin de validar el anticipo jurisdiccional de prueba y una eventual declaración de la indicada muchacha, pero ello tampoco se hizo. (folio 297 vuelto). En criterio de los suscritos Magistrados la posición del Tribunal sentenciador es incorrecta. Para iniciar el análisis, deviene obligatorio tomar en cuenta los antecedentes que constan en autos en cuanto a la práctica de la diligencia de anticipo jurisdiccional de prueba del testimonio de N. Así, en primer término, consta a folio 11, que el licenciado Róger Solís Corea, solicitó la evacuación de la probanza fundamentado en que: *“...La testigo es una menor de edad que está totalmente entregada a las drogas, no tiene familia ni domicilio fijo, duerme en las calles y por ende tanto su futuro como su localización es (sic) totalmente inciertos. La experiencia nos indica que este tipo de testigos en la mayoría de los casos no son localizados para la etapa plenaria y los juicios no tienen el resultado esperado por esa razón. En segundo término, el encartado es una persona sumamente peligrosa a quien no le tiembla el carácter para acabar con la vida de quien se interponga en sus actividades. En el presente asunto mató a un humilde trabajador por una suma cercana a los siete mil colones y un teléfono celular ¿qué podrá hacer cuando se trate de evitar que le restrinjan su libertad personal por mucho tiempo? La seguridad personal de la niña B. corre gran peligro ya que desde el día 20 de los corrientes, la menor ha tenido cercano contacto con oficiales del OIJ (sic) local y este es un hecho que ya debe ser conocido por el sospechoso con lo que se corre el grave peligro de que en juicio no pueda ser recibida la declaración de la menor por razones obvias...”*. De igual forma, consta en el acta visible a folio 13, de fecha, 25 de noviembre de 2003, que, previo a la toma de su declaración, la testigo N., manifestó: *“...antes de estar en Coronado, vivía en la calle sola, ahora estoy en el albergue del Patronato Nacional de la Infancia, donde entre el jueves pasado, llevo seis días, y, dentro de dos días me mandan**

*para el [...], lugar donde puedo estar el tiempo que quiera. Hace cinco años tengo el problema de drogas, mi problema es de adicción a todo, a la piedra, a todo. No sé nada sobre mi familia, sé que mi mamá vive en [...].yo no tengo acceso a la casa...si me dan de alta, me gustaría seguir ahí porque no me hace falta nada, estoy feliz ahí, no me hacen falta las drogas. Además considera que por saber de este caso, es peligroso para ella, por cuanto el sujeto involucrado en esto, es peligroso, es violento, y lo sabe porque estuvo juntada con él mes y medio...”* . Tales manifestaciones llevaron al licenciado Sergio Quesada Carranza, Juez Penal de Desamparados, a autorizar la práctica de la diligencia, al concluir que: *“...considerando que lo manifestado por la testigo sobre sus calidades personales y su situación en general, así como sobre el peligro de los involucrados en el presente caso lo cual corrobora lo dicho en la solicitud respaldada por informe policial preliminar, se considera que el anticipo jurisdiccional de prueba es procedente, por estar en presencia de un caso donde se pueden prever racionalmente diferentes obstáculos por los cuales podría ser que no se cuente con la testigo para un eventual juicio dada la posible dificultad para localizarse, así como por los peligros para su persona, lo cual resulta obvio...”* (folio 13 ya citado). A lo que debe agregarse, que la condición de indigente la testigo fue debidamente corroborada, según da cuenta el informe policial visible a folios 4 al 9, razones por las que debe entenderse que, para este momento procesal, concurría el presupuesto previsto en el artículo 293 del Código Procesal Penal en cuanto a la procedibilidad de la diligencia al verificarse la existencia de un obstáculo difícil de superar que hacía presumir que la declaración de N. no podría recibirse en juicio. Al respecto, recuérdese que el anticipo jurisdiccional de prueba ostenta en nuestra normativa un carácter de excepcionalísimo, prevista precisamente como una excepción a la oralidad y, como su nombre lo indica, como un anticipo del juicio, por lo que debe celebrarse en respeto a todas las garantías del imputado, de modo que no exista duda en cuanto a su legitimidad, que, pueda considerarse parte del contradictorio mismo, aunque celebrada de manera previa. Lo que evidentemente ocurrió en este caso. Sobre el tema, esta la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha entendido: *“... No es suficiente para que adquiera plena eficacia en juicio el acto, que la prueba se haya anticipado con todas las garantías sino que también es necesario que haya concurrido alguna de las condiciones para las que la ley autoriza en forma expresa la anticipación de la prueba, de modo que se justifique no esperar hasta el juicio. Se trata de un requisito de validez que debe controlar el juez, pero en el cual también puede tener injerencia la defensa a través del instituto de la actividad procesal defectuosa, pues en caso contrario la anticipación de prueba se podría convertir en la regla, asimilando el proceso al modelo de la vieja instrucción formal, si se acepta cada solicitud del Ministerio Público para la anticipación de la práctica de determinados elementos de prueba, sobre todo respecto de la testimonial, con el fin de mantener prueba segura tendente a dar solidez al caso...”* (Resolución 2000- 03477 a las 8:59 horas de 28 de abril de 2000). Además de lo anterior, en criterio de los suscritos Magistrados, la

celebración del acto durante la etapa preparatoria y su admisión como prueba para el juicio, no excluye la obligación de los Juzgadores de citar al testigo recibido en esas condiciones y agotar, a través de los medios idóneos, su nueva vinculación a estrados judiciales. En atención al tema, esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse y ha señalado que: *“...se debe aclarar como el artículo 353 del Código Procesal Penal al que hacen referencia los juzgadores, dispone: “Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, **quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública** y solicitará a quien lo propuso **que colabore con la diligencia... Si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba...**”.* Acorde con el contenido de la norma, no es posible obviar que el Tribunal y no la parte, es el obligado a hacer comparecer al testigo debidamente citado, contando para ello con el auxilio de la fuerza pública y no como se interpreta al atribuir ese deber exclusivamente a la parte que ofrece la prueba, quien lo que debe hacer es colaborar, lo que en este caso fue evidente dada la orden de comparecencia expedida por la funcionaria del Ministerio Público, así como su comunicación constante con la Oficina de Localizaciones y Citaciones, que al haber logrado ubicar al testigo hizo innecesario el tener que acudir a la fuerza pública como último recurso...”(Resolución 2007-00004 a las 9:10 horas de 19 de enero de 2007. Ver en igual sentido, resolución de esta número 2007-00017 de las 10:50 horas de esa misma fecha.) En este caso, consta en las actas de debate que, ante un conflicto entre las partes sobre a quién correspondía la citación de la testigo, se resolvió: *“...el Tribunal resuelve: revocar la responsabilidad de dejarle a las partes la ubicación de la testigo, el Tribunal lo hará pero pide colaboración de las partes...”* (folio 234). No obstante, la actuación del Tribunal únicamente consistió en solicitar a la Sección de Homicidios del Organismo de Investigación Judicial la localización de N., limitándose los oficiales encargados a informar que, luego de varios recorridos por [...], no fue posible la localización de la testigo, y que, funcionarios del Patronato Nacional de la Infancia manifestaron que no se encontraba en ninguno de sus albergues (folio 245). Véase que, por un lado, los Juzgadores no acudieron a la oficina responsable de este tipo de diligencias, a la sazón, la Oficina de Localizaciones y Citaciones de este circuito Judicial de San José, lo que implicó que no se llevasen a cabo la totalidad de las diligencias necesarias a fin de dar con el paradero de la deponente; y, por otro, el Tribunal obvió por completo su obligación de hacer comparecer a la testigo, incluso con el auxilio de la fuerza pública, si fuese necesario ( ver en igual sentido, el voto de ésta Sala # 2007-00004 de las 9:00 horas del 19 de enero de 2007), y, en cambio, se decantaron por declarar ineficaz el anticipo jurisdiccional de prueba, mencionando otras razones, cuando, precisamente, uno de los ejes principales que habían autorizado la realización de la probanza había sido la no localización de la testigo N. A saber, en síntesis, entendió que: (a) la testigo debió considerarse imputada en virtud de que existía una información anónima que la señalaba como una de los autores del homicidio investigado, incluso, con su nombre completo, por lo que su declaración debió haber

sido tomada con todas las garantías que establece la Constitución y el Código Procesal Penal para los acusados de un delito, lo que afectó directamente su derecho de defensa, e, indirectamente, la defensa del acusado. En ese sentido, consideraron los Juzgadores que lo procedente era que el Ministerio Público gestionase la aplicación de un criterio de oportunidad por mínima participación. (b) No se destaca que existiera, de conformidad con el artículo 293 del Código Procesal Penal, un obstáculo difícil de superar como para presumir que el testimonio de N. no podía recibirse en juicio, máxime que no se determinó que estuviese incapacitada para rendir ese testimonio o fallecida, y que el hecho de que fuese drogadicta no implica por sí mismo que no pudiese declarar, pudiendo someterse a un proceso de desintoxicación previa para asegurarse su estado en juicio, además de que no existe un criterio pericial que determine la imposibilidad de N. de encontrarse en una situación de incapacidad total por esa circunstancia, y que, tampoco costaba hacerle un examen que determinara su condición de adicta cuando fue recibida su declaración, incluso para probar que la prueba no estuviere contaminada por la posible indisposición de quien declaraba. Agregan los Juzgadores que tampoco se investigó la participación del tercer sujeto, a fin de corroborar la versión de N. (Cfr. folios 295 vuelto a 297). (c) Finalmente, se entendió también que no se probó que el supuesto que indujo al anticipo jurisdiccional de prueba se continuaba verificando. Así se estableció que: *“...Por último, no se determina que el problema que generó el anticipo jurisdiccional de prueba subsistiera aún en la etapa de debate, por ejemplo, con una referencia de que la muchacha, actualmente, mayor de edad, continuaba con el consumo de drogas, o se encontraba en una situación de imposibilidad de asistir al debate, lo que podría ocurrirse no directamente con la testigo sino con otros medios probatorios, todo con el fin de validar el anticipo jurisdiccional de prueba y una eventual declaración de la indicada muchacha, pero ello tampoco se hizo...”*(folio 297 vuelto). Obsérvese que los Juzgadores profundizaron, en otros aspectos que, en realidad, no resultan relevantes, al no haberse agotado la ubicación de la testigo para el juicio. Por otro lado, se aprecia que, contrario a lo que se establece, la condición de imputada que pudiese ostentar la deponente y la eventual aplicación de un criterio de oportunidad, no es una cuestión que compete al Tribunal sentenciador, al ser competencia exclusiva del ente acusador, tal y como lo señala la recurrente, en un sistema predominantemente acusatorio como el nuestro. Tampoco, se trata de una circunstancia que, por sí misma, posea la virtud de invalidar el anticipo jurisdiccional de prueba celebrado, como lo indicó el Tribunal, por haberse violentado el derecho de defensa, pues ninguna vulneración ha ocurrido, tomando en cuenta que, aún admitiendo que N. ocupaba esa posición de imputada, es lo cierto que su declaración no fue vertida en un proceso contra ella, sino contra otra persona, y, ninguna palabra que haya dicho sin su defensor o sin habersele hecho las advertencias de ley, podrá ser nunca utilizada en su contra, en otro proceso, porque, precisamente, fue tomada sin las formalidades que garantizan su derecho de defensa. Es decir, las garantías constitucionales que forman parte del debido proceso, tales

como el derecho a contar con un defensor de su confianza, a declarar o abstenerse de hacerlo sin que ello sea indicio de su responsabilidad, son garantías que corresponden a cada sujeto, personalísimas, sin que la violación de estas a un sujeto implique perjuicio para otro, correspondiendo, en todos los casos, a los operadores jurídicos la valoración de tales manifestaciones de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional, por todo lo expuesto, **se declara con lugar el reparo. Se ordena la nulidad de la sentencia impugnada y el reenvío de este asunto, a fin de que, mediante nueva integración, se proceda a la celebración de un nuevo juicio. “**

### **17. Acuerdo de la Partes en la Prescendencia de Medios de Prueba**

[Tribunal de Casación Penal de San José]<sup>xix</sup>  
Voto de mayoría

"Como único motivo por la forma plantea la representante del Ministerio Público, que la sentencia viola el debido proceso por preterición de prueba fundamental lo anterior por cuanto, Ivannia Guzmán Nuñez y Luis Ficar son testigos esenciales para la búsqueda de la verdad real, y no obstante que en la primer audiencia del debate se solicitó al juzgador, que se ordenara la presentación de la testigo la cual había sido citada personalmente por la oficina de localizaciones del Poder Judicial, y luego se indicó que vivía en otro barrio, por lo cual se solicitó ordenar su presentación negando el juzgador tal gestión, lo que perjudicó el ejercicio de la acusación, por lo que solicita se anule el fallo y se ordene el reenvío. **El reclamo es de recibo.** Esta cámara luego del estudio del fallo recurrido y del acta del debate determina, que efectivamente el Ministerio Público insistió en la localización de la testigo Ivannia Guzmán, por medio de la cual también se localizaría el otro testigo, tratándose de prueba esencial puesto que son testigos presenciales de los hechos, máxime que la primer deponente fue citada personalmente y luego al no comparecer se logró ubicar el barrio de su nueva residencia. No obstante lo anterior, el juzgador admite que se trata de prueba fundamental para esclarecer la verdad real de la causa, pero prescinde de su testimonio indicando que existe una falta de interés de la ofendida en comparecer, sin embargo olvida que si se trata de prueba esencial, el tribunal se encuentra facultado para hacer comparecer la prueba testimonial incluso con auxilio de la fuerza pública, máxime que la representante del Ministerio Público siempre dio muestras de la importancia de dicha prueba, aspecto que el artículo 353 del Código Procesal Penal contempla expresamente. Al respecto este tribunal ha sido claro en diversos votos como el 2006-0487 en indicar: **"Así las cosas, resulta evidente que los testigos propuestos y admitidos fueron localizados, pero que no se hicieron presentes al debate. De donde no resultaba procedente prescindir de los testigos sin la anuencia de todas las partes. Además, el juzgador, a partir de la constancia referida concluye que el ofendido y los testigos no tienen interés en el proceso. Conclusión que no se**

extrae del citado documento. En ninguna de las dos ocasiones se acredita que el perjudicado o alguno de los testigos haya recibido la orden de citación o por lo menos, conste que efectivamente conocieron de la convocatoria al juicio. En ambos casos la cita se dejó con una tercera persona. En la orden de presentación quien los atendió fue la tía y ella asumió el compromiso de llevarlos al juicio, situación que no cumplió. No existe ningún fundamento para estimar que si no han comparecido al debate sea por falta de interés, pues como se dijo, ni siquiera se sabe si fueron efectivamente citados. Incluso, asumiendo que ello fuera así, la no comparecencia pudo haberse motivado en razones distintas a la falta de interés, como podría ser la existencia de amenazas o presiones para evitar que declaren en juicio. Desde luego, ello es absolutamente especulativo, pero igualmente posible a la tesis sostenida por el juzgador. De lo expuesto se determina que la prueba, una vez admitida, no puede prescindirse sin el acuerdo de todas las partes. Solamente cuando no es habida puede el juez prescindir unilateralmente de ella. En cuanto al ofendido y los testigos, en tesis de principio, los mismos se encuentran obligados a comparecer ante el llamado de las autoridades jurisdiccionales, quienes incluso pueden hacer uso de la fuerza para presentarlos al juicio." De tal forma que siendo clara la violación a las reglas del debido proceso, al prescindir el juzgador unilateralmente de prueba previamente admitida ubicable y esencial, al considerar que no hubo interés de la ofendida con ello se afectaron los intereses del promotor de la acción penal, por lo que se declara con lugar el recurso de casación, se anula la sentencia y se ordena el reenvío para nueva sustanciación."

## **18. Citación e Incomparecencia de Declarantes**

[Tribunal de Casación Penal de San José]<sup>xx</sup>  
Voto de mayoría

"II. En el primer motivo del recurso de casación interpuesto por la Licda. Marcela Muñoz Ramírez, se alega el vicio de errónea aplicación de la ley procesal, concretamente del artículo 353 del Código Procesal Penal. Aduce la violación de los artículos 142, 442, 353 y 369 del Código Procesal Penal, 39 y 41 de la Constitución Política. Argumenta que la razón por la cual el juez dicta una sentencia absolutoria en favor del encartado, consiste básicamente en que los testigos ofrecidos no se hicieron presentes al debate, situación que se originó en un incumplimiento de las obligaciones de parte de los encargados de la citación. Ante ello gestionó una nueva suspensión del debate para hacer comparecer los testigos, gestión que fue rechazada, procediéndose a prescindir de la prueba y al dictado de un fallo absolutorio en favor del acusado. Estima que se violó el principio de preterición de prueba, pues los oficiales de citación lo único que hicieron fue dejarles una citación especial a los testigos y no cumplir con la obligación de presentarlos. En el segundo motivo alega el vicio de falta de

fundamentación. Con cita de los artículos 142, 442, 353 y 369 del Código Procesal Penal, 39 y 41 de la Constitución Política. Reitera en este motivo que al no indicar el fallo el análisis del artículo 353 del Código Procesal Penal, ni hacer alusión a lo alegado al respecto por el Ministerio Público sobre que los citados testigos era ubicados y citados y que lo que correspondía era su presentación, el fallo incurre en falta de fundamentación. Solicita se declare con lugar los motivos, se anule la sentencia y se ordene el reenvío para la nueva sustanciación. **SE DECLARAN CON LUGAR LOS MOTIVOS.** Aunque la impugnante plantea su recurso en dos motivos separados, lo cierto es que ambos se refieren a la prueba testimonial que se prescindió en el debate y por ello se procede a resolver de manera conjunta. Sobre este tema particular, el Tribunal de Casación, mediante voto 2006-0487 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del veintiséis de mayo de dos mil seis indicó: *"De acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, "En todo lo que no se encuentre regulado de manera expresa en la presente ley, deberán aplicarse supletoriamente la legislación penal y el Código Procesal Penal". La Ley de Justicia Penal Juvenil no contempla lo relacionado con la citación e incomparencia de testigos, por lo que debemos remitirnos a lo dispuesto en el Código Procesal Penal. Sobre el particular el numeral 353 dispone "Incomparencia. Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia. Si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba". De lo anterior se coligen varios postulados. El primero de ellos es que el testigo, una vez admitido, no puede unilateralmente disponer si comparece o no al debate. De acuerdo con los requerimientos de la administración de justicia tiene el deber legal de acudir al llamado del órgano jurisdiccional. Si no comparece, quien preside el debate puede ordenar la presentación, incluso mediante la utilización de medios coactivos. Es más, el legislador ha considerado que el deber de declarar como testigo es de tal relevancia para la vida en sociedad, que incluso ha previsto como hechos punibles la no comparencia como testigo (artículo 389 inciso 3 del Código Penal) y el callar la verdad, en todo o en parte (artículo 316 del Código Penal). De allí que no existe la menor duda de la ineludible obligación del ofendido y los testigos de acudir a los llamados de la administración de justicia. La segunda premisa es que la única posibilidad de prescindir del testimonio, sin que exista acuerdo de partes, es cuando el testigo "no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública". En el presente caso, mediante resolución de las 14:00 horas del 17 de enero de 2006, el Juzgado Penal Juvenil de San José admitió, entre otra prueba, los testimonios de Kevin Alejandro Jiménez Aguilar, Ana Lucía Aguilar Carrillo y Jorge Guibere Orozco y señaló fecha y hora para debate (folio 132 y 133). En la fecha programada para el debate no se hicieron presentes los referidos testigos y la unidad de localizaciones y citaciones del Poder Judicial aportó una constancia de donde se desprende que la citación fue recibida por Adriana Aguilar*

(folio 137). En razón de lo anterior, la representante del Ministerio Público solicitó la suspensión del debate y pidió que se le entregara copia de la respectiva orden con el fin de coadyuvar con la presentación de la prueba (acta de debate de folio 138 y 139). Solicitud que fue acogida por el juzgado penal juvenil, procediéndose a la reprogramación del debate (folio 139). En la fecha fijada para la continuación no se hizo presente ninguno de los testigos, por lo que el juez, a solicitud de la defensa y con la oposición de la fiscalía, prescindió de la prueba y procedió a dictar la sentencia absolutoria (Acta de debate de folio 138 a 142 y sentencia de folio 143 a 148). En relación con la orden de presentación, la misma fue devuelta por la oficina correspondiente, aduciendo que las personas requeridas fueron "ubicadas" y que "no se presentaron pues la tía se comprometió a traerlos, la misma no dejó ni hablar con las partes" (folio 137). Así las cosas, resulta evidente que los testigos propuestos y admitidos fueron localizados, pero que no se hicieron presentes al debate. De donde no resultaba procedente prescindir de los testigos sin la anuencia de todas las partes. Además, el juzgador, a partir de la constancia referida concluye que el ofendido y los testigos no tienen interés en el proceso. Conclusión que no se extrae del citado documento. En ninguna de las dos ocasiones se acredita que el perjudicado o alguno de los testigos haya recibido la orden de citación o por lo menos, conste que efectivamente conocieron de la convocatoria al juicio. En ambos casos la cita se dejó con una tercera persona. En la orden de presentación quien los atendió fue la tía y ella asumió el compromiso de llevarlos al juicio, situación que no cumplió. No existe ningún fundamento para estimar que si no han comparecido al debate sea por falta de interés, pues como se dijo, ni siquiera se sabe si fueron efectivamente citados. Incluso, asumiendo que ello fuera así, la no comparecencia pudo haberse motivado en razones distintas a la falta de interés, como podría ser la existencia de amenazas o presiones para evitar que declaren en juicio. Desde luego, ello es absolutamente especulativo, pero igualmente posible a la tesis sostenida por el juzgador. De lo expuesto se determina que la prueba, una vez admitida, no puede prescindirse sin el acuerdo de todas las partes. Solamente cuando no es habida puede el juez prescindir unilateralmente de ella. En cuanto al ofendido y los testigos, en tesis de principio, los mismos se encuentran obligados a comparecer ante el llamado de las autoridades jurisdiccionales, quienes incluso pueden hacer uso de la fuerza para presentarlos al juicio. Desde luego, que ésta posibilidad debe verse con mucha cautela y aplicarse excepcionalmente a fin de evitar la revictimización. No se trata de aumentar el daño sufrido por el ofendido o provocar más violencia con la aplicación de la ley. Se pretende que el juzgador aplique los principios de razonabilidad y proporcionalidad que son consustanciales al derecho penal. Especialmente en el Derecho Penal Juvenil, donde, además de los principios propios del derecho penal, se aplican otros principios específicos". En el presente caso, mediante resolución de las 08:00 horas del 9 de mayo de 2006, el Juzgado Penal Juvenil de San José admitió la prueba y señaló fecha y hora para debate (folio 152). En la fecha programada para el debate no se hicieron

presentes los testigos y la unidad de localizaciones y citaciones del Poder Judicial aportó una constancia de donde se desprende que la citación fue recibida (folio 156). En razón de lo anterior, la representante del Ministerio Público solicitó la suspensión del debate y la presentación judicial de los testigos (acta de debate de folio 157 y 158). Solicitud que fue acogida por el juzgado penal juvenil, procediéndose a la reprogramación del debate (folio 158). En la fecha fijada para la continuación solamente se hizo presente el representante legal de la empresa ofendida, no así los testigos Natking Abarca Rodríguez y Abner Rivera Torres, por lo que el juez, a solicitud de la defensa y con la oposición de la fiscalía, prescindió de la prueba y procedió a dictar la sentencia absolutoria (Acta de debate de folios 169 y 170 y sentencia de folio 171 a 176). En relación con la orden de presentación, la misma fue devuelta por la oficina correspondiente, aduciendo que las diligencias efectuadas resultaron positivas, lográndose la ubicación y citación de los interesados (folio 162). Así las cosas, resulta evidente que los testigos propuestos y admitidos fueron localizados y citados, pero que no se hicieron presentes al debate. De donde no resultaba procedente prescindir de los testigos sin la anuencia de todas las partes, pues lo que legalmente procedía era hacerlos comparecer, incluso con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario. En consecuencia, al existir los vicios reclamados, por mayoría se declaran con lugar los dos motivos del recurso de casación interpuesto por la representación del Ministerio Público. Se anula integralmente la sentencia y el debate que le precedió y se ordena el reenvío para la nueva sustanciación."

### **19. Deber de Asistencia de las Partes para la Efectiva Declaración de Testigos en el Proceso Penal**

[Sala Tercera]<sup>xxi</sup>

Voto de mayoría:

**"ÚNICO-** El representante del Ministerio Público impugna el fallo de mérito por estimar que el a quo omitió evacuar prueba esencial, a saber: las declaraciones de la víctima y de los testigos por ella ofrecidos. Añade quien impugna que los juzgadores pretendieron atribuir al órgano acusador la tarea de hacer comparecer a los testigos, cuando lo cierto es que tal labor le corresponde al Tribunal. Además, la Fiscalía de delitos contra la propiedad no cuenta con los medios necesarios para localizar y garantizar la comparecencia de las personas citadas a debate. **El reparo debe desestimarse.** Si bien la Sala ha expresado en distintas oportunidades su criterio de que la función de citar a los testigos admitidos y disponer las medidas requeridas para asegurar su asistencia al debate, recae esencialmente en los Tribunales, sin que esto implique desconocer la obligación legal que tienen también las partes de coadyuvar en esa tarea (ver, entre otras, las resoluciones No. 959-05, de 10:00 horas de 19 de agosto de 2005; No. 95-02, de 10:05 horas de 8 de febrero de 2002); lo cierto es que los

supuestos examinados en esos fallos se refieren a que los jueces incumplieron con ese deber esencial, en tanto no agotaron los medios disponibles para proveer a la citación de los testigos, existían dudas acerca de los sitios en que podía ubicárseles o no se recibió el informe de los servidores a quienes se encomendó realizar las citaciones. En el presente caso no se está en presencia de ninguna de esas hipótesis. A partir del folio 58 constan los diversos esfuerzos hechos por el a quo para citar a los testigos, ordenando incluso su presentación y en los folios 66 y 69 se encuentran los informes de los citadores, quienes con claridad explicaron que ninguno fue localizado en las direcciones por ellos suministradas. Asimismo, expone el a quo que tampoco se les ubicó en los números telefónicos que constaban en la sumaria (ver folio 86). Todo esto puede obedecer, desde luego, a que el último contacto que el Ministerio Público tuvo con esas personas se remonta a más de cinco años atrás, lapso en el cual pudieron variar sus domicilios. De cualquier modo, resulta obvio que el Tribunal sí agotó los esfuerzos necesarios y que le eran exigibles para disponer la citación de los testigos. También es claro que el Ministerio Público no coadyuvó en esa tarea y aunque sean comprensibles las razones que invoca el fiscal para explicar por qué no pudo asumir tal función, en virtud de los recursos limitados con los que cuenta, el planteamiento general de su recurso es erróneo, ya que, conforme se apuntó, lo cierto es que el Tribunal sí cumplió con su deber legal y en ningún momento pretendió delegarlo en la fiscalía, no obstante que eche de menos el auxilio oportuno que esta última pudo haber proporcionado. De esta suerte, la negativa del a quo a suspender el debate para que el órgano acusador intentara determinar el paradero de los testigos, no amerita reproche alguno, pues lo cierto es que ya constaba que no fueron localizados y la labor pretendida por el fiscal pudo haberla hecho con antelación, sin entorpecer el curso normal del proceso. Se infiere de todo lo dicho que lo resuelto por el Tribunal de mérito se ajusta a las previsiones del artículo 353 del Código Procesal Penal, en cuanto dispone: *“Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia. Si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba”*. Así las cosas, la exclusión de las probanzas no fue arbitraria, sino amparada en un precepto legal y debidamente motivada en las constancias del proceso, lo que impone declarar sin lugar el recurso."

## 20. Comparecencia de Testigos: Reglas en Caso de Menores de Edad Víctimas de Agresión Sexual

[Tribunal de Casación Penal de San José]<sup>xxii</sup>  
Voto de mayoría

"II. En el primer motivo del recurso de casación interpuesto por la Licda. María Lourdes López Cascante, en representación del Ministerio Público, se alega el vicio de violación al debido proceso por preterición de prueba fundamental. Invoca los artículos 139, 142, 180, 182, 183, 184, 208, 237, 320, 324, 336, 352, 355, 362, y 363 del Código Procesal Penal. Aduce que es obligación del juzgador la búsqueda de la verdad real y como tal debe valorar la totalidad de la prueba fundamental. En el presente asunto era esencial escuchar los testimonios de K.A.J.A, J.G.O. y A.L.A.C, quienes no se presentaron al debate en una primera oportunidad, razón por la cual se ordenó la presentación de los mismos. Sin embargo, la orden de presentación no se hizo efectiva por cuanto los personeros de la oficina de localizaciones manifestaron que no los dejaron entrar a la vivienda y que la tía del ofendido y de los testigos, manifestó que ella los presentaría al juicio, lo que no cumplió. En razón de lo anterior y ante una solicitud de la defensa, el tribunal optó por prescindir de esos testimonios. Aduce la recurrente que se trata de prueba esencial, pues se trata del ofendido y los testigos de cargo propuestos. Incluso su relevancia la admite el propio juzgador. En el segundo motivo de casación reclama el vicio de fundamentación incompleta de la sentencia. Reclama la violación de los artículos 116, 117 y 118 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, 142, 180, 181, 182, 183, 184, 320, 355, 362, 363, 443 y 444 del Código Procesal Penal. Argumenta que en la sentencia el tribunal hace una afirmación que carece de fundamentación, pues determina que el ofendido y los testigos carecen de interés. Sin embargo, no justifica las razones por las cuales concluye dicha situación. De igual forma, argumenta que en el considerando primero de la sentencia se tienen por demostrados los hechos acusados por el Ministerio Público, mientras que en el considerando tercero se absuelve al encartado por la no comparecencia de los testigos. **SE DECLARAN CON LUGAR LOS MOTIVOS.** Aunque la impugnante plantea su recurso en dos motivos separados, lo cierto es que ambos se refieren a la prueba testimonial que se prescindió en el debate y por ello se procede a resolver de manera conjunta. De acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, "*En todo lo que no se encuentre regulado de manera expresa en la presente ley, deberán aplicarse supletoriamente la legislación penal y el Código Procesal Penal*". La Ley de Justicia Penal Juvenil no contempla lo relacionado con la citación e incomparecencia de testigos, por lo que debemos remitirnos a lo dispuesto en el Código Procesal Penal. Sobre el particular el numeral 353 dispone "*Incomparecencia. Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia. Si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza*

*pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba*". De lo anterior se coligen varios postulados. El primero de ellos es que el testigo, una vez admitido, no puede unilateralmente disponer si comparece o no al debate. De acuerdo con los requerimientos de la administración de justicia tiene el deber legal de acudir al llamado del órgano jurisdiccional. Si no comparece, quien preside el debate puede ordenar la presentación, incluso mediante la utilización de medios coactivos. Es más, el legislador ha considerado que el deber de declarar como testigo es de tal relevancia para la vida en sociedad, que incluso ha previsto como hechos punibles la no comparecencia como testigo (artículo 389 inciso 3 del Código Penal) y el callar la verdad, en todo o en parte (artículo 316 del Código Penal). De allí que no existe la menor duda de la ineludible obligación del ofendido y los testigos de acudir a los llamados de la administración de justicia. La segunda premisa es que la única posibilidad de prescindir del testimonio, sin que exista acuerdo de partes, es cuando el testigo *"no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública"*. En el presente caso, mediante resolución de las 14:00 horas del 17 de enero de 2006, el Juzgado Penal Juvenil de San José admitió, entre otra prueba, los testimonios de K.A.J,A, A.L,A,.C. y J.G,O. y señaló fecha y hora para debate (folio 132 y 133). En la fecha programada para el debate no se hicieron presentes los referidos testigos y la unidad de localizaciones y citaciones del Poder Judicial aportó una constancia de donde se desprende que la citación fue recibida por Adriana Aguilar (folio 137). En razón de lo anterior, la representante del Ministerio Público solicitó la suspensión del debate y pidió que se le entregara copia de la respectiva orden con el fin de coadyuvar con la presentación de la prueba (acta de debate de folio 138 y 139). Solicitud que fue acogida por el juzgado penal juvenil, procediéndose a la reprogramación del debate (folio 139). En la fecha fijada para la continuación no se hizo presente ninguno de los testigos, por lo que el juez, a solicitud de la defensa y con la oposición de la fiscalía, prescindió de la prueba y procedió a dictar la sentencia absolutoria (Acta de debate de folio 138 a 142 y sentencia de folio 143 a 148). En relación con la orden de presentación, la misma fue devuelta por la oficina correspondiente, aduciendo que las personas requeridas fueron *"ubicadas"* y que *"no se presentaron pues la tía se comprometió a traerlos, la misma no dejó ni hablar con las partes"* (folio 137). Así las cosas, resulta evidente que los testigos propuestos y admitidos fueron localizados, pero que no se hicieron presentes al debate. De donde no resultaba procedente prescindir de los testigos sin la anuencia de todas las partes. Además, el juzgador, a partir de la constancia referida concluye que el ofendido y los testigos no tienen interés en el proceso. Conclusión que no se extrae del citado documento. En ninguna de las dos ocasiones se acredita que el perjudicado o alguno de los testigos haya recibido la orden de citación o por lo menos, conste que efectivamente conocieron de la convocatoria al juicio. En ambos casos la cita se dejó con una tercera persona. En la orden de presentación quien los atendió fue la tía y ella asumió el compromiso de llevarlos al juicio, situación que no cumplió. No existe ningún fundamento para estimar

que si no han comparecido al debate sea por falta de interés, pues como se dijo, ni siquiera se sabe si fueron efectivamente citados. Incluso, asumiendo que ello fuera así, la no comparecencia pudo haberse motivado en razones distintas a la falta de interés, como podría ser la existencia de amenazas o presiones para evitar que declaren en juicio. Desde luego, ello es absolutamente especulativo, pero igualmente posible a la tesis sostenida por el juzgador. De lo expuesto se determina que la prueba, una vez admitida, no puede prescindirse sin el acuerdo de todas las partes. Solamente cuando no es habida puede el juez prescindir unilateralmente de ella. En cuanto al ofendido y los testigos, en tesis de principio, los mismos se encuentran obligados a comparecer ante el llamado de las autoridades jurisdiccionales, quienes incluso pueden hacer uso de la fuerza para presentarlos al juicio. Desde luego, que ésta posibilidad debe verse con mucha cautela y aplicarse excepcionalmente a fin de evitar la revictimización. No se trata de aumentar el daño sufrido por el ofendido o provocar más violencia con la aplicación de la ley. Se pretende que el juzgador aplique los principios de razonabilidad y proporcionalidad que son consustanciales al derecho penal. Especialmente en el Derecho Penal Juvenil, donde, además de los principios propios del derecho penal, se aplican otros principios específicos. De acuerdo a la normativa vigente en nuestro país, las personas menores de edad son sujetos de derechos y obligaciones y el Estado debe velar por su integridad física y moral. Nuestro país ha incorporado esta protección Integral no sólo dentro de la legislación constitucional sino también en la legislación ordinaria. A nivel constitucional, el artículo 51, dispone la obligación del Estado de proteger integralmente a las personas vulnerables, entre ellas, a las personas menores de edad. Incluso, en el artículo 55 de ese mismo cuerpo normativo, crea una institución autónoma encargada no sólo de velar por los derechos sino exigirlos a través de los medios legales establecidos dentro del ordenamiento jurídico costarricense. Siempre dentro del bloque de constitucionalidad tenemos el artículo artículo 3, párrafo primero de la Convención de los derechos del Niño que establece "*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*". Por su parte el artículo 19 de la misma convención dispone: "*1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos*

*tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial".* Dentro de la legislación especializada el artículo 5 del Código de la Niñez y Adolescencia establece el "*Interés Superior*" como principio rector en la aplicación e interpretación de la ley, para lo cual las autoridades deben considerar su condición de sujeto de derechos y responsabilidades, su edad, madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, la condiciones económicas, el interés individual y social. Norma que se complementa con el artículo 24 de la misma ley que tutela el "*Derecho a la integridad. Las personas menores de edad tendrán derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Este derecho comprende la protección de su imagen, identidad, autonomía, pensamiento, dignidad y valores*". Todo esto se complementa con las Reglas Prácticas para reducir la revictimización de las Personas Menores de Edad en los Procesos Penales, emitida por la Corte Plena en en el artículo XI de la sesión No: 28-02 del 24 de junio de 2002. En dichas reglas se establecen directrices específicas y obligatorias en cuanto al manejo de las víctimas menores de edad en los procesos penales. Dentro de ellas se destacan los principios de Interés Superior del Niño, la celeridad, la privacidad, la confidencialidad, el consentimiento informado entre otros. Sin embargo, en lo que aquí interesa conviene transcribir los puntos XVI y XVII de dicho acuerdo, en donde se dispuso:

*"VI. Referencia técnica en casos de abuso sexual. En los casos de abuso sexual el niño, niña o adolescente ofendido, el juez o la autoridad judicial que corresponda deberá ser remitido, con la mayor brevedad posible, al Programa de Atención a la Violencia Sexual Infanto-Juvenil del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial o, en su defecto, considerar la posibilidad que la persona menor de edad sea atendida por profesionales del Patronato Nacional de la Infancia y/o de la Caja Costarricense de Seguro Social. En todos aquellos casos donde el perito forense recomiende tratamiento psicológico para las víctimas de abuso sexual niños, niñas o adolescentes, el Fiscal, al rendir sus conclusiones en la etapa de juicio, deberá solicitar al Tribunal que en sentencia se ordene el Patronato Nacional de la Infancia brindar ese tratamiento. El juez podrá también dictarlo de oficio. Para tales efectos, el Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial hará un estudio y se levantará un listado de las oficinas del PANI y CCSS del país, así como de organizaciones no gubernamentales, para tener alternativas de atención a los niños, niñas o adolescentes. XVII.- Personas menores de edad testigos en delitos. En delitos en los que se cuente con testigos niños, niñas o adolescentes, estos contarán con todas las garantías establecidas para el caso de personas víctimas menores de edad".* De lo anterior se colige la importancia que el ordenamiento jurídico le concede a la víctima y sus derechos. Por eso, lo pertinente es que una vez que la autoridad se imponga de la existencia de una agresión sexual, remita a la víctima al Programa de Atención a la Violencia Sexual Infanto - Juvenil del Poder Judicial con el fin de que le brinde el abordaje requerido y hagan las remisiones pertinentes. Incluso se hagan las coordinaciones necesarias para que pueda recibir

tratamiento terapéutico, si lo requiere. Se trata de atender integralmente a la víctima y concientizarla respecto a la importancia de contar con su declaración en las distintas fases del proceso. Si después de brindarle la atención requerida, la víctima, de manera libre y voluntaria, no desea continuar con el proceso o no quiere presentarse a juicio y declarar, corresponderá al juez, con aplicación de los principios específicos de la justicia penal juvenil y los generales del derecho penal, de razonabilidad y proporcionalidad, el determinar si lo obliga o no a presentarse al debate. No consta en autos que ninguna de las autoridades judiciales que conocieron del proceso, remitiera a la víctima al programa señalado o que le hicieran alguna de las coordinaciones requeridas. Especialmente cuando la propia pericia psicosocial (folio 31 a 42) así lo recomendaba y la misma trabajadora social del Poder Judicial solicitó aplicar las reglas dispuestas por Corte Plena para evitar la revictimización. Sin embargo, nada de ello se ejecutó y por el contrario, de manera precipitada y sin fundamento se concluye que el ofendido no tiene interés en el proceso. En consecuencia, al existir los vicios reclamados se declaran con lugar los dos motivos del recurso de casación interpuesto por la representación del Ministerio Público. Se anula integralmente la sentencia y el debate que le precedió y se ordena el reenvío para la nueva sustanciación."

## **21. Conducción de Testigos al Debate y Testigo en Altamar**

[Sala Tercera]<sup>xxiii</sup>  
Voto de mayoría

"III. En el segundo motivo, se reclama el rechazo de prueba esencial para la defensa, concretamente la declaración de M.P.C. Indica el recurrente que la defensa solicitó la suspensión del debate para hacer comparecer a dicho testigo que en ese momento se encontraba en alta mar, petición que fue rechazada por carencia de lanchas patrulleras para hacerlo comparecer, pese a que, según indica, se desprende de los hechos probados que a dicho testigo le constan los mismos de primera mano. El reclamo no es atendible: En el presente caso los hechos fueron presenciados por dos menores de edad: J.D.S.M. y M.P.C.. Ambos fueron aceptados como testigos (ver folio 227). El primero declaró en el debate, y el segundo fue citado personalmente pero no compareció (ver folio 291). El Tribunal prescindió de él pues en ese momento se encontraba en alta mar y la policía tenía reparando sus lanchas en Puntarenas, de manera que se hacía materialmente imposible la comparecencia del testigo (ver folio 320). El artículo 353 del Código Procesal Penal dispone expresamente que *"si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba"*. De manera que es completamente legítima la decisión del Tribunal de prescindir de dicho testigo. En este caso el rechazo de la prueba no se debió a la arbitrariedad del Tribunal de Golfito, como lo sugiere el recurrente, sino a la imposibilidad material de la fuerza pública de esa localidad

costera de enviar una lancha patrullera a alta mar a tratar de localizar dicho testigo. De manera que la actuación del Tribunal se ajusta a las normas procesales y resulta en este caso justa y equilibrada, debiendo rechazarse el reclamo en cuanto a este extremo."

## **22. Incomparecencia de Testigos Esenciales al Debate y Suspensión del Debate**

[Sala Tercera]<sup>xxiv</sup>  
Voto de mayoría

"IV. CUARTO MOTIVO. Alega el licenciado Rojas Navarro que el Tribunal se apartó de lo postulado en el artículo 336 del Código Procesal Penal, pues la audiencia fue realizada con múltiples interrupciones, se suspendió el debate varias veces y por más de diez días, específicamente por 19 días hábiles y por 27 naturales (folios 213 y 214). Esta Sala ya se ha pronunciado sobre este aspecto y ha explicado claramente la forma correcta de contar los diez días de marras. Las sentencias 156-F de las 08:45 horas de 20 de mayo de 1994, 348-F de las 09:50 horas de 09 de septiembre de 1994 y 1136-98 de las 10:45 horas de 20 de noviembre de 1998 constituyen precedentes notorios. La última reza que "En el único motivo de su recurso por vicios in procedendo, el defensor particular del imputado reclama como violado el artículo 361 del Código de Procedimientos Penales de 1973, por cuanto el debate se suspendió por un término superior a los diez días hábiles, lo que está sancionado con nulidad por la norma citada. La argumentación de la defensa se apoya en que entre el día en que inició la audiencia oral (15 de junio de 1998) y la última suspensión, señalada para el dos de julio de 1998, mediaron más de 10 días, con lo cual se violó el principio de continuidad. III.- El motivo debe declararse sin lugar. Si bien la situación que describe el impugnante efectivamente ocurrió, pues de acuerdo a las constancias del expediente el debate se inició el 15 de junio de 1998 (folio 53) y el mismo concluyó el 2 de julio del mismo año (ver folio 65 frente y vuelto), habiendo transcurrido entre ambas fechas trece días hábiles, lo cierto es que en dicho intervalo se verificaron dos sesiones orales, el 26 de junio (folio 63 frente) y 29 de junio (folio 63 vuelto), no mediando entre las mismas un término superior al permitido por el artículo 361 citado. Además, estas suspensiones ordenadas por el órgano de instancia se originaron en el interés de hacer comparecer al proceso a varios testigos que no acudieron al llamado judicial, de donde la actuación de aquel resulta acorde con lo dispuesto por el inciso 3º del numeral 361 ya citado. Según lo anterior, en los actos cumplidos y que se cuestionan esta Sala no advierte la concurrencia de vicio procesal alguno, toda vez que "... La suspensión del debate, en resguardo de la inmediación y continuidad, no puede superar el término de diez días cada vez que es decretada; esto es, los diez días comienzan a correr en cada una de las oportunidades en que se decreta la suspensión, de modo que no son acumulativos y la

suma de las distintas suspensiones puede superar los diez días. (Al respecto ver la sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia N° 156-F, de las 8:45 hrs. del 20 de mayo de 1994.) ...”, Sala Tercera, Voto N° 348-F-94, de las 9:50 hrs. del 09 de setiembre de 1994. En todo caso, y aún cuando hipotéticamente se indicara que la suspensión superó el término máximo que permite la legislación procesal -extremo que según se explicó debe descartarse- es claro que con ello no se ha producido ningún perjuicio al reclamante, pues de la lectura del acta del debate se desprende que el aquí recurrente nunca objetó las suspensiones que se ordenaron por parte del tribunal de mérito, sino que por el contrario -según se colige de la constancia de folio 84- “... existió consenso entre las partes para continuar el debate luego de vencidos los diez días de ley, y que a las partes se les explicó debidamente que el debate no podía continuar posteriormente si todas las partes no estaban de acuerdo en su continuación fuera de los diez días, y que de no estarlo habría que resolver ese mismo día ...”. Como se deduce de lo anterior, la defensa no sólo no impugnó las decisiones que fue adoptando el tribunal de instancia al suspender en varias oportunidades el juicio, sino que expresamente estuvo de acuerdo en ello, concurriendo así a provocar la situación que ahora señala, que de todos modos no constituye irregularidad procesal alguna. En todo caso, y a título de mayor abundamiento, la misma Sala Constitucional se ha pronunciado sobre este tema, indicando que “... no lesiona el debido proceso, la suspensión del debate por un plazo mayor al de diez días, previsto por el artículo 361 del Código de Procedimientos Penales, si las partes estuvieren de acuerdo en prorrogarlos, y dicha circunstancia no lesiona la intermediación que debe privar en esa etapa del proceso ...”, voto N° 5541-97, de las 12:12 horas del 12 de setiembre de 1997, publicado en el Boletín Judicial N° 192 del martes 07 de octubre de 1997. De conformidad con las razones expuestas, al no existir ninguna lesión a los derechos y garantías del imputado, ni haberse afectado el debido proceso, se rechaza el recurso interpuesto.” En este caso contra Valverde Salazar nótese los siguientes elementos: a) el debate inicia el 11 de octubre de 2002 y se suspende por primera vez sin oposición de los defensores y para hacer llegar a los testigos, lo que consta en el acta: “...Los testigos se localizaron y se citaron pero no se presentaron. Fiscal pide se señale continuación. Defensa no agrega nada. El Debate continúa el día 24 de Octubre a las 8:00 horas. El defensor Rolando Rojas dice tiene otro debate si puede venir viernes 25 Octubre a las 8:00 hrs” (folio 140); b) el debate continúa ese 25 de Octubre y se suspende por segunda ocasión, con oposición de los licenciados Alejandra Madrigal Pacheco y Rolando Rojas Navarro y para hacer llegar a varios testigos que fueron citados pero no se presentaron, según consta en el acta a folios 155 a 158; c) consta a folio 171 que no fue posible continuar el debate el 1 de noviembre de 2002 pues el fiscal Osvaldo Henderson García estaba incapacitado, razón que esta Sala encuentra procedente; d) el 7 de noviembre del mismo año, el debate continúa precisamente con la declaración de los testigos (folios 178 a 182 y 221 a 223). Las suspensiones en este caso no fueron antojadizas, ni irracionales. El interés de hacer llegar a los testigos –

debidamente citados pero que se negaban a asistir por diversas razones- es un motivo válido y suficiente para decretarlas. El Tribunal no incurre en violación alguna del debido proceso –en especial del derecho de defensa- pues entre una continuación y otra no existen más de diez días hábiles, según se ordena en el Código Procesal Penal vigente. De esta forma y a pesar de que las tres sentencias citadas –a saber, 156-F de las 08:45 horas de 20 de mayo de 1994, 348-F de las 09:50 horas de 09 de septiembre de 1994 y 1136-98 de las 10:45 horas de 20 de noviembre de 1998- se refieren a la normas del Código de Procedimientos Penales, esta Sala confirma el criterio externado en ellas por ser de igual situación fáctica aunque en relación con el Código Procesal Penal vigente. De igual forma, el Tribunal debe utilizar los medios legales pertinentes para hacer llegar al debate los testigos que no se presenten a rendir declaración y sean prueba esencial; este criterio está contenido en la Sentencia 1410-99 de las 08:38 horas de 12 de noviembre de 1999 de esta Sala, la cual indica: “III-...No sobra manifestar que en el pronunciamiento se alude al Código Procesal Penal vigente, para fundamentar la obligación del Ministerio Público de coadyuvar en la localización y presentación de los testigos que deben declarar en el debate (deber que no está expresamente indicado en la legislación procesal anterior aunque sí en la presente), obligación que en todo caso debe desarrollar como órgano auxiliar de la Administración de Justicia. Pero no se concuerda con la afirmación del a-quo, que "La concepción actual bajo el prisma nuevo proceso penal, es que el tribunal tiene un compromiso menor en la búsqueda de la verdad, por lo que corresponde al fiscal asumir un mayor protagonismo en aspectos tales como la citación, localización de testigos, e incluso en el traslado de éstos a la audiencia cuando exista renuencia a comparecer, como sucedió en este caso". No puede afirmarse que el nuevo código, minimice la obligación del tribunal de la búsqueda de la verdad, pues si se ha entendido el proceso como el conjunto de actuaciones dirigidas a reconstruir el hecho hasta donde las pruebas lo permitan, es decir, que su objeto es la averiguación de la verdad, a tal cuestión están obligados, en primer lugar el tribunal, y luego todos los sujetos procesales que participan en él, pero el principal deber es de los juzgadores, y para cumplir con ese cometido, están autorizados para valerse de la fuerza pública. Así resulta de las correspondientes normas que a continuación se detallan: Artículo 62: "El Ministerio Público...practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo"; Artículo 139: "El tribunal y el Ministerio Público podrán requerir la intervención de la fuerza pública y disponer las medidas necesarias para el cumplimiento seguro y regular de los actos que ordenen en el ejercicio de sus funciones"; Artículo 180: "El Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación"; Artículo 208: "Si el testigo no se presenta a la primera citación, se le hará comparecer por medio de la fuerza pública"; Artículo 237: "El Ministerio Público podrá ordenar que una persona sea detenida, cuando...c) Para la

investigación de un delito, sea necesaria la concurrencia de cualquier persona"; Artículo 324: "Preparación del juicio...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 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"; Artículo 336: en cuanto a la suspensión del debate, la permite, entre otros motivos: "c) Cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable, salvo que pueda continuarse con la recepción de otras pruebas hasta que el ausente sea conducido por la fuerza pública"; Artículo 353: "Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia". IV.- ...Por ello, debe declararse con lugar el recurso formulado, anular la sentencia y el debate que la precedió y ordenar el reenvío para nueva sustanciación." La actuación del Tribunal resulta concordante con lo ordenado en la normativa procesal penal vigente pues su obligación es descubrir la verdad real. El suspender las audiencias para que los testigos declaren –cuando se niegan a acudir al debate y son prueba esencial- no es una potestad, es un deber."

### **23. Posibilidad de Admitir Prueba de la que se Había Prescindido**

[Sala Tercera]<sup>xxv</sup>

Voto de mayoría

"Si bien es cierto el hecho de que el Ministerio Público prescindió del testimonio del señor Calderón, lo hizo, según consta en el acta de debate, porque el Tribunal, ante la ausencia del deponente, concede diez minutos al fiscal para que lo localice y lo haga llegar a la audiencia. Cuando se reanuda el debate, ante la no comparecencia del testigo el fiscal prescinde de la prueba. Cuando se está incorporando la prueba documental, él solicita se reciba la declaración del señor Calderón, que ya para ese momento se había hecho presente, petición acogida por el Tribunal. Como se observa, en este caso la prescindencia de la prueba no surge tras una valoración de su contenido por parte de aquella representación, sino porque materialmente no contaba con el testigo, aunque había sido ofrecido por él y había gestionado su presencia en el juicio. No puede por tanto señalarse que el fiscal no haya sido responsable en el ejercicio de su función, al haber prescindió de esa prueba por la imposibilidad de presentarla en el término fijado por el Tribunal. El artículo 353 del Código Procesal Penal pretende que el juicio no se prolongue indefinidamente y que no haya que volverlo a empezar y recibir nuevamente toda la prueba ante la ausencia de un testigo. Tal pretensión no se vulnera con la actuación del Tribunal al recibir la declaración,

puesto que se hizo cuando en el juicio se estaba incorporando la documental. No se había concluido con la fase de recepción. No se trata de prueba para mejor resolver, como bien señala el recurrente, ya que no versa sobre aspectos nuevos, sino que fue admitida por el juzgador y conocida por las partes, y no resulta en consecuencia sorpresiva para ninguna de ellas. De conformidad con el artículo 180 del Código Procesal el Ministerio Público y los Tribunales tienen el deber de buscar la verdad real y si bien esta verdad no puede obtenerse por cualquier medio, sino únicamente por aquellos lícitos, ningún derecho fundamental se ve lesionado con la introducción al debate del testimonio del señor Calderón, testigo ofrecido por el Ministerio Público, admitido por el Tribunal y sobre el cual las partes tenían conocimiento. Si bien se prescindió en el juicio oral de su testimonio, como se indicó línea atrás, fue por su ausencia en debate y por el poco tiempo otorgado para hacerlo comparecer y no por una valoración que sobre la pertinencia de su testimonio hubiere realizado el fiscal."

**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.

---

<sup>i</sup> ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7594 del diez de abril de 1996. **Código Procesal Penal**. Vigente desde: 01/01/1998. Versión de la norma 21 de 21 del 05/03/2013. Publicada en: Gaceta No 106 del 04/06/1996. Alcance: 31.

<sup>ii</sup> LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. (2012). **Proceso Penal Comentado: Código Procesal Penal Comentado**. Editorial Jurídica Continental. 5<sup>ta</sup> Edición. San José, Costa Rica. Pp 545-546.

<sup>iii</sup> TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1561 de las ocho horas con treinta minutos del dieciocho de julio de dos mil trece. Expediente: 12-001025-1092-PE.

---

<sup>iv</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1313 de las diez horas con veintiocho minutos del veintinueve de agosto de dos mil doce. Expediente: 06-001380-0065-PE.

<sup>v</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1178 de las dieciséis horas con treinta y cuatro minutos del veintidós de septiembre de dos mil once. Expediente: 05-001661-0219-PE.

<sup>vi</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1053 de las quince horas con cincuenta y dos minutos del dieciocho de agosto de dos mil once. Expediente: 09-200091-0479-PE.

<sup>vii</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE CARTAGO. Sentencia 178 de las once horas con treinta y seis minutos del diez de junio de dos mil once. Expediente: 08-000335-0345-PE.

<sup>viii</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 377 de las diez horas con veintiséis minutos del veintiocho de marzo de dos mil once. Expediente: 05-001211-0277-PE.

<sup>ix</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SANTA CRUZ. Sentencia 27 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del once de febrero de dos mil once. Expediente: 05-200253-0414-PE.

<sup>x</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1018 de las nueve horas con veinticinco minutos del dos de septiembre de dos mil diez. Expediente: 06-202446-0472-PE.

<sup>xi</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 758 de las nueve horas con nueve minutos del cinco de junio de dos mil nueve. Expediente: 08-007968-0042-PE.

<sup>xii</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE CARTAGO. Sentencia 351 de las diecinueve horas con veintidós minutos del veintiuno de noviembre de dos mil ocho. Expediente: 00-000388-0064-PE.

<sup>xiii</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN. Sentencia 282 de las quince horas con diez minutos del veinticinco de junio de dos mil ocho. Expediente: 06-200461-0457-PE.

<sup>xiv</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 266 de las catorce horas con diez minutos del veintisiete de marzo de dos mil ocho. Expediente: 04-017957-0042-PJ.

<sup>xv</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 47 de las diez horas con cincuenta y cinco minutos del dieciocho de enero de dos mil ocho. Expediente: 01-201629-0485-PE.

<sup>xvi</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 811 de las diez horas con cincuenta y cinco minutos del diez de agosto de dos mil siete. Expediente: 02-200126-0634-PE.

<sup>xvii</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 10799 de las doce horas con tres minutos del veintiséis de julio de dos mil siete. Expediente: 07-009805-0007-CO.

---

<sup>xviii</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 638 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del ocho de junio de dos mil siete. Expediente: 03-022801-0042-PE.

<sup>xix</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1233 de las dieciséis horas del veintidós de noviembre de dos mil seis. Expediente: 04-001283-0623-PJ.

<sup>xx</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1186 de las ocho horas con treinta minutos del diez de noviembre de dos mil seis. Expediente: 03-001993-0623-PJ.

<sup>xxi</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 671 de las nueve horas con cincuenta minutos del diecinueve de julio de dos mil seis. Expediente: 99-029469-0042-PE.

<sup>xxii</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 487 de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del veintiséis de mayo de dos mil seis. Expediente: 03-800336-0275-PJ.

<sup>xxiii</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1188 de las diez horas con seis minutos del ocho de octubre de dos mil cuatro. Expediente: 03-000090-0455-PE.

<sup>xxiv</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 102 de las ocho horas con cincuenta minutos del veintiuno de febrero de dos mil tres. Expediente: 02-000273-0071-PE.

<sup>xxv</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 303 de las nueve horas con cincuenta minutos del cinco de abril de dos mil dos. Expediente: 99-202478-0275-PE.