

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: ANTICIPO JURISDICCIONAL DE LA PRUEBA

RESUMEN: En el siguiente informe investigativo, se aborda el tema del anticipo jurisdiccional de prueba que se encuentra regulado principalmente en los artículos 293 y 294 del Código Procesal penal. Desde la perspectiva doctrinaria se incorporan dos documentos del Ministerio Público, en donde se exponen los motivos por los cuales se puede dar el anticipo de la prueba, así como los casos en los que ésta se puede realizar de urgencia sin la necesaria presencia del imputado. A los efectos, se incorporan los artículos del Código Procesal Penal relacionados, así como numerosa jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal, como de la Sala Tercera, relacionada con la temática en estudio.

Índice de contenido

1. Doctrina.....	2
a. Derecho del Imputado de Asistir al Momento de Recabar Prueba por medio del Anticipo Jurisdiccional de Prueba.....	2
b. Casos de Urgencia en que es Materialmente Imposible la Presencia del Imputado.....	4
c. Comentario al Artículo 294 del Código Procesal Penal (Urgencia de Practicar el Anticipo Jurisdiccional de Prueba).....	5
2. Normativa.....	6
a. Código Procesal Penal.....	6
3. Jurisprudencia.....	9
a. Derecho del Imputado de Intervenir en los Actos Procesales que Incorporan Elementos de Prueba.....	9
b. Incorporación al Debate del Testimonio Recabado Conforme a las Reglas del Anticipo Jurisdiccional de la Prueba.....	11
c. Alcances del Concepto "Obstáculo Difícil de Superar".....	21

d. Extrema Urgencia de Recabar Testimonio Tratándose de Turista que Abandona el País	23
e. Presupuestos y Etapa Procesal para que Proceda el Anticipo Jurisdiccional de la Prueba.....	27
f. Innecesaria Presencia del Abogado Defensor.....	41

DESARROLLO:

1. Doctrina

a. Derecho del Imputado de Asistir al Momento de Recabar Prueba por medio del Anticipo Jurisdiccional de Prueba

[MINISTERIO PÚBLICO]¹

“El artículo 12 del Código Procesal Penal establece que la defensa es inviolable para cualquiera de las partes en el proceso, y el imputado es una de esas partes. La misma norma es categórica al disponer que “el imputado tendrá derecho a intervenir en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas”. El recibo de una declaración testimonial al parecer incriminante constituye un acto trascendental para la defensa (material o técnica), puesto que puede marcar la suerte de quien es tenido como presunto autor de un hecho delictivo. Mediante esa prueba se procura reproducir el hecho objeto de juzgamiento. En esa medida tiene el inculpado el derecho de presenciar y escuchar de qué forma se evacua esa probanza, así como el de preparar, con el defensor, los cuestionamientos que eventualmente se harían al deponente. Se trata de uno de los casos en que el incriminado, en suma, podría hacer uso pleno de su defensa material. El numeral 82 ibídem en el aparte d), prevé el derecho del imputado a “enterarse de los hechos que se le imputan”. Para recabar prueba mediante el trámite del “anticipo jurisdiccional”, las partes deben ser citadas y se les reconoce el derecho de asistir y ejercer todas las facultades y obligaciones que la ley procesal les reconoce (Art. 293 in fine

CPP). Es un acto procesal asimilable al debate en el tanto se evacua un dato probatorio que podría tornarse decisivo y que necesariamente, a través de la oralidad e intermediación, podría ser controlado por los propios interesados. Es de recordar que una de las excepciones a la oralidad, elemento caracterizante del juicio, es, casualmente, el recibo anticipado de pruebas en sede jurisdiccional [Art. 334 a) CPP]. El interés de evacuar testimonios mediante ese trámite, es porque “no podrá recibirse durante el juicio” (Art. 293 ib.), con lo cual la intermediación y la efectividad del contradictorio, se verían seriamente afectadas. De ahí que es legislador es riguroso en lo correspondiente al anticipo jurisdiccional de prueba, disponiendo el derecho de asistir a la diligencia todos los que sean parte en el proceso, incluyendo, desde luego, al imputado. Consta en autos la persistente actitud del Defensor del imputado a lograr que su defendido acuda a la diligencia, con resultados infructuosos (Cfr.

fs. 44; fs. 207 a 211; 284 a 291). El motivo expuesto por el Tribunal para prescindir del justiciable, es inatendible. Se dijo que de ordenarlo así afectaría "la estabilidad emocional" de los menores que declararían ante el imputado (f. 207). Admite este Tribunal que conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de la Niñez y la Adolescencia, las autoridades deben procurar evitar provocar situaciones eventualmente lesivas a los menores. Sin embargo debe considerarse que en el caso presente emergía un verdadero conflicto de intereses, entre el anotado por el juez y la defensa efectiva del menor imputado. En tal caso debió tomarse las previsiones correspondientes para que IA pudiera tener la oportunidad de estar presente en la diligencia de acopio de prueba, sin afectar a los menores declarantes, ideando un procedimiento conforme al cual los menores declarantes no percibieran la presencia del inculpado. Igual se ha estilado en el debate cuando aquél manifiesta su interés de escuchar la prueba y se requiere, no obstante, que menores víctimas no lo encaren para no acentuar el trauma cuando, sobre todo, cuando los hechos juzgados son de carácter sexual. Véase a ese respecto el artículo 127 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Dentro de ese contexto se inscribe también el numeral 212 del Código Procesal Penal. El juez no obstante soslayó cualquier medida tendente a tutelar los derechos de defensa del imputado, enfocando su preocupación por proteger la "estabilidad emocional" de los menores declarantes, lo cual, por sí mismo no es censurable, sino el de no haber optado por medidas intermedias que permitieran conciliar ambos intereses, utilizando la inventiva, la creatividad o, simplemente, el sentido común, sin atropellar las formas establecidas. Tal defecto afectó de manera decisiva la intervención y asistencia del imputado dentro del proceso [Artículo 178 inciso a) CPP]. Se trata de una garantía que resguarda el derecho de defensa no sólo contenida en forma expresa en el Artículo 39 de la Constitución Política, sino en los cánones 14 apartes 3 d) y e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Aprobado por Ley 4229 de 11 de diciembre de 1968) y 8 apartes 2 e) y f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Aprobada por Ley 4534 de 20 de febrero de 1970). Así las cosas, corresponde anular la sentencia de mérito y el debate que le dio origen. Se reenvían las diligencias para que se emite un nuevo fallo, esta vez ajustándose a las prescripciones legales. Por las razones expuestas no se estima necesario pronunciarse, como se indicó, respecto al primer reclamo presentado..."."

b. Casos de Urgencia en que es Materialmente Imposible la Presencia del Imputado

[MINISTERIO PÚBLICO]²

"TRIBUNAL DE CASACION PENAL Voto No. 1009 de las diez horas cinco minutos del siete de diciembre de dos mil uno.

"...En primer término se reclama que no se hizo uso un traductor oficial para recibir el testimonio de la víctima

El Código Procesal Penal no exige la utilización de un traductor oficial, pues lo que establece es que, cuando una persona no comprenda o no pueda expresarse en español, se le proveerá de un traductor (artículo 130). El artículo 161 de la Ley Orgánica del Poder Judicial encarga a la Corte Suprema de Justicia las normas reguladoras para la selección de peritos judiciales en general, dentro de los cuales se ha ubicado a los traductores. Pero debemos entender que en casos especiales, como el que nos ocupa, el tribunal puede acudir a una persona que conozca el idioma del testigo y lo traduzca al español. Oportunamente el representante del Ministerio Público justificó la necesidad del anticipo porque los testigos eran extranjeros y abandonarían la localidad al día siguiente de la gestión, trasladándose a San José y luego a su país de origen (folios 17, 18, 71 y 72). Ante la urgencia invocada por el Ministerio Público y con autorización del Juzgado Penal Juvenil (folio (folio 35), el Juzgado Contravencional de Garabito recibió la prueba anticipada. Se trata de una situación de excepción, e que no existe problema alguno en que un traductor realice esa labor. La recurrente señala que la traductora no era una persona idónea para llevar a cabo tal acto, pero no aporta prueba ni señala el por qué debemos entender que no estaba capacitada para tal labor. En todo caso realizó la traducción en presencia de la jueza, el fiscal y el defensor, lo que garantiza suficientemente el derecho de defensa del menor de edad. También se reprocha que no procedía la comisión del Juzgado Penal Juvenil de Puntarenas al Contravencional de Garabito porque el artículo 118 de la Ley Orgánica no lo autoriza. Tampoco resulta atendible este reclamo, pues la propia Ley Orgánica establece que los Tribunales se prestarán mutuo auxilio para la práctica de diligencias que fueren necesarias y se ordenaren en la sustanciación de los asuntos judiciales. Lo propio ocurre con el Código Procesal Penal (artículo 153), que resulta aplicable a la materia que nos ocupa (artículo 9 de La Ley de Justicia Penal Juvenil). El Juzgado Penal Juvenil justificó adecuadamente las razones de la comisión, concretamente la distancia del Despacho al sitio donde se realizaría la prueba y el exceso de trabajo pendiente (folio 35). A estas razones se suman que no se trataba de recibir la declaración del menor de edad, sino el testimonio de

un mayor de edad, en lo cual no se involucra la especialidad de la materia penal juvenil. Finalmente se indica que debió comunicarse al menor de edad la realización del anticipo jurisdiccional de prueba, para que participara en ese acto. Según se aprecia en la causa, a las diecisiete horas treinta minutos del seis de marzo del dos mil, ... se encontraba rindiendo su declaración ante el Juzgado Penal Juvenil y de Familia de Puntarenas (folios 31 y 32). Por su parte el anticipo jurisdiccional de prueba se realizó a las dieciséis horas quince minutos de ese mismo día (folios 11 a 14), lo que implica que era materialmente imposible que el menor tuviese la posibilidad de estar en ambos lados a la vez. En todo caso la pureza del acto se garantiza con la presencia del juzgador, la representante del Ministerio Público y la defensora asignada licenciada ... (en tal sentido Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 6469-99, de las 14:33 horas del 18 de agosto de 1999). No se aprecia de qué forma podía afectarse el derecho de defensa de ..., máxime que el derecho de objetar la prueba testimonial o de realizar preguntas a los deponentes se garantizó a través de la presencia de un miembro de la defensa pública. A lo expuesto debe agregarse que la sentencia no se basa exclusivamente en la prueba obtenida por anticipo jurisdiccional. Se recibió en la audiencia el testimonio de .., quien también da cuenta de la comisión del delito por el menor de edad ... (folios 164 a 166). Por lo anterior no resulta atendible los reclamos formulados en el recurso de casación...."

c. Comentario al Artículo 294 del Código Procesal Penal (Urgencia de Practicar el Anticipo Jurisdiccional de Prueba)

[LLOBET RODRÍGUEZ, Javier]³

"(1) La urgencia se refiere a que el acto no puede esperar porque de lo contrario no se podría conseguir el resultado que se espera de él (Así: Núñez. Código..., p. 185). Supuestos en que no hay que proceder a la citación son aquéllos en que la eficacia del acto particular depende de la reserva parcial de las actuaciones (Art. 296 C.P.P.). La Sala Constitucional en voto 3477-2000 del 28-4-2000 dijo: "Solo cuando no se tiene individualizado al imputado, o en casos de extrema urgencia el Juez podrá prescindir de la citación a las partes a efecto de realizar el anticipo jurisdiccional de prueba. Cuando se dice partes indudablemente el imputado es una de ellas, a efecto de que tenga la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa material, no solo a la técnica a través de su abogado defensor, según lo determina el artículo 12 del Código Procesal Penal. Ahora bien, la calificación de la extrema urgencia es de resorte del Juez, siendo que si la defensa considera que la valoración al respecto es errónea y que por lo tanto la diligencia debe ejecutarse en otro momento, con la

presencia del o los imputados, debe protestar por el vicio cuando lo conozca, describiendo el defecto y proponiendo la solución correspondiente, no solo para evitar la convalidación del vicio, si no es un defecto absoluto (artículos 175 y siguientes del Código Procesal Penal), sino además por el deber de lealtad que se impone a las partes litigantes en el proceso penal (artículo 127 ídemf).

(2) El nombramiento del defensor público se debe realizar con respecto al imputado, no con relación a las otras partes que por motivos de urgencia no pudieron ser citadas. El nombramiento del defensor público debe realizarse en todos los casos en que no habiendo sido citado el defensor particular del imputado, dicho defensor no interviene en el acto. Si no ocurriera ello se desnaturalizaría el sentido del procedimiento de prueba anticipada, que tiende a garantizar que el imputado a través de su defensa técnica pueda tener un control con respecto a la prueba incriminatoria en su contra y a interrogar directamente a los testigos. En sentido contrario Daniel González admite que pueda practicarse prueba anticipada sin previa cita de las partes y sin nombramiento de un defensor público. Así manifiesta: "La norma señala que el defensor público se designa sólo en caso '... de ser necesario...'. Esa necesidad la examina el juez en cada caso concreto y debe ser apreciada según la trascendencia del acto que deba realizarse y los efectos que se presume pueda llegar a tener para la defensa o la condena del imputado. Lo deseable - desde luego - sería que el defensor público participara en todos los casos, para lo cual debe estar disponible y acudir tan pronto como sea llamado, aún cuando ignore qué clase de acto se va a ejecutar y a quién afectará' (González. El procedimiento preparatorio, p. 592). Indica Daniel González con respecto al nombramiento del defensor público: "Para tales efectos, el Departamento de Defensores Públicos deberá tener al menos un defensor de turno, que eventualmente pueda ser llamado a acompañar a las autoridades a realizar los anticipos de prueba sin previo aviso a las partes" (González. Procedimiento preparatorio..., p. 592).

(3) No es explicable por qué se no se admite que no se prescindiera de la citación previa en este supuesto y sí en los otros supuestos."

2. Normativa

a. Código Procesal Penal⁴

Artículo 293.- Anticipo jurisdiccional de prueba

Cuando sea necesaria la práctica de un acto definitivo e irreproducible, que afecte derechos fundamentales, o deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá recibirse durante el juicio o, cuando por la complejidad del asunto, exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales sobre lo que conoce, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir al juez que la realice o reciba.

El juez practicará el acto, si lo considera admisible, citando a todas las partes, quienes tendrán derecho de asistir, con todas las facultades y obligaciones previstas por este Código.

Artículo 294.- Urgencia

Cuando se ignore quién podría ser el imputado o si alguno de los actos previstos en el artículo anterior es de extrema urgencia, el Ministerio Público podrá requerir verbalmente la intervención del juez y este practicará el acto con prescindencia de las citaciones previstas y, de ser necesario, designará un defensor público para que participe en el acto.

Cuando se ha procedido por urgencia, después de practicado el acto, deberá ser puesto en conocimiento de las partes.

No se podrá prescindir de la citación previa en los casos en que deba recibirse declaración a un testigo ante la posibilidad de que olvide circunstancias esenciales.

Artículo 317.- Facultades y deberes de las partes

Dentro del plazo previsto en el párrafo primero del artículo trasanterior, las partes podrán:

- a) Objeter la solicitud que haya formulado el Ministerio Público o el querellante, por defectos formales o sustanciales.
- b) Oponer excepciones.
- c) Solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional, la suspensión del proceso a prueba, la imposición o revocación de una medida cautelar o el anticipo de prueba.

d) Solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, de un criterio de oportunidad o la conciliación.

e) Ofrecer la prueba para el juicio oral y público, conforme a las exigencias señaladas para la acusación.

f) Plantear cualquier otra cuestión que permita una mejor preparación del juicio.

Dentro del mismo plazo, las partes deberán ofrecer los medios de prueba necesarios para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar.

Artículo 319.- Resolución

Finalizada la audiencia, el tribunal resolverá inmediatamente las cuestiones planteadas, salvo que por lo avanzado de la hora o lo complejo de los asuntos por resolver, difiera la solución hasta por cuarenta y ocho horas.

Analizará la procedencia de la acusación o la querrela, con el fin de determinar si hay base para el juicio o, en su caso, si corresponde total o parcialmente desestimar la causa o sobreseer al imputado.

También podrá examinar, conforme al procedimiento establecido, si corresponde aplicar un criterio de oportunidad, el procedimiento abreviado, suspender el procedimiento a prueba o autorizar la aplicación de las reglas para asuntos de tramitación compleja.

Resolverá las excepciones planteadas, ordenará los anticipos de prueba que correspondan y se pronunciará sobre la separación o acumulación de juicios.

Decidirá sobre la admisibilidad de la prueba ofrecida para el juicio.

Si las partes han llegado a algún acuerdo sobre la acción civil, ordenará lo necesario para ejecutar lo acordado.

En esta misma oportunidad, el tribunal deberá examinar la procedencia, ratificación, revocación o sustitución de las medidas cautelares.

Artículo 327.- Anticipo de prueba

El tribunal podrá ordenar que se reciba cualquier prueba que sea urgente o que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá recibirse en el debate.

Los actos deberán cumplirse en la forma prevista para el anticipo

jurisdiccional de prueba.

Artículo 334.- Excepciones a la oralidad

Sólo podrán ser incorporados al juicio por su lectura:

a) Las pruebas que se hayan recibido conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la reproducción, cuando sea posible.

b) La denuncia, la prueba documental y los peritajes, los informes, las certificaciones y las actas de reconocimiento, registro, inspección, secuestro, requisa, realizadas conforme a lo previsto por este Código.

c) Las declaraciones prestadas por coimputados rebeldes o absueltos.

d) Las actas de las pruebas que se ordene recibir durante el juicio, fuera de la sala de audiencias.

Cualquier otro elemento de prueba que se incorpore por lectura al juicio, no tendrá valor alguno, salvo que las partes y el tribunal manifiesten expresamente su conformidad en la incorporación.

3. Jurisprudencia

a. Derecho del Imputado de Intervenir en los Actos Procesales que Incorporan Elementos de Prueba

[TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL]⁵

"El artículo 12 del Código Procesal Penal establece que la defensa es inviolable para cualquiera de las partes en el proceso, y el imputado es una de esas partes. La misma norma es categórica al disponer que "el imputado tendrá derecho a intervenir en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas". El recibo de una declaración testimonial al parecer incriminante constituye un acto trascendental para la defensa (material o técnica), puesto que puede marcar la suerte de quien es tenido como presunto autor de un hecho delictivo. Mediante esa prueba se procura reproducir el hecho objeto de juzgamiento. En esa medida tiene el inculcado el derecho de presenciar y escuchar de qué forma se evacua esa probanza, así como el de preparar, con el defensor, los

cuestionamientos que eventualmente se harían al deponente. Se trata de uno de los casos en que el inculcado, en suma, podría hacer uso pleno de su defensa material. El numeral 82 ibídem en el aparte d), prevé el derecho del imputado a "enterarse de los hechos que se le imputan". Para recabar prueba mediante el trámite del "anticipo jurisdiccional", las partes deben ser citadas y se les reconoce el derecho de asistir y ejercer todas las facultades y obligaciones que la ley procesal les reconoce (Art. 293 in fine CPP). Es un acto procesal asimilable al debate en el tanto se evacua un dato probatorio que podría tornarse decisivo y que necesariamente, a través de la oralidad e inmediación, podría ser controlado por los propios interesados. Es de recordar que una de las excepciones a la oralidad, elemento caracterizante del juicio, es, casualmente, el recibo anticipado de pruebas en sede jurisdiccional [Art. 334 a) CPP]. El interés de evacuar testimonios mediante ese trámite, es porque "no podrá recibirse durante el juicio" (Art. 293 ib.), con lo cual la inmediación y la efectividad del contradictorio, se verían seriamente afectadas. De ahí que es legislador es riguroso en lo correspondiente al anticipo jurisdiccional de prueba, disponiendo el derecho de asistir a la diligencia todos los que sean parte en el proceso, incluyendo, desde luego, al imputado. Consta en autos la persistente actitud del Defensor del imputado a lograr que su defendido acuda a la diligencia, con resultados infructuosos (Cfr. fs. 44; fs. 207 a 211; 284 a 291). El motivo expuesto por el Tribunal para prescindir del justiciable, es inatendible. Se dijo que de ordenarlo así afectaría "la estabilidad emocional" de los menores que declararían ante el imputado (f. 207). Admite este Tribunal que conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de la Niñez y la Adolescencia, las autoridades deben procurar evitar provocar situaciones eventualmente lesivas a los menores. Sin embargo debe considerarse que en el caso presente emergía un verdadero conflicto de intereses, entre el anotado por el juez y la defensa efectiva del menor imputado. En tal caso debió tomarse las previsiones correspondientes para que [el imputado] I. A. pudiera tener la oportunidad de estar presente en la diligencia de acopio de prueba, sin afectar a los menores declarantes, ideando un procedimiento conforme al cual los menores declarantes no percibieran la presencia del inculcado. Igual se ha estilado en el debate cuando aquél manifiesta su interés de escuchar la prueba y se requiere, no obstante, que menores víctimas no lo encaren para no acentuar el trauma cuando, sobre todo, cuando los hechos juzgados son de carácter sexual. Véase a ese respecto el artículo 127 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Dentro de ese contexto se inscribe también el numeral 212 del Código Procesal Penal. El juez no obstante soslayó cualquier medida tendente a tutelar los derechos de defensa del

imputado, enfocando su preocupación por proteger la "estabilidad emocional" de los menores declarantes, lo cual, por sí mismo no es censurable, sino el de no haber optado por medidas intermedias que permitieran conciliar ambos intereses, utilizando la inventiva, la creatividad o, simplemente, el sentido común, sin atropellar las formas establecidas. Tal defecto afectó de manera decisiva la intervención y asistencia del imputado dentro del proceso [Artículo 178 inciso a) CPP]. Se trata de una garantía que resguarda el derecho de defensa no sólo contenida en forma expresa en el Artículo 39 de la Constitución Política, sino en los cánones 14 apartes 3 d) y e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Aprobado por Ley 4229 de 11 de diciembre de 1968) y 8 apartes 2 e) y f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Aprobada por Ley 4534 de 20 de febrero de 1970). Así las cosas, corresponde anular la sentencia de mérito y el debate que le dio origen. Se reenvían las diligencias para que se emite un nuevo fallo, esta vez ajustándose a las prescripciones legales. Por las razones expuestas no se estima necesario pronunciarse, como se indicó, respecto al primer reclamo presentado."

b. Incorporación al Debate del Testimonio Recabado Conforme a las Reglas del Anticipo Jurisdiccional de la Prueba

[SALA TERCERA]⁶

"La queja debe desestimarse: Esta Sala comparte el criterio del recurrente de que el proceder del Tribunal fue irregular e ilegítimo. Se expone en el fallo que el testigo de cita en efecto compareció al juicio y que, a pesar de las protestas del defensor, los Juzgadores decidieron prevenirle de su derecho de abstención (por ser uno de los acusados padrastrero suyo) y luego de que manifestara su anuencia a declarar, optaron por introducir al debate por lectura el acta en que se recogió su testimonio como anticipo jurisdiccional de prueba, en vez de recibir la probanza oralmente y frente a las partes. Indicó el a quo que las razones por las que se ordenó el anticipo (amenazas al testigo) se mantenían, de manera que se perseguía evitar que sufriera represalias. Tal proceder, como se dijo, es por completo equivocado. Conforme lo expuso la Sala en sentencia No. 483-01 de 9:15 horas de 25 de mayo de 2001: "Ciertamente, de manera expresa en el artículo 326 y por intermedio de una variedad de normas que establecen diversas garantías y principios, el Código de rito erige al juicio -oral, público, contradictorio y continuo, basado en la acusación- como la fase esencial del proceso. Será en esta etapa donde deberán practicarse las pruebas, ante los jueces y las partes, de modo que las recibidas fuera de ella carecerán de todo valor y eficacia para servir de sustento a la sentencia. Esta

regla general admite, sin embargo, varias excepciones establecidas por el legislador, por cuya vía se permite introducir mediante lectura algunos documentos y otras pruebas originadas o producidas en fases anteriores del proceso (artículo 334 ibídem), e incluso las actas que recojan los testimonios de quienes, ya iniciado el debate, se hallan imposibilitados de concurrir a él (artículo 338). Todos esos supuestos significan excepciones al principio de inmediación y entre ellos figuran los testimonios evacuados a través del procedimiento de anticipo jurisdiccional de prueba que prevén los artículos 293 y 294 del texto legal de cita. En esta última hipótesis, de probanzas testimoniales, nos hallamos frente a elementos de convicción que, por su propia naturaleza, deberían ser practicados de modo inmediato y oral en debate. Sin embargo, cuando concurren ciertas circunstancias calificadas, el legislador previó que, excepcionalmente, se reciban fuera de él mediante un trámite que, en la medida de lo posible y salvo casos de extrema urgencia, satisfaga principios propios del juicio oral, como la oralidad y la intervención irrestricta de las partes, con el propósito de que estas puedan presenciar el acto, efectuar interrogatorios y plantear los cuestionamientos e impugnaciones que estimen pertinentes. En lo que resulta de interés para la solución del reclamo que aquí se ventila, el artículo 293 autoriza el anticipo de prueba testimonial siempre y cuando se verifique la concurrencia de alguno de estos presupuestos: i) que, por un obstáculo difícil de superar, se presuma que la declaración no podrá recibirse en juicio; o, ii) cuando por la complejidad del asunto exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales sobre lo que conoce (...). En lo relativo al anticipo de una declaración cuando "por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá recibirse" en debate, el legislador no hace referencia a un número enlistable de supuestos, sino que recurre a un precepto cuya aplicación deberá definirse, de nuevo, en cada caso concreto. La norma, en efecto, establece la existencia de un requisito objetivo, consistente en un "obstáculo", pero compete a los tribunales determinar si él es "difícil de superar" -juicio donde habrán de imperar elementales criterios de la experiencia común, sin perjuicio del auxilio de peritos-, así como emitir un juicio de probabilidad, de manera que sea presumible o previsible que la declaración no podrá ser recibida en debate. Desde luego, la validez de tales juicios -que deberán expresarse siempre en resoluciones fundadas- es revisable tanto en virtud del uso de medios impugnativos como por vía del reclamo por actividad procesal defectuosa. Ahora bien, nótese que la norma no restringe su ámbito de aplicación a la circunstancia de que sea presumible que el testigo -entendido en términos generales, pues bien puede tratarse de un perito al que se le pida un informe oral- "no pueda comparecer al debate", sino más bien al de que el testimonio -o

declaración, en general- "no podrá recibirse durante el juicio", nociones que envuelven significados muy diferentes. En efecto, resulta claro que, ante una persona que se encuentra de paso en el país, o bien, su estado de salud genera el riesgo de un pronto fallecimiento, concurre una evidente previsibilidad de que no podrá comparecer a un debate cuya propia celebración puede ser incierta. Sin embargo, existen otros supuestos en los que el riesgo consiste en que el testimonio "no pueda recibirse en juicio", a pesar de que no se presenten obstáculos de salud o del simple tránsito por el país, que probablemente le impedirían asistir al debate. Así ocurre, por ejemplo, cuando se constata que la persona está siendo sometida a coacciones, amenazas, ofertas de dinero u otro tipo de remuneraciones, en virtud de su conocimiento de los hechos que se investigan y con el propósito de que se abstenga de declarar o rinda falso testimonio. En tales hipótesis puede ser presumible, incluso, que la persona decida voluntariamente -ya fuere por ceder ante las ofertas que le se hicieron, o por temor a que se realicen los males que se le anuncian-, no asistir al juicio al que se le convoque, ocultarse, o incluso autoincapacitarse con la finalidad de hallarse en condiciones que le imposibiliten rendir declaración, así como, desde luego, haber sido incapacitada o muerta en cumplimiento de las amenazas proferidas. De lo dicho se obtiene que esta variante del anticipo jurisdiccional de prueba - aun cuando debe recalcar el carácter siempre excepcional de la medida, pues lo propio y natural es que las probanzas se practiquen directamente en el juicio oral - admite una gama de posibilidades, cuya real constatación debe hacerse en cada caso concreto y que no se resumen en las dos simples hipótesis más conocidas de los extranjeros o nacionales de paso en el país o de quien, por su estado de salud, corre peligro de un pronto deceso. En la especie, el Ministerio Público solicitó al Juez Penal recibir anticipadamente el testimonio de la ofendida atendiendo a los siguientes factores: a) la posibilidad de que la menor, en vista del trauma derivado de los presuntos abusos sexuales sufridos por ella, "bloquee" sus recuerdos; b) la circunstancia de que enfrentaba, al igual que el resto de su familia, agresiones domésticas por parte del justiciable, quien además la amenazó con arma de fuego, "... siendo que la ofendida cree firmemente que el encartado atente contra su vida, siendo esto un elemento importante para asegurar el testimonio de la menor sin que se vea influenciado por el propio encartado, ni por su familia ya que se trata de una situación de abuso dentro del orden familiar..." (sic , folio 3 vuelto), y c) "... con el fin de no victimizar más a la ofendida, sometiéndola a una serie de declaraciones en varias etapas del proceso" (folio 4). Conforme se expuso anteriormente, la existencia de amenazas o coacciones -máxime en un caso como

este, en el que, según apuntó el Ministerio Público, el justiciable recurrió incluso a la exhibición de un arma de fuego ante la menor de edad-, constituye un motivo válido para proceder al anticipo jurisdiccional de prueba, por resultar presumible en ese momento (con prescindencia de lo que sucediese después) que la declaración no podría ser recibida en juicio, ya que existía un evidente riesgo de que la infante fuese influenciada al extremo de no rendir testimonio, o incluso afectada físicamente con idéntico propósito (...). No obstante que, conforme se expuso en el Considerando anterior, la prueba anticipada se practicó con arreglo a los presupuestos excepcionales y las finalidades que contempla la ley y goza, por lo tanto, de plena validez, ello en modo alguno faculta a los juzgadores a omitir citar al testigo cuyo testimonio se evacuó por esa vía -en caso de que se halle en condiciones de comparecer y declarar-, ni menos aún a prescindir de escuchar su declaración de viva voz si la persona se presenta a la audiencia, y optar, en vez de ello, por introducir al debate mediante lectura el documento en que consta la probanza anticipada. Actitud semejante desnaturaliza por completo la esencia del proceso y del anticipo probatorio y deja sin efecto el mandato legislativo de que el juicio constituye su fase más importante. Los jueces no pueden "renunciar" a la inmediación, por ser este uno de los principios fundamentales ínsitos al juicio oral, cuyas excepciones solo las puede establecer el legislador o, en la hipótesis del último párrafo del artículo 334 del Código Procesal Penal, todos los sujetos intervinientes en el proceso de común acuerdo. En el presente caso, consta del acta de debate que la menor ofendida compareció a la audiencia y, pese a la oposición del defensor, los juzgadores se limitaron a preguntarle "¿Quiere o no hablar de los hechos?" (cfr . folio 305) y luego de que respondiera afirmativamente (en virtud de que le asistía derecho de abstenerse de declarar) se le pidió retirarse indicándole que se iba a "... tomar la declaración que usted había dado". Para justificar este proceder, en sentencia los juzgadores expresaron que debía atenderse al interés superior de la menor y al afán de no someterla a nuevo interrogatorio, pues fue entrevistada por tres maestras, una trabajadora social, los miembros del Comité del Niño Agredido, la médico y psiquiatra forense, la fiscal y todas las partes en el anticipo jurisdiccional de prueba. Se refirieron a la revictimización que cada interrogatorio involucraba e invocaron el voto 5543-97, dictado por la Sala Constitucional a las 12,15 hrs. de 12 de setiembre de 1997, donde se hizo ver, con voto salvado de los Magistrados Mora Mora y Piza Escalante , que no violaba el debido proceso el incorporar por lectura el testimonio de un menor de edad, aunque no se estuviese frente a las hipótesis previstas para ello en el artículo 384 del Código de Procedimientos Penales de 1973, si se lo hacía en aras de proteger

la integridad del menor. En torno de estos fundamentos del fallo, la Sala estima necesario hacer las siguientes observaciones. Ciertamente, es indiscutible que el interés superior del niño, en cualquier tipo de proceso en que pueda verse involucrado, es una de las consideraciones primordiales a las que ha de atenderse y así lo dispone el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, normativa que resulta de valor supralegal en la jerarquía del ordenamiento costarricense. Por otra parte, no debe perderse de vista el carácter vinculante erga omnes de la jurisprudencia constitucional en este tipo de resoluciones. Sin embargo, existen notables diferencias que deben señalarse respecto del Código de Procedimientos Penales de 1973 y el texto actual en vigor. En primer término, el Código de rito derogado no contemplaba expresamente medios útiles y eficaces para evitar o, al menos, reducir una posible revictimización del menor ofendido por delitos; en particular los de carácter de ofensa sexual, donde con mayor probabilidad puede producirse ese tipo de fenómeno. El menor de edad debía declarar ante el Ministerio Público o el Juez Instructor, a veces en repetidas ocasiones, además de sus entrevistas médico forenses, psicológicas y psiquiátricas. De nuevo en debate se debía recibir su testimonio, con la posibilidad de que debiera reiterarse en virtud de anulación, no obstante que se produjeron avances jurisprudenciales de trascendencia, contemplando la facultad de retirar al indiciado de la sala de debates mientras se recibía el testimonio de la víctima. El nuevo Código de rito, incorporando, precisamente, los principios que en interés de los menores establecen tanto instrumentos internacionales como leyes internas, contempla un trato distinto que pretende eludir o reducir, en lo posible, las medidas que puedan conllevar efectos revictimizantes en los niños y adolescentes, entre otros. Así, la entrevista (sin valor como prueba) que realiza el Ministerio Público durante la investigación preparatoria puede llevarse a cabo -eventualmente y salvo que se trate de la propia denuncia- exenta de formalidades. El artículo 212 prevé que se reciba privadamente, con el auxilio de familiares o peritos especializados e independientemente de la fase en que se halle el proceso (incluso en debate), el testimonio de los menores; es posible también exceptuar la publicidad del juicio oral cuando se reciban sus declaraciones (artículo 330 inciso e), así como concentrar en un solo acto la práctica de dictámenes médicos y psicológicos, a través de un equipo interdisciplinario (artículo 221). El legislador estableció estos mecanismos en tutela del interés superior de los menores, los cuales, a su vez, permiten asegurar el debido respeto de los derechos e intereses de la persona sometida a juicio de manera compatible y balanceada, pues no se trata de sacrificar innecesariamente ciertos principios en resguardo de otros, sino de acercarlos de modo que todos puedan

ser satisfechos, por lo que no es posible recurrir a medidas no previstas en la ley que tengan por efecto desvirtuar principios fundamentales. En segundo lugar, el voto 5543-97 de la Sala Constitucional, antes citado, hizo referencia a la viabilidad de incorporar en debate las declaraciones rendidas por los menores en la fase instructiva cuando fuere necesario a fin de "... evitar que se vea afectado por tener que revivir la agresión sexual de que fue víctima, o bien porque el menor no quiera o no pueda declarar en forma oral por lo doloroso que la situación le resulta...". En realidad, ya esta Sala de Casación Penal había vertido criterio en el sentido de que, en ciertos supuestos de obvia revictimización, era admisible incorporar mediante lectura las declaraciones que los menores hubieren rendido ante el instructor. Así, en el voto 98-97, de 11,05 hrs. de 7 de febrero de 1997, se indicó que el artículo 384 del Código de Procedimientos Penales de 1973 contemplaba "... en su inciso 3) la potestad del Tribunal de juicio de efectuar tal incorporación a través de lectura, cuando el testigo "... se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar." Según se desprende de la sentencia impugnada y del acta del debate, los menores... de tan solo seis años de edad al momento de celebrarse el juicio oral, y que, además, ostentan la posición de ofendidos o víctimas de los hechos objeto de la acusación, no se hallaban en condiciones de rendir de viva voz sus testimonios, a tal extremo que no quisieron ingresar en la sala de audiencias y "lloraban mucho". Estima esta Sala que, efectivamente, considerando la edad de los testigos, la naturaleza de los hechos sobre los que se requería su interrogatorio (a saber: el abuso sexual del cual habrían sido víctimas), el vínculo que anteriormente mantuvieron con el encartado (quien vivió en unión libre con la denunciante... madre de K... y tía de D...) y el ambiente de formalidad y solemnidad propias de una sala de debates y un juicio oral y público, la reacción de los menores fue natural y comprensible y, en consecuencia, no cabe reparo a la actuación del Tribunal a quo que los estimó inhabilitados para declarar. Con lo anterior de ningún modo se pretende establecer que los menores no estén obligados a declarar, pues tal deber existe y se deriva de la relación de los artículos 224, 225 y 226 ya citados, pero el legislador no estableció causales taxativas que constituyan motivos de inhabilitación y, por el contrario, utilizó la frase "cualquier causa", señalando así la trascendencia del origen del impedimento, siempre que éste, obviamente, sea real y verificable. Consta de la resolución de mérito que el a quo no se negó infundadamente a recibir ningún testimonio, escuchó a los restantes menores que sí pudieron declarar e hizo los esfuerzos necesarios para que los menores K... y D... rindieran su deposición, pero con resultados infructuosos debido al estado anímico que exteriorizaban. En este

supuesto no puede compartir la Sala el criterio del recurrente de que el Tribunal de juicio basó su decisión de incorporar por lectura los testimonios rendidos por los menores en la fase instructiva en "cuestiones subjetivas", sino que objetivamente constató la existencia del impedimento antes de adoptar esa decisión, que contó, por lo demás, con la anuencia de las partes. En razón de lo expuesto, se rechaza el reclamo". De lo anterior se obtiene que, al menos en algunos casos, no era preciso recurrir a normativa supralegal para tener por autorizado ese proceder de introducir en debate mediante lectura los testimonios de los menores, sino que el legislador costarricense ya había adoptado previsiones generales en ese sentido. Ahora bien, el código de rito vigente, conforme se apuntó, dispuso una serie de mecanismos a los que debe acudir con el propósito de evitar o reducir el fenómeno de la revictimización . Es posible, además de las medidas que ya se citaron, optar por el anticipo jurisdiccional de prueba, en supuestos excepcionales y siempre y cuando concurren las causales establecidas en la ley, tal cual ocurrió en el presente caso, en el que se tenían noticias de que la menor fue objeto de amenazas con arma de fuego por el justiciable. Sin embargo, debe tenerse sumo cuidado con el manejo de ideas preconcebidas, cuyos efectos son por lo general perniciosos y siempre lo serán en el ámbito del proceso penal. Así, aun cuando la Sala no descarte la posibilidad de proceder al anticipo jurisdiccional de prueba, recibiendo fuera del debate el testimonio de menores ofendidos cuando exista grave probabilidad de que, debido a condiciones o efectos propios del fenómeno de revictimización , no podrán hacer sus manifestaciones de viva voz en el juicio oral, es necesario -tomando en cuenta el carácter excepcional de la medida- que, al menos, se posean datos objetivos que hagan presumible que tal cosa va a suceder. También, como se indicó en el Considerando anterior, para introducir mediante lectura en debate el acta confeccionada en la diligencia de anticipo -y en sustitución del testimonio oral- se requiere que subsista al menos alguna razón que evidencie la imposibilidad de recibir tal declaración con arreglo a los principios que informan el juicio, a pesar de que no sea idéntica o coincidente con la que motivó la práctica anticipada de la prueba. Debe considerarse, por último, que el artículo 125 del Código de la Niñez y la Adolescencia señala que "Las autoridades judiciales o administrativas deberán evitar, en lo posible, los interrogatorios reiterados o persistentes a los menores víctimas de delitos y se reservarán para la etapa decisiva del proceso . Cuando proceda una deposición más amplia de la persona menor de edad, se tendrá siempre en cuenta su derecho a expresar su opinión". Dicha norma resalta aún más el carácter excepcional de los anticipos jurisdiccionales de prueba en esta materia -sin que esta Sala pretenda, se reitera, desconocer que puedan ser

procedentes si concurren, desde luego, causas que así lo justifiquen-, pues lo cierto es que la etapa decisiva del proceso no es otra que el juicio oral y es entonces a ella a la que, en principio y por regla general, deberá reservarse el testimonio de los menores. En la especie, consta que la ofendida compareció a la audiencia y expresó su deseo por declarar. Incluso la representante del Patronato Nacional de la Infancia hizo ver que, en caso de que se recibiera el testimonio, solo pedía que el justiciable fuese alejado de la sala (cfr . folio 304). En esta tesitura, la decisión del a quo de no escuchar las manifestaciones orales de la menor en el debate -fase decisiva-, ni permitir el interrogatorio de las partes en torno de ellas, resulta por completo arbitraria y vulnera el debido proceso. Significa una renuncia injustificada al principio de inmediación que coarta, asimismo, el contradictorio y el acceso de la defensa a las pruebas y a su posibilidad de cuestionarlas. Es cierto que el anticipo jurisdiccional de elementos probatorios requiere, por su propio carácter, un juicio de "presunción" o probabilidad (de que no podrá recibirse el testimonio); pero una vez en debate y tras haberse constatado que la persona es capaz de declarar, tales juicios son inadmisibles. Para desechar el testimonio oral el a quo recalcó que no debía someterse a la ofendida a interrogatorios que la revictimizaran y que con el propósito de eludir esas secuelas se había recibido mediante anticipo jurisdiccional. No obstante si, como se dijo, la menor acudió al debate y expresó con claridad su deseo por declarar, los razonamientos del a quo para excluir su testimonio de viva voz, solo descansan en ideas preconcebidas y presunciones que resultan del todo inatendibles . Los juzgadores intentaron, en cierto modo, enmendar el defecto incluyendo hipotéticamente lo que, según ellos, la menor pretendía decir (que los hechos acusados eran falsos, producto de un sueño). Sin embargo, es evidente la imposibilidad de conocer el contenido, la orientación o las motivaciones de un testimonio que nunca fue dado. En otros términos, incluir datos que por completo se desconocen constituye, a lo sumo, un mero ejercicio mental incapaz de subsanar el grave defecto que entraña excluir el testimonio oral y privar a las partes (y a los propios juzgadores) de su acceso inmediato a la fuente de prueba y del derecho de efectuar las preguntas que estimasen pertinentes en defensa de sus posiciones, dado que la niña bien pudo haber dicho, como lo presume el a quo, que los hechos narrados por ella en su oportunidad tenían origen onírico, pero, de igual modo, también pudo brindar otros relatos (v. gr.: que sí sucedieron, o que ocurrieron de manera distinta, o que se equivocó en algún aspecto de relevancia, etc.) que fuesen de interés para decidir y, en especial, si la defensa hizo ver expresamente su deseo de interrogarla acerca de ciertos documentos que podrían haber sido

confeccionados por ella y a los que no se tuvo acceso -porque no existían- cuando se realizó el anticipo. Conviene reiterar que en el presente asunto no concurrió ningún dato objetivo revelador de que el interrogatorio en juicio propiciaría afectaciones psicológicas en la infante que justificasen el proceder seguido por el tribunal (ella se presentó e hizo ver su deseo de declarar), por lo que existían otros medios disponibles a los que podía recurrirse para evitar o reducir esa simple posibilidad, al tiempo que se respetase el principio de inmediación y los derechos de las partes. Así, la prueba pudo evacuarse, como lo propuso la representante del Patronato Nacional de la Infancia, sin que estuviese presente el imputado, aunque sí -por supuesto- su defensa técnica y con el auxilio de profesionales especializados en la recepción de tales declaraciones. Ello hubiese sido suficiente, en este caso, para tutelar de manera real y efectiva el interés superior de la niña y asegurar el cumplimiento del derecho que el inciso a) del artículo 334 del Código Procesal Penal acuerda a las partes, en el sentido de exigir la reproducción de la prueba recibida mediante anticipo, "cuando sea posible", pues tal posibilidad, por las razones que se han venido exponiendo, siempre existió en el sub lite. Y es que, conviene recalcarlo, aunque se observaron motivaciones plausibles para ordenar el anticipo de la prueba, no se las aprecia al momento de decidir introducirla por lectura en debate, cuando mediaba una evidente posibilidad de reproducirla o practicarla de viva voz". Las consideraciones transcritas son aplicables también en el presente caso, pues si el testigo Saborío Iglesias compareció al debate, ningún motivo válido existía para negarse a practicar oralmente el testimonio. La afirmación de los jueces de que se pretendía evitar futuras represalias no constituye, por un lado, justificación para renunciar a la inmediación y la oralidad y, por otro, es ilógica, puesto que, de todas formas, el testimonio escrito iba a ser incorporado. Dicho con otros términos, si siempre se introduciría al juicio y a la sentencia la declaración rendida por el testigo, no se ve cómo el no recibirla oralmente podría evitar esas supuestas represalias. Conviene destacar, por último, que el anticipo que se dispone cuando "por un obstáculo difícil de superar, se presume que la declaración no podrá recibirse en juicio", tiene como obvia finalidad la de poder contar con la prueba en el debate en el caso de que el testigo esté ausente (v. gr.: porque falleció, abandonó el país, no se le puede localizar u otras hipótesis), pero deja de tener todo sentido si el declarante comparece al debate y está dispuesto a declarar. Lo que procedía, entonces, con arreglo a la ley y los principios esenciales del proceso penal, era evacuar el testimonio de viva voz en el juicio y solo en el supuesto de que se percibiesen divergencias respecto de la prueba anticipada, podía

ser esta última válidamente introducida, para efectos de interrogatorio y aclaración. Desde esta perspectiva, concuerda la Sala con el quejoso al calificar de arbitraria e ilegítima la renuncia a la intermediación que hizo el a quo, aspecto que debe recalcar y del que deberán tomar nota los jueces de mérito, para evitar incurrir de nuevo en semejantes errores. II.- A pesar de lo expuesto en el Considerando precedente, estima la Sala que el reproche debe desestimarse por la única razón de que el testimonio escrito, ilegalmente introducido al debate, no constituye el fundamento exclusivo de la condena y se observa que el tribunal valoró otros elementos de juicio legítimos que brindan claro y adecuado soporte a lo resuelto. Así, se contó con el testimonio de Dunia Núñez Ramírez, quien informó que el justiciable Lizanías Mejías Villalobos se presentó a su casa con un camión con el propósito de guardarlo allí. Le indicó que el vehículo era prestado y le dejó un papel dirigido al esposo de la testigo, en el que le pedía que le resguardase el automotor y le prometía "recompensarlo" o "que le tocaría una partecita". Tras considerar lo inusual de la solicitud, pues el justiciable nunca antes había llegado a esa casa, tanto la testigo como su cónyuge entraron en sospechas y decidieron notificar a la policía, que se presentó al sitio, inspeccionó el camión y obtuvo de él numerosos rastros que permiten concluir, sin ningún género de duda, que fue el utilizado para sustraer los semovientes a los que se refiere este asunto y que el encartado intervino activamente en el delito. En primer término, se localizaron huellas dactilares de Mejías Villalobos dentro del vehículo (ello además de que, como se dijo, la testigo Núñez Ramírez lo identificó como la persona que, junto con otro sujeto, llegó a dejar el vehículo). En segundo lugar, también se hallaron allí rastros de pintura azul, idéntica a la que se usa para marcar las reses en la hacienda en la que se ejecutó el robo, al igual que una sogá, un trozo de madera y sangre. Por último, se determinó a través de una pericia que en la hacienda se localizaron residuos de pintura pertenecientes al camión (roja y azul), que se desprendieron cuando el automotor impactó contra una lámina de zinc; se estableció la existencia de una abolladura en el vehículo que coincide con la que se produciría con dicho impacto e incluso se demostró que el trozo de madera hallado en el camión corresponde al que se desprendió del alero del portón del cargadero de la hacienda, cuando se cometió el hurto, amén de las huellas que dejaron las llantas del vehículo. En estas condiciones, estima la Sala que los elementos en que el fallo encuentra asidero, son claros, unívocos y legítimos, de forma tal que, suprimida la consideración del testimonio de Saborío Iglesias, subsisten datos que por sí solos brindan sólido soporte a lo resuelto, en tanto permiten asentar sin ninguna duda que Mejías Villalobos intervino como autor en la comisión del delito.

Así las cosas, se declara sin lugar el recurso."

c. Alcances del Concepto "Obstáculo Difícil de Superar"

[SALA TERCERA]⁷

"ÚNICO.- La defensa pública impugna la sentencia de mérito, por estimar que se basa en una prueba introducida ilegalmente al debate. Se refiere, en concreto, al testimonio del ofendido en este asunto, el cual se evacuó de forma anticipada ante el juez de la etapa preparatoria a solicitud del Ministerio Público, sin que estuviese presente el imputado ni mediaran motivos que justificaran tal proceder. La queja no es de recibo: Conforme lo expuso esta Sala en la resolución No. 483-01, de 9:15 horas de 25 de mayo de 2001: "Ciertamente, de manera expresa en el artículo 326 y por intermedio de una variedad de normas que establecen diversas garantías y principios, el Código de rito erige al juicio -oral, público, contradictorio y continuo, basado en la acusación- como la fase esencial del proceso. Será en esta etapa donde deberán practicarse las pruebas, ante los jueces y las partes, de modo que las recibidas fuera de ella carecerán de todo valor y eficacia para servir de sustento a la sentencia. Esta regla general admite, sin embargo, varias excepciones establecidas por el legislador, por cuya vía se permite introducir mediante lectura algunos documentos y otras pruebas originadas o producidas en fases anteriores del proceso (artículo 334 ibídem), e incluso las actas que recojan los testimonios de quienes, ya iniciado el debate, se hallan imposibilitados de concurrir a él (artículo 338). Todos esos supuestos significan excepciones al principio de inmediación y entre ellos figuran los testimonios evacuados a través del procedimiento de anticipo jurisdiccional de prueba que prevén los artículos 293 y 294 del texto legal de cita. En esta última hipótesis, de probanzas testimoniales, nos hallamos frente a elementos de convicción que, por su propia naturaleza, deberían ser practicados de modo inmediato y oral en debate. Sin embargo, cuando concurren ciertas circunstancias calificadas, el legislador previó que, excepcionalmente, se reciban fuera de él mediante un trámite que, en la medida de lo posible y salvo casos de extrema urgencia, satisfaga principios propios del juicio oral, como la oralidad y la intervención irrestricta de las partes, con el propósito de que estas puedan presenciar el acto, efectuar interrogatorios y plantear los cuestionamientos e impugnaciones que estimen pertinentes. (...) el artículo 293 autoriza el anticipo de prueba testimonial siempre y cuando se verifique la concurrencia de alguno de estos presupuestos: i) que, por un obstáculo difícil de superar, se presuma que la declaración no podrá recibirse en juicio; o, ii) cuando por la complejidad del asunto exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias

esenciales sobre lo que conoce (...) En lo relativo al anticipo de una declaración cuando "por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá recibirse" en debate, el legislador no hace referencia a un número enlistable de supuestos, sino que recurre a un precepto cuya aplicación deberá definirse, de nuevo, en cada caso concreto. La norma, en efecto, establece la existencia de un requisito objetivo, consistente en un "obstáculo", pero compete a los tribunales determinar si él es "difícil de superar" -juicio donde habrán de imperar elementales criterios de la experiencia común, sin perjuicio del auxilio de peritos-, así como emitir un juicio de probabilidad, de manera que sea presumible o previsible que la declaración no podrá ser recibida en debate. Desde luego, la validez de tales juicios -que deberán expresarse siempre en resoluciones fundadas- es revisable tanto en virtud del uso de medios impugnativos como por vía del reclamo por actividad procesal defectuosa". En el presente caso, consta en el folio 32 que el ofendido compareció ante el Ministerio Público a las 14:30 horas de 9 de febrero de 2005 con el propósito de informar que: "... el día de mañana jueves diez de febrero del año en curso a eso de las dos de la mañana estaré saliendo con rumbo hacia Nicaragua ya que aquí en Costa Rica no tengo medios económicos para hacerme las respectivas curaciones por lo que me voy a Nicaragua y no sé si voy a volver". En virtud de tal manifestación, la fiscalía solicitó al juzgado penal la práctica del anticipo jurisdiccional de la prueba y la jueza la acogió, tras tomar en cuenta que el testigo es un ciudadano extranjero (nicaragüense) presto a retornar a su país de origen en pocas horas y de manera expresa se indicó en la resolución que se prescindía de la presencia del imputado, atendiendo a que se hallaba recluido en el Centro de Atención Institucional de San José, lo que imposibilitaba trasladarlo a tiempo a la sede del tribunal, en Puerto Viejo de Sarapiquí, para que participara en la diligencia (ver folio 34). La Sala no tiene reparo alguno que hacer al procedimiento seguido. Salta a la vista que existió un motivo legítimo que justificó la práctica del anticipo y que consistió en la inminente salida del país de la víctima, a fin de procurarse en su nación de origen los medios económicos para curarse de las heridas que sufrió a raíz de la tentativa de homicidio de que fue objeto. El argumento de la defensa de que el ofendido gozó de tiempo suficiente para informar al despacho de sus pretensiones de abandonar el territorio nacional, es inatendible. Dadas las circunstancias (con el proceso ya iniciado), no podía obligársele a suspender o postergar su decisión personal de marcharse y a permanecer en el país por un lapso mayor del estrictamente requerido para evacuar su testimonio y, en cuanto a las motivaciones que tuvo para adoptar la decisión, además de que se encuentran plenamente justificadas (necesidad de

proveerse de atenciones médicas que no podía costearse en Costa Rica), son en realidad irrelevantes, pues ningún impedimento afrontaba para abandonar el país por la razón que fuese (por necesidad o por gusto) y en el momento que lo deseara. Lo que interesa y prevé la ley es que su testimonio pueda recibirse anticipadamente, a través de un acto que se halla regulado con ese propósito, pero no es posible discutir la validez de tal acto a partir de cuestionamientos en torno de la decisión del ofendido de regresar a su país de origen, ya que no existe vínculo alguno entre este extremo y la licitud del procedimiento. A lo sumo, esas motivaciones de abandonar el territorio nacional podrían discutirse y tomarse en cuenta al momento de valorar la probanza, si el punto tuviese algún interés, mas no, se reitera, para enjuiciar la validez de su recepción. El Ministerio Público y el juzgado penal actuaron conforme a derecho, a partir de lo que se les informó y tras constatar la obvia previsibilidad de que la víctima no comparecería a declarar en el debate. Es evidente, por otra parte, que se estaba ante un caso de extrema urgencia, conforme lo prevé el artículo 294 del Código Procesal Penal, ya que el testigo saldría del país en pocas horas, lo que justificaba prescindir de la citación o la remisión del imputado, quien se encontraba recluido en un centro muy alejado de la sede del tribunal, haciéndose con ello imposible adoptar medidas para asegurar su presencia oportuna en el anticipo probatorio. Esta imposibilidad material, atendiendo a la urgencia de evacuar la probanza, se enmarca sin forzamiento en las excepciones que prevé el artículo 294 de cita para prescindir de la citación del justiciable. Por último, el acto se llevó a cabo con la intervención activa de la defensa técnica (la aquí recurrente), quien representó a su defendido, formuló las preguntas que estimó pertinentes y útiles para el mejor ejercicio de su tarea y agotó los medios impugnativos a su disposición en procura de tutelar su punto de vista, aunque no fuese atendible (ver folios 36 al 40). Así las cosas, concluye la Sala que no se aprecia defecto alguno en el procedimiento seguido para practicar el anticipo jurisdiccional de prueba, en su introducción como tal en el debate ni en el hecho de que sirviera de sustento a la sentencia condenatoria impugnada. Por lo dicho, se declara sin lugar el recurso."

d. Extrema Urgencia de Recabar Testimonio Tratándose de Turista que Abandona el País

[SALA TERCERA]⁸

"I- [...] De lo que se ha expuesto hasta aquí, salta a la vista que mediaron razones legítimas y suficientes para ordenar la recepción anticipada del testimonio, en tanto la ofendida es

persona extranjera de paso por el país y presta a salir de él definitivamente, un día después de la fecha señalada para recibir su testimonio anticipado. También resulta claro, que el Ministerio Público actuó con la celeridad que el caso lo permitía, pues fue preciso realizar investigaciones previas para identificar al presunto responsable de los hechos. Una vez que se logró tal identificación y declaró el acusado, asistido por el defensor que él seleccionó, se solicitó de inmediato el anticipo probatorio ante el Juzgado Penal de Garabito. Cuestiona la recurrente la premura con la que se realizó el señalamiento del acto; sin embargo, observa la Sala que tal premura no obedeció al arbitrio del Ministerio Público o del juez, sino que fue impuesto por las circunstancias, es decir que se estaba ante una situación de evidente urgencia que no dejaba margen para actuar de modo distinto. Por otra parte, y a pesar de tal urgencia, se le notificó a la defensa con un lapso de antelación que, aunque corto, no constituía un impedimento para asegurar su presencia, pues la sede del juzgado penal no está en una zona remota, sino que a ella es posible trasladarse en cuestión de pocas horas desde la ciudad capital o cualquier otro punto del país. El aserto de que el derecho del imputado de estar presente en el anticipo es irrenunciable, no es compartido por la Sala. El propio artículo 294 del Código Procesal Penal permite la práctica de los anticipos jurisdiccionales de prueba incluso cuando se ignore quién podría ser el acusado y, en el evento de que ya exista una persona en el proceso que revista tal condición y sea asistido por un defensor particular, la norma autoriza prescindir de las citaciones en casos de urgencia y que, de ser necesario, se designe un defensor público que participe en el acto. Dicho en otros términos, la comparecencia del encartado y de su defensor no es un requisito indispensable para la validez del anticipo probatorio y las facultades de aquellos de intervenir ceden excepcionalmente en las hipótesis de urgencia comprobada. Desde luego, lo propio es que se agoten los medios disponibles para asegurar esa intervención, pero es esa finalidad precisamente la que se observa de las actuaciones del juez y del Ministerio Público. Este último, en vez de gestionar la realización del anticipo desde el inicio de las investigaciones, aunque no estuviese identificado el justiciable – conforme lo autoriza la norma de cita- , optó por esperar que se le identificara, declarara y se apersonara con su defensor de confianza y el juez, por su parte, notificó debidamente a dicho defensor la existencia del señalamiento con la antelación necesaria para permitirle comparecer y ejercer los derechos que se invocan en el recurso, de participar en el acto e interrogar a la testigo. No encuentra la Sala, entonces, reparo alguno que formular a las actuaciones que se llevaron a cabo, pues se orientaron a asegurar la plena intervención de todas las partes en

el anticipo jurisdiccional de prueba y el consecuente ejercicio de sus derechos. Conforme se expuso, consta en el folio 33 que el profesional que figuraba en ese momento como defensor particular del justiciable, optó libre y voluntariamente por no comparecer a la diligencia y pidió que tampoco asistiera su defendido, decisión que comunicó de forma expresa al juez. De esta suerte, la ausencia de ambos en el acto y el no ejercicio del derecho que ahora se reclama, encuentran su explicación en la actitud libre y voluntaria del propio defensor técnico, quien lo decidió así, fuese por razones de estrategia defensiva o por cualquier otro motivo, pues lo cierto es que ni en ese momento ni con posterioridad hizo saber que enfrentaba algún impedimento para comparecer o protestó por la premura del señalamiento hecho. En estas condiciones, tampoco podía el juez penal ordenar la presencia de un defensor público, la cual se previó solo para el supuesto de que la defensa particular no pudiera asistir a la diligencia y no para el evento de que decidiera no hacerse presente, situación obviamente distinta y que fue la acontecida en este caso. Por lo demás, nótese que al realizarse el anticipo probatorio, la ofendida informó que había decidido postergar su salida del país hasta el 25 de noviembre de 2004. El 19 de noviembre, a las 8:42 horas, se puso en conocimiento del defensor y del justiciable el resultado de la diligencia de anticipo jurisdiccional realizada el día anterior, por lo que gozaron de un lapso más que suficiente para solicitar, si lo consideraban necesario, la ampliación del testimonio recibido, antes de que la declarante abandonara el territorio nacional, cosa que tampoco hicieron, pues la defensa técnica se limitó a pedir fotocopias del acta (ver folio 47). Se sigue de lo dicho que existió, no una, sino dos oportunidades para que, si a bien lo tenían, el imputado y su defensor de confianza ejercieran su derecho de participar en la producción de la prueba e interrogar a la testigo, de tal modo que su renuncia a ejercitarlo (la cual, como se expuso, es admisible, pues su presencia en el acto no era indispensable y de ningún modo se les podía conminar a intervenir) constituyó una decisión unilateral libre y voluntaria y no el producto de un obstáculo o impedimento derivado de la premura del señalamiento realizado por el juez. Por último, conviene acotar que la decisión dicha, con prescindencia de las razones que la motivaron (estrategia defensiva u otras) no fue adoptada por un defensor público, sino por el profesional de confianza que, también libremente, escogió el justiciable para que asumiera su defensa y optara por las vías que, según su criterio, mejor convenían a los intereses de su defendido, de manera que ningún reproche puede hacerse a lo actuado por el Ministerio Público y el juez penal, quienes procuraron y tomaron las previsiones necesarias para que el defensor y su representado estuvieran en posibilidad de ejercer

sus derechos. [...] II - En el segundo motivo de queja, alega la defensa que el fallo de mérito carece de la debida fundamentación, pues no se consignó cuál fue el voto de los jueces ni se explicó por qué, sin contar con el testimonio de viva voz de la ofendida, se concluyó que su dicho era creíble. Tampoco se tomó en cuenta la falta de inmediación, ni la circunstancia de que la defensa no estuvo presente al producirse la prueba anticipada. [...] Conforme se expuso en el Considerando anterior, el anticipo jurisdiccional del testimonio de la víctima fue realizado con apego a derecho (tanto respecto de sus motivaciones como del procedimiento seguido) y sin vulnerar los derechos del acusado y su defensor, ya que este último decidió conciente y libremente que ninguno de ellos participara en el acto. En consecuencia, el testimonio fue introducido al debate de forma lícita y válida y podía ser valorado. En lo que concierne a la valoración, resulta obvio que el anticipo jurisdiccional de prueba implica sustraer del juicio oral una probanza que, por su propia naturaleza, debería practicarse de viva voz y en presencia de los jueces y las partes. Sin embargo, el legislador ha ponderado que existen circunstancias excepcionales que imponen proceder de este modo y una de ellas es la que ocurrió en este asunto, pues la ofendida era de nacionalidad extranjera, de paso por el país y presta a abandonarlo definitivamente, lo que suponía la evidente previsibilidad de que no podría comparecer al debate. Puesto que lo que se incorporará en este es, a fin de cuentas, un documento al que se le dará lectura, resulta también obvio que no puede esperarse que la valoración de la probanza sea idéntica a la de cualquier testimonio escuchado de viva voz, ya que no existirá el contacto directo e inmediato con el testigo en el que se traduce la inmediación y de allí que sean inatendibles los cuestionamientos de la recurrente, en cuanto extraña apreciaciones de los Juzgadores respecto del desenvolvimiento de la ofendida frente al tribunal, su actitud ante preguntas de las partes o su modo de responder al interrogatorio. La ausencia de la inmediación -plenamente justificada en este asunto, conforme se dijo- torna imposible, desde el punto de vista lógico, que los jueces puedan basar parcialmente su convicción en las impresiones que logren formarse a través del contacto directo con el testigo o en las percepciones que se funden en la espontaneidad y la emotividad del testimonio o en el estado anímico del declarante, pues acerca de tales datos no tendrán noticia o, en el mejor de los casos, solo podrán formarse una vaga idea a partir de la lectura del documento soporte de la declaración. Ahora bien, sin negar la importancia de esas percepciones e impresiones que, por ende, no podrán servir como parámetro para enjuiciar el testimonio que tan solo fue leído, lo cierto es que tampoco constituyen las únicas y, de hecho, poseen un valor adicional y secundario frente a los

elementos principales que deben tomarse en cuenta para decidir sobre la verosimilitud y la veracidad de cualquier prueba, a saber: su objetividad, tanto la intrínseca como la derivada de su confrontación con otros medios probatorios y aquí desempeña su tarea esencial la sana crítica, pues por muy sincero, espontáneo y franco que parezca ser un testigo (impresión subjetiva), su relato será increíble si los informes que suministra contrarían elementales nociones lógicas, leyes científicas o conocimientos empíricos comunes (inverosimilitud intrínseca del testimonio) o se ven desmentidos por otras probanzas que, en virtud de sus condiciones técnicas (v. gr.: pericias) o en razón de tratarse de declarantes que, por ejemplo, no tienen ningún interés en el asunto o no se encuentran parcializados y, en fin, por escapar a cualquier sospecha de falsedad, ameritan mayor crédito. En el presente caso, salvadas las limitaciones impuestas por la ausencia de intermediación, constata la Sala que el a quo realizó un análisis profuso, claro, detallado, coherente y razonado de todos los elementos de prueba que fueron puestos a su disposición, el cual no admite ningún reparo."

e. Presupuestos y Etapa Procesal para que Proceda el Anticipo Jurisdiccional de la Prueba

[SALA TERCERA]⁹

"II- En cuanto al anticipo jurisdiccional de prueba : Este instituto constituye una novedad del actual proceso cuya filosofía a las claras pretendió romper los resabios del proceso inquisitivo que aún subsistían en el Código de Procedimientos Penales de 1973 y que contribuían a dar preeminencia a la prueba escrita recibida durante la instrucción, con todas las deformaciones y distorsiones que ello implicaba, aún en el juicio oral, que se convertía así en una reproducción de prueba ya recibida y bastantada en una etapa procesal previa, sin garantías de intermediación y contradictorio, en detrimento, además, de principios básicos del proceso democrático, como la publicidad y oralidad. A las permisivas reglas -y costumbres paralelas- que autorizaban incorporar declaraciones recibidas por escrito en la instrucción, se contraponen las reglas del nuevo diseño cuya orientación apuesta sin duda alguna por la preeminencia del juicio oral, como fase esencial del proceso. En el vigente Código Procesal Penal el legislador optó por la prueba que sustente la responsabilidad penal sea recibida directamente en el juicio. Obviamente deben preverse supuestos en que ello no sea posible y entonces, dando prioridad a otros principios como el de tutela judicial efectiva y de verdad real, el legislador contempla excepciones que validan prueba recibida en una fase distinta del juicio y para ser utilizada en éste. Aquí es donde encuentra sentido y justificación el anticipo jurisdiccional de prueba que

es esa excepción prevista legalmente para poder recibir prueba durante la fase de investigación o en todo caso antes del juicio , para ser utilizada válidamente en éste, ante la concurrencia de supuestos calificados que hacen presumir razonablemente que si no se recibe en forma anticipada, no se obtendría en juicio. Por esa razón, en el anticipo se adelantan las condiciones propias del juicio , precisamente para cumplir con los principios inherentes a éste y garantizar así el respeto de la inmediación, el contradictorio y la oralidad. De lo dicho hasta ahora surgen varias consecuencias importantes: i) el anticipo es un instituto de naturaleza excepcional; ii) está legalmente previsto para asegurar prueba en fases distintas al juicio y con miras a ser utilizada válidamente en éste; iii) los supuestos que autorizan anticipar la recepción de prueba, son distintos. Como excepción a la regla de que las pruebas a considerar deben ser producidas en juicio, el anticipo pierde sentido si las causas que motivaron su realización no están presentes cuando el juicio se materializa, es decir, no puede utilizarse válidamente la prueba anticipada si su justificación no está presente para la audiencia y es posible entonces, su producción directa en el juicio; iv) dependerá de la naturaleza del peligro que corre la prueba, según las causas que justificaron su recepción anticipada, la posibilidad de incorporar en conjunto, tanto el anticipo como la recepción directa en debate pero, en todo caso, esta posibilidad debe ser interpretada restrictivamente . Así por ejemplo, es claro que si se autoriza el anticipo ante el temor de que un testigo olvide detalles esenciales por el paso del tiempo, es razonable concluir que no estamos previendo de antemano que el testigo no se va a presentar a juicio, sino que el peligro que existe es en cuanto a la calidad de su aporte para ese momento , de modo que este es un supuesto en que podrá ser utilizado válidamente el anticipo pese a la recepción directa de la prueba en debate, es más, esa sería su razón fundamental, pues incluso es el único caso en que el anticipo no podría realizarse omitiendo las citaciones previas, por expresa disposición del artículo 294 in fine del Código Procesal Penal (en adelante CPP), lo que refuerza aún más la conclusión de que se parte de la coexistencia de ambas pruebas en debate y además, de que es un supuesto excepcional . No sucede lo mismo cuando el anticipo se deba a la presunción de que el testigo no estará en el país o no será localizado, porque si ambos obstáculos se superan para la audiencia, entonces el testigo se recibirá directamente y el anticipo no puede ser válidamente utilizado, porque no hay justificación para ser introducido al debate. v) en particular en cuanto a la prueba testimonial, el numeral 293 ibid contiene una fórmula amplia que permite recibir anticipadamente el testimonio cuando " por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá recibirse durante el juicio " .

Al amparo de esta prescripción normativa es posible valorar la pertinencia del anticipo ante eventos de muy distinta naturaleza (en este mismo sentido cfr. resolución de esta Sala 1339-00 de las 15:45 horas del 16 de noviembre de 2000). El temor de un testigo que está siendo amenazado, por ejemplo, puede ser una causa que justifique el anticipo, pues podría presumirse que precisamente por el miedo no sea posible localizarlo para el debate. En criterio de la Sala el temor que sienta un testigo de enfrentar el proceso, si está razonablemente comprobado, puede ser una justificación que autorice anticipar la prueba, precisamente porque hay una presunción razonable también, de que no se contará con la prueba en juicio (en el mismo sentido, resolución 472-03 de las 15:15 horas del 9 de junio del 2003 de esta Sala). Sin embargo, si el testigo es localizable para ese momento, no hay razón alguna que justifique la no recepción oral de su testimonio y que autorice, en consecuencia, a incorporar el anticipo, porque entonces tendríamos a una persona legalmente obligada a comparecer como testigo, como a un Tribunal obligado a garantizarle la ausencia de riesgos y de adoptar las previsiones necesarias para facilitar su declaración, que incluyen desde autorizar a que omita detalles de su domicilio y trabajo, aunque no su identidad, como a declarar privada la audiencia, alejar al acusado de la sala de debate para que no esté a la vista del testigo cuando declare, hasta darle protección especial, pero expresamente se establece que por esa razón no se le eximirá de comparecer al juicio oral -numerales 204, 207, 208, 211 y 212 del CPP-. Entonces, el miedo o temor que el testigo sienta y que se le presentan como obstáculos para impedir, haciendo un juicio a futuro, su comparecencia al debate y que estén razonablemente fundados, autoriza, como se dijo, a realizar el anticipo, pero no a que esta diligencia sustituya de plano a la citación, localización, comparecencia y declaración del testigo en la audiencia. Debe comprobarse realmente que los obstáculos que justificaron en su momento la realización del anticipo permanecen actuales y válidos para el juicio y entonces así se justificaría incorporar en sustitución, la prueba anticipada, o en todo caso, comprobarse la existencia de obstáculos que impidan la recepción de dicha prueba en juicio, salvedad hecha de los supuestos en que de antemano se prevé la coexistencia en juicio de ambas pruebas, como el caso ya señalado de que el testigo olvide circunstancias, que obviamente sólo podrán ser traídas al debate mediante el anticipo y a pesar de la recepción oral del testimonio. Debe señalarse que en el antecedente 472-03 citado, esta Sala estimó válida la incorporación del anticipo aún cuando el testigo comparezca, para valorar, cual si fuesen dos declaraciones, ambas versiones por la existencia de contradicciones entre ellas. Esta posición debe entenderse en todo caso en forma restrictiva, pues si la causa que

motivó anticipar la declaración del testigo era el temor y el miedo a declarar, por haber sufrido amenazas y efectivamente, se logra su comparecencia al debate, pero cambia la versión en razón de las circunstancias previstas, lo cierto es que hay motivo para confrontar ambas versiones, porque precisamente la causa que justificó anticipar la prueba se estaría presentando también en debate y sería eventualmente la razón para que la versión cambie, de modo que debe tenerse la posibilidad de confrontar ambas. Lo que interesa resaltar es, en primer lugar, el carácter excepcional del instituto y de su incorporación al debate, no obstante que la realidad presenta muchas variables que no permitirían sentar reglas absolutas, pues en todo caso no debe olvidarse que el anticipo participa de las mismas características del debate -inmediación, contradictorio, oralidad-, aunque es evidente que el sistema está diseñado para que el juicio sea la fase más relevante y que sea la inmediación, la oralidad y el contradictorio que rigen en ella las que den las bases para la decisión, por los jueces que participaron del debate y estos principios, que surgen de la garantía misma del juicio, no pueden desconocerse. Como garantías propias del debido proceso, la inmediación y el contradictorio, obviamente se ven enriquecidas y materializadas cuando es el juez que juzga el caso y decidirá sobre la responsabilidad penal del acusado, quien recibe directa e inmediatamente la prueba y esa es la razón de ser de la garantía misma. El anticipo responde a supuestos de necesidades procesales y también de inspiración constitucional que merecen ser tuteladas, según se analizó, no obstante es una excepción, que requiere de una interpretación restrictiva porque significa introducir una prueba -en el caso de la prueba oral fundamentalmente- que no fue recibida por quien va a juzgar y es entonces una excepción calificada a la garantía de la inmediación que asegura al acusado que lo juzgarán los jueces que recibieron directamente la prueba, que dentro de ese marco deberán valorarla y razonar el valor que le den, plasmar sus fundamentos y permitir su control por las partes y la sociedad en general. Desde ese punto de vista, habrá que interpretar restrictivamente las circunstancias con fundamento en las cuales se pretenda introducir la prueba anticipada al debate cuando han desaparecido para esa etapa procesal

los supuestos que la autorizaron en su momento, para concluir en que esta posibilidad, esta excluida. Con independencia de que se trate de una prueba legalmente producida, es decir, que se hayan cumplido todas las formalidades y requisitos del numeral 293 citado, no debe olvidarse que el cumplimiento de tales prerrogativas únicamente aseguran su posibilidad de incorporación cuando se den en debate los presupuestos para ello y no en todos los casos, es decir, no debe partirse de que por el hecho de

haberse respetado los procedimientos para producir la prueba anticipada, ésta forme de por sí parte del material del juicio porque sólo podría ser válidamente introducida en tanto se mantengan los presupuestos que en su momento o para el debate la autorizaron, y que entonces sea una prueba que sustituya a aquella que no pueda ser recibida en el juicio o que, en el único supuesto analizado, sea necesaria para complementar los datos que el testigo pudo haber olvidado. En esta misma línea se ha pronunciado esta Sala, en la resolución 483-01, oportunidad en la que se precisó: "[...]No obstante que, conforme se expuso en el Considerando anterior, la prueba anticipada se practicó con arreglo a los presupuestos excepcionales y las finalidades que contempla la ley y goza, por lo tanto, de plena validez, ello en modo alguno faculta a los juzgadores a omitir citar al testigo cuyo testimonio se evacuó por esa vía -en caso de que se halle en condiciones de comparecer y declarar-, ni menos aún a prescindir de escuchar su declaración de viva voz si la persona se presenta a la audiencia, y optar, en vez de ello, por introducir al debate mediante lectura el documento en que consta la probanza anticipada. Actitud semejante desnaturaliza por completo la esencia del proceso y del anticipo probatorio y deja sin efecto el mandato legislativo de que el juicio constituye su fase más importante. Los jueces no pueden "renunciar" a la intermediación, por ser este uno de los principios fundamentales ínsitos al juicio oral, cuyas excepciones solo las puede establecer el legislador o, en la hipótesis del último párrafo del artículo 334 del Código Procesal Penal, todos los sujetos intervinientes en el proceso de común acuerdo. En el presente caso, consta del acta de debate que la menor ofendida compareció a la audiencia y, pese a la oposición del defensor, los juzgadores se limitaron a preguntarle "¿Quiere o no hablar de los hechos?" (cfr. folio 305) y luego de que respondiera afirmativamente (en virtud de que le asistía derecho de abstenerse de declarar) se le pidió retirarse indicándole que se iba a "... tomar la declaración que usted había dado". Para justificar este proceder, en sentencia los juzgadores expresaron que debía atenderse al interés superior de la menor y al afán de no someterla a nuevo interrogatorio, pues fue entrevistada por tres maestras, una trabajadora social, los miembros del Comité del Niño Agredido, la médico y psiquiatra forense, la fiscal y todas las partes en el anticipo jurisdiccional de prueba. Se refirieron a la revictimización que cada interrogatorio involucraba e invocaron el voto 5543-97, dictado por la Sala Constitucional a las 12,15 hrs. de 12 de setiembre de 1997, donde se hizo ver, con voto salvado de los Magistrados Mora Mora y Piza Escalante, que no violaba el debido proceso el incorporar por lectura el testimonio de un menor de edad, aunque no se estuviese frente a las hipótesis previstas para ello en el artículo 384 del Código de

Procedimientos Penales de 1973, si se lo hacía en aras de proteger la integridad del menor. En torno de estos fundamentos del fallo, la Sala estima necesario hacer las siguientes observaciones. Ciertamente, es indiscutible que el interés superior del niño, en cualquier tipo de proceso en que pueda verse involucrado, es una de las consideraciones primordiales a las que ha de atenderse y así lo dispone el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, normativa que resulta de valor supralegal en la jerarquía del ordenamiento costarricense. Por otra parte, no debe perderse de vista el carácter vinculante erga omnes de la jurisprudencia constitucional en este tipo de resoluciones. Sin embargo, existen notables diferencias que deben señalarse respecto del Código de Procedimientos Penales de 1973 y el texto actual en vigor. En primer término, el Código de rito derogado no contemplaba expresamente medios útiles y eficaces para evitar o, al menos, reducir una posible revictimización del menor ofendido por delitos; en particular los de carácter de ofensa sexual, donde con mayor probabilidad puede producirse ese tipo de fenómeno. El menor de edad debía declarar ante el Ministerio Público o el Juez Instructor, a veces en repetidas ocasiones, además de sus entrevistas médico forenses, psicológicas y psiquiátricas. De nuevo en debate se debía recibir su testimonio, con la posibilidad de que debiera reiterarse en virtud de anulación, no obstante que se produjeron avances jurisprudenciales de trascendencia, contemplando la facultad de retirar al indiciado de la sala de debates mientras se recibía el testimonio de la víctima. El nuevo Código de rito, incorporando, precisamente, los principios que en interés de los menores establecen tanto instrumentos internacionales como leyes internas, contempla un trato distinto que pretende eludir o reducir, en lo posible, las medidas que puedan conllevar efectos revictimizantes en los niños y adolescentes, entre otros[...]. El legislador estableció estos mecanismos en tutela del interés superior de los menores, los cuales, a su vez, permiten asegurar el debido respeto de los derechos e intereses de la persona sometida a juicio de manera compatible y balanceada, pues no se trata de sacrificar innecesariamente ciertos principios en resguardo de otros, sino de acercarlos de modo que todos puedan ser satisfechos, por lo que no es posible recurrir a medidas no previstas en la ley que tengan por efecto desvirtuar principios fundamentales[...]. Ahora bien, el código de rito vigente, conforme se apuntó, dispuso una serie de mecanismos a los que debe acudir con el propósito de evitar o reducir el fenómeno de la revictimización. Es posible, además de las medidas que ya se citaron, optar por el anticipo jurisdiccional de prueba, en supuestos excepcionales y siempre y cuando concurren las causales establecidas en la ley, tal cual ocurrió en el presente caso, en el que se tenían noticias de que

la menor fue objeto de amenazas con arma de fuego por el justiciable. Sin embargo, debe tenerse sumo cuidado con el manejo de ideas preconcebidas, cuyos efectos son por lo general perniciosos y siempre lo serán en el ámbito del proceso penal. Así, aun cuando la Sala no descarte la posibilidad de proceder al anticipo jurisdiccional de prueba, recibiendo fuera del debate el testimonio de menores ofendidos cuando exista grave probabilidad de que, debido a condiciones o efectos propios del fenómeno de revictimización, no podrán hacer sus manifestaciones de viva voz en el juicio oral, es necesario -tomando en cuenta el carácter excepcional de la medida- que, al menos, se posean datos objetivos que hagan presumible que tal cosa va a suceder. También, como se indicó en el Considerando anterior, para introducir mediante lectura en debate el acta confeccionada en la diligencia de anticipo -y en sustitución del testimonio oral- se requiere que subsista al menos alguna razón que evidencie la imposibilidad de recibir tal declaración con arreglo a los principios que informan el juicio, a pesar de que no sea idéntica o coincidente con la que motivó la práctica anticipada de la prueba. Debe considerarse, por último, que el artículo 125 del Código de la Niñez y la Adolescencia señala que "Las autoridades judiciales o administrativas deberán evitar, en lo posible, los interrogatorios reiterados o persistentes a los menores víctimas de delitos y se reservarán para la etapa decisiva del proceso. Cuando proceda una deposición más amplia de la persona menor de edad, se tendrá siempre en cuenta su derecho a expresar su opinión". Dicha norma resalta aún más el carácter excepcional de los anticipos jurisdiccionales de prueba en esta materia -sin que esta Sala pretenda, se reitera, desconocer que puedan ser procedentes si concurren, desde luego, causas que así lo justifiquen-, pues lo cierto es que la etapa decisiva del proceso no es otra que el juicio oral y es entonces a ella a la que, en principio y por regla general, deberá reservarse el testimonio de los menores. En la especie, consta que la ofendida compareció a la audiencia y expresó su deseo por declarar. Incluso la representante del Patronato Nacional de la Infancia hizo ver que, en caso de que se recibiera el testimonio, solo pedía que el justiciable fuese alejado de la sala (cfr. folio 304). En esta tesitura, la decisión del a quo de no escuchar las manifestaciones orales de la menor en el debate -fase decisiva-, ni permitir el interrogatorio de las partes en torno de ellas, resulta por completo arbitraria y vulnera el debido proceso. Significa una renuncia injustificada al principio de inmediación que coarta, asimismo, el contradictorio y el acceso de la defensa a las pruebas y a su posibilidad de cuestionarlas. Es cierto que el anticipo jurisdiccional de elementos probatorios requiere, por su propio carácter, un juicio de "presunción" o probabilidad (de que no podrá recibirse el

testimonio); pero una vez en debate y tras haberse constatado que la persona es capaz de declarar, tales juicios son inadmisibles [...] Conviene reiterar que en el presente asunto no concurrió ningún dato objetivo revelador de que el interrogatorio en juicio propiciaría afectaciones psicológicas en la infante que justificasen el proceder seguido por el tribunal (ella se presentó e hizo ver su deseo de declarar), por lo que existían otros medios disponibles

a los que podía recurrirse para evitar o reducir esa simple posibilidad, al tiempo que se respetase el principio de inmediación y los derechos de las partes. Así, la prueba pudo evacuarse, como lo propuso la representante del Patronato Nacional de la Infancia, sin que estuviese presente el imputado, aunque sí -por supuesto- su defensa técnica; y con el auxilio de profesionales especializados en la recepción de tales declaraciones. Ello hubiese sido suficiente, en este caso, para tutelar de manera real y efectiva el interés superior de la niña y asegurar el cumplimiento del derecho que el inciso a) del artículo 334 del Código Procesal Penal acuerda a las partes, en el sentido de exigir la reproducción de la prueba recibida mediante anticipo, "cuando sea posible", pues tal posibilidad, por las razones que se han venido exponiendo, siempre existió en el sub lite. Y es que, conviene recalcarlo, aunque se observaron motivaciones plausibles para ordenar el anticipo de la prueba, no se las aprecia al momento de decidir introducirla por lectura en debate, cuando mediaba una evidente posibilidad de reproducirla o practicarla de viva voz. En virtud de las consideraciones anteriores, procede declarar con lugar este extremo del recurso[...]".

III- El caso concreto : Hasta ahora se ha desarrollado cuál debe ser la lectura que debe hacerse de las disposiciones procesales para legitimar el recurso a la prueba anticipada y utilizarla como fundamento de una sentencia. Corresponde ahora examinar lo que sucedió en el caso concreto. Resulta que en este proceso, el Ministerio Público ofreció como prueba y fue admitida como tal para el debate, la declaración testimonial de Christopher Narcisus Mc Clean Grant, un menor que para el momento de los hechos tenía quince años y quien al inicio de las investigaciones dio su versión a la policía judicial y al Ministerio Público, admitiendo que temía por su vida. En razón de ello, en la fase de investigación el órgano acusador gestionó insistentemente el anticipo de prueba y por razones que no es de interés mencionar aquí, lo cierto es que la prueba no se anticipó sino que formó parte del material ofrecido y admitido en juicio. Al testigo Mc Clean Grant se le citó para el debate que inició el 29 de octubre del año anterior (cfr. citación de folios 138 y 139). La incomparecencia de este testigo en el debate así como de Wálter Guevara, motivó ante requerimientos del

Ministerio Público la suspensión de la audiencia para tratar de localizarlos y se dispuso continuarla el 10 de noviembre próximo, para recibir la prueba dicha (cfr. acta de debate, folios 143 y 144). Encontrándose el juicio suspendido y pendiente de continuar según se expuso, el fiscal Carlo Díaz Sánchez, solicitó el 6 de noviembre y con carácter de "urgente" se practicara "el anticipo" de prueba del testimonio de Mc Clean Grant " [...]lo que en su defecto se adelante la fecha señalada para la continuación del debate y se reciba inmediatamente la declaración que se solicita[...] " (cfr. solicitud de folios 145 a 148). En dicha petición el fiscal explica las dificultades para ubicar al testigo, así como su manifiesta renuencia a declarar pues teme por su vida. Entonces, justifica la realización del anticipo jurisdiccional de prueba de conformidad con lo que estima, debe ser "una lectura amplia" de los presupuestos del numeral 293 supra citado y haciendo eco de las consideraciones de esta Sala en la resolución 483-01 antes comentada y solicita se practique la prueba de inmediato, pues ya tenían en ese momento al testigo en las oficinas de la policía judicial. Por resolución de las 10:30 horas de ese día 6 de noviembre el Tribunal en pleno decidió " [...]se ordena el recibo de la declaración del menor CHRISTOPHER NARCISUS MC CLEAN GRANT mediante el Anticipo Jurisdiccional de Pena (sic) para lo cual se señalan las DIECISÉIS HORAS DEL SEIS DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRES[...] " (cfr. resolución, folios 153 y 154). Al ser las diecisiete y treinta horas de ese día, se da inicio a la diligencia de "anticipo". El Tribunal está integrado únicamente por la jueza Gamboa Haeberle y se cuenta con la presencia de la imputada, su defensor y el representante del Ministerio Público. La defensa hizo formal protesta con relación a la práctica de la diligencia por estimarla irregular y señaló expresamente que lo procedente era o bien continuar el juicio en ese mismo momento o esperar al 10 de noviembre para ello, según se había dispuesto, pudiendo citarse al testigo que estaba allí presente. Sus protestas fueron rechazadas por el "Tribunal" integrado de la forma dicha y la diligencia se realizó. Con posterioridad el juicio se reanuda como estaba previsto, en la fecha acordada. La defensa ofrece como prueba nueva el testimonio de Judith Mc Clean, hermana del testigo, para que informe al Tribunal sobre la naturaleza de las presiones sufridas por el testigo de parte de la policía judicial, cuando declaró en forma anticipada. Sin embargo, antes de decidir sobre esta prueba el Tribunal en pleno acuerda recibir directamente el testimonio de Christopher Mc Clean, así " [...]El Tribunal resuelve volver a llamar al testigo Christopher M Clean (sic). Sale de la sala la imputada Potoy Cortés, así como el Público (sic). Pasa el testigo Christopher Mc Clean Grant , de 17 años, de calidades en autos conocidas, a quien se le pone en conocimiento sobre la gestión

hecha por la Defensa y si se mantiene o no su decisión de temor a declarar y entendido declara Yo mentí sobre lo que había declarado ante la juez. Se mantiene el anticipo jurisdiccional de prueba.- Sin perjuicio del análisis que hará en sentencia y siendo que el testigo declaró bajo temor se tomará nuevamente el testimonio del menor Christopher Mc Clean Grant y se le hacen las advertencias de ley por ser menor de edad y declaró [...] " (cfr. acta de debate, folio164). En las consideraciones de fondo, los juzgadores restan credibilidad a lo declarado por el menor en debate y acuerpan su dicho en la prueba anticipada, es decir, utilizaron el "anticipo" como material de prueba e incluso para confrontarlo con el recibido de viva voz, razonamiento que será objeto de análisis posteriormente. Para lo que interesa respecto del punto, debe recalcar que se evidencian serias irregularidades en el proceder del Tribunal, a saber: i) el anticipo jurisdiccional de prueba, como su nombre y su propia estructura lo establecen, es un instituto previsto, como se analizó in extenso supra para recibir prueba en fases distintas pero en todo caso previas al juicio , precisamente porque pretenden la existencia de obstáculos para que sea recibida en debate , de modo tal que es obvia la conclusión de que si el juicio se ha iniciado y está en curso, no hay absolutamente ninguna prueba que anticipar , porque estamos en la fase esencial para el recibo y producción del material probatorio y de la que el anticipo es precisamente la excepción. No se puede "anticipar" para el juicio ninguna prueba si se está ya en esa fase. Lo único que se pudo haber "anticipado" en este caso era precisamente la continuación del debate, atendiendo a las razones del Ministerio Público que pese a que erróneamente pretendió echar mano del anticipo, también expuso al Tribunal la posibilidad de adelantar la continuación del juicio y recibir al testigo que era precisamente lo único que correspondía realizar. Es cierto que el artículo 327 del CPP permite realizar anticipos jurisdiccionales en la etapa de juicio , pero obviamente la lectura de esta disposición es la que nos lleva a concluir que se refiere a supuestos en que el debate (es decir la audiencia oral del juicio) no haya iniciado y que precisamente ante ello se hace necesario que el Tribunal anticipe prueba si es que se cumplen los presupuestos que hagan presumir que para la próxima realización del debate no se podrá contar con la misma, según las previsiones calificadas del numeral 293 tantas veces citado, pero en ningún caso la ley autoriza a proceder como lo hizo el Tribunal; ii) precisamente como ya se estaba en la fase de debate, no hay justificación alguna para que el Tribunal decidiera recurrir al instituto de anticipo de prueba. Distinta es la situación que podría adoptar el Tribunal cuando dispone variar el orden de recepción de la prueba, en virtud de alguna situación especial que

así lo justifique, situación para la cual no resultan aplicables las reglas de anticipo jurisdiccional de prueba, sino las reglas propias del juicio oral. Pero en el presente asunto la prueba la recibe sólo uno de los integrantes, sin que aparezca constancia, justificación o al menos alguna referencia que señale por qué el Tribunal se integró únicamente con un juez si precisamente la decisión de anticipar la adoptó el Tribunal y, en segundo lugar, no podría pensarse que se está en un supuesto análogo al del numeral 338 CPP que autoriza la recepción de testimonios que por alguna causa propia del deponente no pueda ser recibido en el Tribunal, de manera que hay que trasladarse para tal efecto, previsión en la que expresamente se contempla la posibilidad -dicho sea de paso, de interpretación restrictiva en respeto de los principios antes mencionados- de que al sitio se desplace únicamente uno de los jueces integrantes e incluso se habla de la posibilidad de comisionar a un juez distinto, porque en este caso el testigo estaba en la sede de los Tribunales de Justicia de la zona, de modo tal que este supuesto no es de aplicación recuérdese que la inmediación es una garantía del acusado, irrenunciable e indisponible por las partes- y si ya de por sí es completamente desacertada la decisión de anticipar la prueba, lo es aún más la forma en que esto se realiza. Ningún problema habría, a pesar de la impertinencia de anticipar el testimonio, si el Tribunal se hubiera integrado correctamente, porque si así hubiera sucedido,

en realidad estaríamos frente a un adelanto de la continuación dispuesta para el debate, aún cuando la hubieran denominado anticipo, porque se habría contado con la presencia de todas las partes, pero especialmente con el Tribunal integrado como lo manda la ley y entonces, las mismas condiciones del juicio que estaba ya en curso, pero no fue así y esta es una razón adicional para estimar la ilegalidad del anticipo realizado; iii) al reanudar el debate según las reglas procesales y la disposición del Tribunal al respecto y decidir la recepción directa del testigo Mc Clean Grant, se desdibujó no sólo la necesidad de la práctica del anticipo -hecha con todas las irregularidades que se han señalado- sino la posibilidad de hacer uso de ese anticipo como material válido en el juicio. Las reglas del proceso no son disponibles por las partes ni por el Tribunal. Las normas procesales son de orden público y deben ser respetadas en garantía mínima de un correcto juzgamiento. Entonces, ni el Tribunal puede decidir a su antojo cómo interpreta las normas y las acomoda según su conveniencia, como tampoco puede quedar el respeto del proceso sujeto a los estados de ánimo, opinión y deseo de un testigo. Es decir, el miedo y temor de un deponente, razonablemente fundados, son supuestos que deben ser considerados por los jueces y el Ministerio Público en especial, para adoptar todas las medidas

necesarias para asegurar al deponente y lograr su aporte, como la pureza del mismo, dentro del proceso. Dependiendo de la fase procesal en que esto se constate, estas circunstancias pueden justificar el anticipo de prueba y si se mantienen para el debate, pueden autorizar la introducción del anticipo siempre y cuando el testigo no haya sido ubicado porque, si ello es posible, entran en juego las otras previsiones ya expuestas para proteger al testigo, pero no justifican que se releve de su obligación de comparecer y declarar, es decir, no queda a su voluntad si lo hace o no, como tampoco queda a voluntad del Tribunal decidir qué prueba escoge. La conducta del testigo que declara en esas condiciones y la calidad como el valor de su aporte corresponderá razonarlo a los jueces según las reglas de la experiencia y la psicología, pero no autorizarán a sustituir a voluntad una prueba por otra, sino que deben valorar la que legalmente corresponda, esto es, en cuanto a lo que interesa para este caso, la que se recibió en juicio. Debe puntualizarse que es claro que las normas procesales no llegan a menudo a resolver múltiples situaciones que la riqueza de la práctica pone frente a los actores del proceso, de modo tal que son ellos, especialmente los jueces, quienes deben buscar remedio a las mismas, con alguna dosis de creatividad. Sin embargo, si ello es así, esa "creatividad" deberá en todo caso desarrollarse y desenvolverse a partir de los principios fundamentales que inspiran el proceso en un Estado de Derecho y que derivan de la Constitución Política, los convenios internacionales sobre Derechos Humanos y la ley y que básicamente se cimientan en el respeto al derecho de defensa, la tutela judicial efectiva, el control de las decisiones y la fundamentación y motivación de las mismas, el respeto al contradictorio, la oralidad e inmediación cuando se está en fase de juicio y los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de cualquier medida que se adopte. Así, la creatividad respetuosa de los lineamientos dichos habría dispuesto en este caso dentro de las posibles soluciones, precisamente anticipar la continuación del debate y recibir al testigo que ya estaba presente y no proceder como lo hizo el Tribunal. Lo dicho nos lleva irremediablemente a concluir la ilegalidad del anticipo de prueba del testimonio de Mc Clean Grant y por ello no puede ser válidamente utilizado como sustento de la sentencia. III- Esencialidad del anticipo en este caso : El anticipo realizado en este proceso es ilegal y no puede ser material válido para utilizarse en la sentencia. De modo tal que ésta solo puede tener en cuenta, con relación a Mc Clean Grant su declaración de viva voz en debate. La sentencia claramente se extiende en un análisis de las pretendidas diferencias en cuanto a lo que el menor declaró en el anticipo y lo que posteriormente dijo en debate, de modo tal que en apariencia esta discusión fue central. Sin embargo, se dijo que la prueba anticipada no puede

utilizarse, de modo que toda esta disquisición del fallo carece de validez. Y resulta que la versión de Mc Clean Grant en debate se circunscribe a señalar que momentos antes del homicidio, vio a una pareja pasar frente a donde él y sus compañeros se encontraban y los vio acercarse a Harris Villalobos, que estaba solo. Segundos después escuchó un disparo y vio a la víctima en el suelo herida y luego de ello estas dos personas se devolvieron y pasaron nuevamente por donde ellos se encontraban y uno de ellos les increpó y le dijo "¿ustedes qué ven?". Posteriormente, cuando algunas personas se acercaron ellos fueron también y se percataron de lo sucedido. Expuso que no puede precisar la identidad de estas dos personas que pasaron y que conoce a todas las Potoy Cortés y no era ninguna de ellas. Que antes mintió cuando dijo que había sido Gabriela Potoy Cortés porque sufrió amenazas de Geovanny, amigo de Harris Villalobos, quien le dijo al día siguiente del homicidio que él tenía que decir que había sido Celia Gabriela la que disparó pero que eso no es cierto. Si bien la mayoría de las referencias del testigo al hecho de que mintió antes están relacionadas con el anticipo, puede extraerse de su propio dicho ya en debate el hecho de que éste inicialmente manifestó que la mujer de la pareja que vio pasar era la imputada Potoy Cortés, cosa que expresamente descartó cuando declaró de viva voz en debate, de modo que excluyendo las referencias del Tribunal al contenido del anticipo para establecer esa circunstancia, es claro de que hay otras fuentes de prueba que aportan al caso la circunstancia de que Mc Clean Grant inicialmente había identificado a Potoy Cortés y en debate expresamente dijo que esa versión suya no era cierta y que había mentido por temor, pues había sido amenazado por el tal Geovanny. En esas condiciones, subsisten en parte las consideraciones de los jueces en cuanto estiman que Mc Clean Grant mintió en debate porque el cambio de versión obedece al temor que siente de la imputada y su familia, que afirman los juzgadores es reconocida como altamente violenta y problemática en la zona, referencias que refuerza el oficial Chacón Ramírez. Ahora bien, esta Sala es del criterio que aún eliminando tales aspectos, es decir, las contradicciones y el cambio de versión del menor dicho del universo de la sentencia, la decisión final no se ve afectada, pues hay prueba independiente que sustenta las conclusiones del Tribunal respecto de la responsabilidad penal de Potoy Cortés en el homicidio de Albertozzi Harris Villalobos, que los propios juzgadores examinan y valoran y que son suficientes para sostener el fallo por sí mismos, con independencia de las vicisitudes de la prueba señalada. Así, en la sentencia se da plena credibilidad a doña Lidieth Villalobos Pereira, madre del ofendido (cfr. sentencia, folios 205 a 207) y de cuya deposición concluyen que la víctima días antes de su muerte había manifestado a su madre que temía por

su vida y expresamente le había dicho que si algo le sucedía la responsable sería Celia Gabriela Potoy Cortés. Además, la testigo narró cómo también días antes del homicidio de su hijo, la imputada, junto con un sujeto de nombre Douglas y otro conocido como Chema, pasaron por el frente de su casa y dispararon contra la vivienda, al tiempo que proferían amenazas, hechos que denunciaron a la policía judicial. También narró cómo para esos días ella recibió una llamada alertando sobre la futura muerte de su hijo. Esto permite a los juzgadores afirmar que existían problemas previos entre la víctima y Potoy Cortés, cuyo origen se desconoce, pero que tales hechos evidencian, conclusión que se estima adecuada. Adicionalmente, también valoran y dan crédito al dicho de Ángel Kosching Marín (cfr. sentencia folios 208 a 210), menor que acompañaba a Mc Clean Grant en la fiesta que se realizaba en una casa en las inmediaciones de la plaza, sitio en que murió Harris Villalobos. Este testigo dijo que escuchó un disparo y segundos después de ello observó a un hombre y a una mujer, a la que reconoce como una de las Potoy Cortés, aunque no puede precisar cuál, pasar en bicicleta por donde ellos se encontraban y posterior a ello se dieron cuenta que la víctima yacía en el suelo mortalmente herida. Este es un referente independiente que permite ubicar a una de las mujeres de apellido Potoy Cortés en el sitio en compañía de otro sujeto y como las únicas dos personas que estuvieron cerca del ofendido cuando sufre el disparo. Si a ello se une, como lo hacen los juzgadores, las amenazas previas y las propias manifestaciones de la víctima días antes de su muerte, no otra conclusión razonable se obtiene sino aquella que es precisamente la de la sentencia: fue Celia Gabriela Potoy Cortés quien, en compañía de un sujeto aún hoy no identificado, se acercaron al ofendido, a quien buscaron y le dieron muerte de un disparo en la cabeza y posteriormente se alejaron del sitio. No tiene relevancia para desvirtuar esta conclusión, que no se precise o se establezca quién disparó y cómo se habían distribuido funciones ambos, porque en cuanto a Potoy Cortés es claro que no puede considerarse desvinculada o sorprendida, por ejemplo, por una conducta desconocida para ella de su acompañante esa noche cuando son los únicos que están cerca de Harris Villalobos instantes antes del disparo, porque su conducta anterior a los hechos, el haber disparado en compañía de otros sujetos a la casa del ofendido y haber proferido amenazas a éste, como el miedo que había externado la propia víctima a su madre, permiten establecer con certeza que no es ajena al encuentro con el ofendido que provocó su muerte, como está acreditado en este asunto y antes bien, que a sabiendas lo buscó en asociado con el otro individuo y entre ambos dieron ejecución a esa voluntad común que se materializa en el disparo mortal. Así, con independencia de las consideraciones del Tribunal respecto del

anticipo, subsisten válidamente sus conclusiones porque además se asientan en prueba distinta de ese anticipo y reforzadas por la declaración del menor en debate, pese a que no afirma la identidad de la agresora, versión que el Tribunal descarta en forma adecuada, porque referentes distintos del anticipo también aportan el hecho de que inicialmente Mc Clean Grant había identificado a Potoy Cortés, de lo que se desdijo en la audiencia. Nótese que incluso su versión en debate mantiene un detalle que aportó desde siempre y es que al sujeto que acompañaba a esta mujer, luego de que él escucha el disparo, lo observa hacer un ademán como de guardar algo en su cintura. Ciertamente es que al inicio de las pesquisas este testigo no sólo identificaba a la mujer como la imputada Potoy Cortés, sino que además que la había observado, al igual que al sujeto que la acompañaba, guardar algo en la cintura luego del disparo y esto expresamente lo desmintió en la audiencia, lo cierto es que es razonablemente fundada la conclusión de los juzgadores en cuanto primero, a que la mujer es precisamente la aquí imputada y segundo que aún cuando no se pueda saber quién disparó, si es claro que andaban armados y estuvieron a escasos dos metros de la víctima cuando recibe el disparo, siendo las únicas personas en el sitio, de modo que no otra conclusión se obtiene sino que ambos estaban de acuerdo en dar muerte a Harris Villalobos. Así las cosas, pese a que el anticipo es ilegal, según se dijo y que por ello las referencias del fallo a esta prueba son improcedentes, la conclusión respecto de la coautoría de Potoy Cortés se mantienen, sin que se den los vicios que la defensa reclama, no solo en cuanto a los alcances de la invalidez del anticipo, sino a los pretendidos errores e insuficiencia en cuanto a la calificación jurídica y al rol desempeñado por la imputada en los hechos. Por las razones expuestas, se declaran sin lugar los reclamos formulados."

f. Innecesaria Presencia del Abogado Defensor

[SALA TERCERA]¹⁰

"III.- En el "segundo motivo de casación por la forma" , se reprocha que se lesionó el derecho de defensa y la asistencia técnica letrada, dado que en el allanamiento no se procuró la presencia de un defensor público, lo cual habría permitido al acusado solicitar medidas previas (sic). Tampoco es de recibo el argumento. La norma que prevé la presencia de un defensor público en ese género de actos, el artículo 294 del Código Procesal Penal, establece esa posibilidad como una facultad para el juez ("...de ser necesario, designara un defensor público para que participe en el acto") . Al respecto, esta Sala ha tenido oportunidad de comentar: " El juez es garante de que existen indicios suficientes de estar en presencia de un delito; de que las razones por las

cuales se pretende el ingreso a un domicilio, habitación o recinto privado, son atendibles al extremo de autorizarlo. En suma, es garante del respeto a los derechos de las personas afectadas por la medida, que incluso, dependiendo de su resultado, quizás nunca alcancen la condición de imputados, todo ello sin perjuicio del eventual cuestionamiento que pueda realizarse de la diligencia practicada, dentro del proceso. Lo dicho no impide que el juez pueda nombrar a un defensor público para que asista a la diligencia, como también está previsto para los anticipos jurisdiccionales de prueba que deban practicarse en forma urgente, sin que ello signifique que sea necesario o indispensable hacerlo, porque la participación del juez es suficiente" (voto 468-99 de 9,20 hrs. de 23 de abril de 1999). De modo que no era obligatoria la presencia del letrado aducido. Finalmente, la ausencia de un defensor en ese acto, no impidió al endilgado plantear gestiones o solicitudes con vista a su defensa, lo cual pudo hacer sin dificultad alguna una vez que tuvo un defensor designado."

FUENTES CITADAS:

- 1 MINISTERIO PÚBLICO, Unidad de Capacitación y supervisión. Boletín Jurisprudencial No. 41, 2002. [En línea]. Consultada el 19 de julio de 2007. Disponible en: http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/publicaciones/boletines_jurisp/2002/JUR41-02.pdf
- 2 MINISTERIO PÚBLICO, Unidad de Capacitación y supervisión. Boletín Jurisprudencial No. 44, 2002. [En línea]. Consultada el 19 de julio de 2007. Disponible en: http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/publicaciones/boletines_jurisp/2002/JUR44-02.pdf
- 3 LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Proceso Penal Comentado. 1º Edición. Editorial Jurídica Continental. San José, 2003. pp. 301.
- 4 Ley Número 7594. Costa Rica, 10 de abril de 1996.
- 5 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Resolución No. 50-2001, de las doce horas del doce de marzo de dos mil uno.
- 6 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 171-2006, de las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del seis de marzo de dos mil seis.
- 7 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 256-2006, de las dieciseis horas con veinticinco minutos del veintisiete de marzo de dos mil seis.
- 8 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 260-2006, de las dieciseis horas con cuarenta y cinco minutos del veintisiete de marzo de dos mil seis.
- 9 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 455-2004, de las trece horas del siete de mayo de dos mil cuatro.
- 10 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 594-2002, de las diez horas con treinta y siete minutos del veintiuno de junio de dos mil dos.