UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
Urb. Montalbán - La Vega - Apartado 29068
Caracas 1021
Teléfonos 4074301 / 4074306 / Fax: 4074352
Dirección General de los Estudios de Postgrado
Área de Derecho
Rif. J-00012255-5

PROGRAMA DE POSTGRADO EN
CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS
TRABAJO ESPECIAL DE GRADO

ACTA DE EVALUACIÓN

Nosotros, HELY RAFAEL SOCORRO URDANETA (Asesor), y ARACELYS SALAS VISO (Jurado), designados por el Consejo de Área de Derecho para evaluar en la condición de jurado principal el Trabajo Especial de Grado presentado por el abogado, MELVIN ENRIQUE HERNANDEZ ACOSTA, titular de la cédula de identidad N° V-16.459.336, expediente U.C.A.B. N° 155221 para optar al título de Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, el cual se intitula "**VALOR PROBATORIO DEL TESTIGO EN EL SISTEMA PENAL VENEZOLANO**", declaramos que:

a) Hemos leído el ejemplar de dicho trabajo que nos fue enviado por la Dirección del Programa con anterioridad.
b) El Trabajo de Grado cumple con los requisitos formales, conceptuales y metodológicos requeridos para un trabajo de este nivel.
c) Presenta un enfoque metodológico en concordancia con la naturaleza del trabajo, una presentación sistemática y ordenada.
d) Después de haber estudiado y evaluado el referido Trabajo Especial de Grado y reunidos en la sede de la Universidad Católica Andrés Bello, acordamos el siguiente veredicto:

APROBADO

CALIFICACIÓN: DIECIOCHO (18) PUNTOS.

En fe de la declaración formulada, los miembros principales del jurado firmamos la presente Acta, en la ciudad de Caracas, a los dieciséis (16) días del mes de Febrero del año dos mil dieciséis (2016).

Hely Socorro
C.I. 3.114.237
Asesor

Aracelys Salas Viso
C.I. 5.301.051
Jurado

UCAB Universidad Católica ANDRÉS BELLO

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADEMICO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

TRABAJO ESPECIAL DE GRADO

VALOR PROBATORIO DEL TESTIGO EN EL SISTEMA PENAL VENEZOLANO

Presentado por

Hernández, Melvin

Para Optar al Título de
Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas

Asesor

Dr. Hely R. Socorro U.

Maracaibo, septiembre 2015

UCAB Universidad Católica ANDRÉS BELLO

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADEMICO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

ACEPTACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano Abogado **Melvin Hernández**, titular de la Cédula de Identidad **16.459.336**; para optar al Grado de Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, cuyo título tentativo es: **Valor Probatorio del Testigo en el Sistema Penal Venezolano**; y que acepto asesorar al estudiante, durante la etapa de desarrollo del Trabajo hasta su presentación y evaluación.

En la Ciudad de Maracaibo, a los 19 días del mes de septiembre del 2015

Dr. HELY R. SOCORRO U.
INPREABOGADO No 69.283
M. COL. No. 6546.COD. 10915

Asesor
Dr. Hely R. Socorro U.

UCAB Universidad Católica ANDRÉS BELLO

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADEMICO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

VALOR PROBATORIO DEL TESTIGO EN EL SISTEMA PENAL VENEZOLANO

Autor: Melvin Hernández
Asesor: Dr. Hely R. Socorro U.
Fecha: septiembre de 2015

RESUMEN

En la legislación penal venezolana, ha dado un vuelco muy notorio en la aplicación del sistema oral-acusatorio, deja atrás el viejo sistema inquisitivo que resultaba más estático y menos garantista en los derechos al ciudadano, le da paso al nuevo sistema oral-acusatorio donde por norma se exige u debido proceso y un respeto al estado de derecho. Con la entrada en vigencia del Código Orgánico procesal Penal se aplica durante el proceso el régimen probatorio donde existe una serie de reglamentaciones y disposiciones para lograr que el aporte de las pruebas estén dentro del marco lícito y legal. En este caso específico la prueba del testigo tiene un valor de igual efecto que los otros tipos de pruebas contemplados en el Código referido. El objetivo general corresponde al análisis del valor probatorio del testigo en el sistema penal venezolano. Debe recordarse que las pruebas pueden presentarse en una forma libre bajo distintas manifestaciones pero teniendo la precaución o el cuidado de que estas cumplan con los principios jurídicos que la regulan dando así origen a ciertas disciplinas durante el proceso. La gran importancia que reviste las pruebas hace que estas no deben perder nunca su valor, de ellas depende la idoneidad en el proceso, la celeridad y la aplicación de un juicio justo. La prueba significa la actividad procesal que tiene por finalidad obtener la certeza judicial. Esta investigación de tipo documental con nivel descriptivo. Los resultados logrados se orientan en la verdad procesal donde las pruebas constituyen la parte fundamental en la administración de justicia.

Palabras clave: Sistema inquisitivo, régimen probatorio, prueba del testigo, valor probatorio.

Índice general

Carta de aceptación.....ii

Resumen.....iii

Introducción.....1

I. Prueba del testigo en el sistema penal venezolano

Conceptualización dogmática de la prueba.....4

Prueba Testimonial.....12

II. Normativa que permite la validez de la prueba de testigo

Diferencia entre el testimonio de terceros y confesión.....19

Las pruebas y la declaración de testigos.....33

III. Valor probatorio del testigo en el sistema penal venezolano

Medios de prueba penal.....37

Declaración de los testigos en la Fase Preparatoria.....39

IV. Valides de la prueba de testigo según la normativa de la legislación penal

Eficacia probatoria de las declaraciones en fase de investigación.....52

La prueba de testigo y su relación con los principios constitucionales.....55

Conclusiones.....66

Referencias.....69

Introducción

En el presente trabajo de tipo documental referido al valor probatorio del testigo que según el Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 2012) representa un medio de prueba admisible, siempre y cuando cumpla con los principios de legalidad y licitud de la prueba. Como es sabido, el ser humano no vive aislado, sino en sociedad y dentro de esa sociedad existe un conjunto de normas reguladoras de la conducta humana que hacen posible la vida en común. Sin embargo, la vida en sociedad es un foco o fuente de conflictos de intereses donde surgen pretensiones de algunos que no son aceptados por otros, sino por el contrario, resistidas; lo cual genera controversias entre las partes. El Código referido resulta un tanto más amplio que el anterior, más flexible; refiere que puede probarse por cualquier medio de prueba que pueda comprobar todos los hechos y circunstancias de interés, siempre que no sean contrarios a la Ley y sean obtenidos lícitamente.

En la búsqueda de esa verdad desde un sentido jurídica, es necesario impulsar una serie de investigaciones que se van a desarrolla dentro del proceso legal para decidir en los conflictos entre las partes, pasando por todas las etapas agotando un gran esfuerzo dirigido a la comprobación de la verdad real respecto a determinado hecho que se caracteriza como delito influyendo negativamente a cierta persona. Esa con comprobación de la verdad a la cual se orienta la actividad procesal, constituye no sólo un método para la conducción del proceso y su fin inmediato y especifico sino un camino para conseguir el fin más alto y general cual es la aplicación o la no aplicación de la Ley penal al caso concreto.

Para determinar la naturaleza jurídica de la prueba es preciso saber a qué sector jurídico básico pertenece en cuanto a figura de derecho se refiera. En el

ordenamiento jurídico venezolano este instrumento ha sufrido grandes modificaciones sobre todo en el procedimiento penal que pasa de un sistema inquisitivo que estaba resguardado por el Código de Enjuiciamiento Criminal (Derogado), sustituido por el COPP, que brinda otro sendero con principio de libertad, idoneidad y utilidad de la prueba. El deber sagrado que tienen los tribunales consiste en establecer de manera definitiva los hechos que se refiere al asunto, calificando estos hechos desde el punto de vista de los imperativos y principios del derecho positivo. Este deber encierra grandes dificultades y responsabilidades; la decisión que tiene el tribunal tendría fuerza de obligatoria para todos, basándose en el principio de la cosa juzgada.

Este carácter de obligatoriedad, así como lo imputable del fallo son los principios fundamentales en los que se basa la autoridad del poder judicial, por ser obligatorios y deben acatarse como algo cierto las sentencias definitivamente firme. Es necesario esas actuaciones de los tribunales garanticen la posibilidad de resolver los asuntos judiciales de una forma más justa y objetiva, con la posibilidad de pronunciar fallo y sentencia que no estén viciada en su fundamento y legalidad.

Por ser el instrumento de la verdad más confiable es necesario enfocar desde los acontecimientos históricos sobre el cual el juicio versa y de esta forma es la prueba el único medio seguro de lograr esa verdad deseada para demostrar. Esa obtención de verdad de los hechos de la acusación por parte del acusador y por su lado el acusado, se tendrá que oponer el aparato de las pruebas contraria, los juzgadores fundan sus decisiones sobre los hechos que quieren demostrar. Por estas razones y otras este instrumento probatorio descansa una gran responsabilidad, para poder conocer la verdad del problema.

Este trabajo de investigación en cuanto a su estructura y contenido se ha organizado en varios capítulos en la siguiente forma:

El primer capítulo, denominado Prueba del Testigo en el Sistema Penal Venezolano, se trataran aspectos relacionados con la conceptualización dogmática de la prueba y la prueba testimonial.

El segundo capítulo, referido a la Normativa que Permite la Validez de la Prueba de Testigo, se analizara la diferencia entre el testimonio de terceros y confesión y las pruebas y la declaración de testigos.

El tercer capítulo, tiene como título Valor Probatorio del Testigo en el Sistema Penal Venezolano, en esta parte se presentarán aspectos relacionados con medios de prueba penal y la declaración de los testigos en la Fase Preparatoria.

El cuarto capítulo, titulado Valides de la Prueba de Testigo según la Normativa de la Legislación Penal, en este capítulo se hará referencia a la eficacia probatoria de las declaraciones en fase de investigación y la prueba de testigo y su relación con los principios constitucionales.

Por último las Conclusiones y las Referencias.

I. Prueba del testigo en el sistema penal venezolano

Conceptualización dogmática de la prueba

La legislación penal venezolana en los últimos tiempos ha dado un vuelco muy notorio, pasando del sistema inquisitivo a un sistema acusatorio-oral. Esto permite que los derechos fundamentales y el proceso penal tengan una vinculación estrecha. Hoy en día, en el proceso penal se implementa una gama de derechos fundamentales que deben ser requisitos necesarios durante el juzgamiento, resultando ineludible que un proceso penal debidamente conformado sea garante de los derechos fundamentales del individuo, esto como garantía de la presencia de un Estado de derecho, donde por lógica debe materializarse el derecho sustantivo, capaz de respetar al ser humano y procurar su reinserción social.

En lo que corresponde al tema tratado, valor probatorio del testigo en el sistema penal venezolano; corresponde profundizar en todo lo que corresponde al régimen probatorio que contempla el COPP, vinculado directamente con las garantías procesales contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999), en los Tratados Internacionales y Convenios, que en conjunto conforma una plataforma en lo que a prueba se refiere.

Considerando que la legislación penal venezolana admite todos aquellos medios de pruebas que sean legalmente obtenidos; que no sean impertinentes, temporáneos, ilegales. El Código referido fundamenta el régimen probatorio en el principio de la libertad de prueba, pero sin embargo para una mejor administración de justicia prevé regulaciones a través de normas que puedan hacer admisible las pruebas consignadas.

A criterio de Mora (1998),

> El derecho penal como última forma que tiene a su haber el Legislador para regular la normal convivencia social, la última ratio constituye la forma más radical en que se concretiza la acción del Estado; para esto se ha considerado necesario garantizar en el marco del principal ordenamiento de una nación los principios fundamentales que deben cumplirse en su ejercicio (p.252).

Con la implementación del sistema probatorio adaptado al sistema acusatorio oral, donde esto resulta con características más democráticas y funcionales que permiten a los administradores de justicia actuar con más serenidad y equidad. De hecho el presente trabajo de investigación, de tipo documental está referido específicamente a plasmar el valor probatorio del testigo en el sistema penal patrio, donde se demuestre que este tipo de prueba es tan valedera y tan admisible como cualquier otra contemplada en el ordenamiento jurídico. El régimen probatorio, en el caso específico del testimonio es de considerarse como un coadyuvante en la administración de justicia, se tiene el deber de concurrir a la citación practicada por el tribunal, y el deber intangible de no ocultar la verdad que haga posible dilucidar todas las evidencias que conduzcan a comprender y encontrar la verdad de los hechos.

Dentro del sistema penal, existe la necesidad de indagación acerca de la verdad histórica y jurídica y es lo que hace que sea objeto de prueba todo lo que pueda alegarse al proceso y todo lo que se pueda presentar al conocimiento del juez y de las partes para la comprobación judicial relacionada con dicha indagación. Así todo dato que se incorpore legalmente al proceso y que sea capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva.

La información debe ser objetiva y provenir del mundo externo al proceso y no ser un mero fruto del conocimiento privado del juez, carente de acreditación objetiva.

Introducido en el proceso, ese elemento será examinado y criticado por las partes y valorados y apreciados por el juez. Esencialmente se caracterizan por verificar la verdad tanto histórica como jurídica. Es decir el objeto de la prueba se traduce en todo lo que pueda ser alegado en el proceso y que se pueda traducir en la determinación de la cosa que se debe probar. Su trayectoria debe cumplirse de modo tal que pueda ser controlada por las partes en el juicio.

El objetivo de la prueba es amplio y de diverso contenido, así por un lado y en primer lugar, el objeto de la prueba puede identificarse con los hechos que constituyen el contenido mismo de la imputación, esto es denominado por ciertos autores como el hecho sobre el cual ha de decidirse, o hecho que se ha de probar, tema que se ha de decidir, claro que esto es en el caso de hipótesis similar de investigaciones en un hecho delictivo, o sea, el hecho del delito se comprueba directamente, por ejemplo, en el delito de homicidio, los testigos; en la injuria, quienes oyeron las palabras injuriosas, entre otros.

La comprobación directa del hecho delictivo en la mayoría de las veces no se da de forma tan elemental y por esto surgen circunstancias relacionadas a un hecho fundamental; circunstancias estas que deben también comprobarse y que como es obvio son también objeto de prueba. En estos casos, que exista un hecho de prueba principal, que sería el delito en sí y un objeto de prueba accesorio y secundario; que serían los hechos distintos del delito, pero conexos con éste y que pueden ser tan determinantes como aquel. Cuando lo exigen las circunstancias directas o indirectas el objeto de prueba se amplía, y puede servir a hacer conocer la verdad; pero todas estas circunstancias convergen a la comprobación de un hecho fundamental, esto es, la imputación y entre estas circunstancias no existe una gradación jerárquica, todas se acumulan y se refunden en la conciencia del juez

La legislación penal venezolana cuenta con un régimen probatorio que permite admitir todas aquellas pruebas cuyo origen sean de naturaleza lícita y legal. Deben

estar ajustadas a las normativas contempladas en el COPP. Puede observarse que en el viejo sistema inquisitivo existía un hermetismo que no hacía posible que las partes intervinientes en el proceso tuvieran una razón de hecho para comprender y entender lo que estaba sucediendo con el sujeto inculpado en el delito. En el campo jurídico se cuenta con una flexibilidad para presentar las pruebas, pero en este caso específico se enfoca la importancia del testigo del hecho donde el Juez debe tomar la veracidad de los hechos útiles para encontrar la verdad.

Según considera Carnelutti (2007),

> Esa comprobación de la verdad a la cual se orienta la actividad procesal, constituye no sólo un método para la conducción del proceso y su fin inmediato y específico, sino un camino para conseguir el fin más alto y general; cual es la aplicación o no la aplicación de la ley penal al caso concreto (p. 41).

Por la problemática existente, para la aplicación de la prueba que llega al proceso a través de diferentes conductas, unas dolosa y otras culposas. Se destaca que el Juez no debe admitir ningún tipo de prueba que haya sido obtenida partiendo de una información ilícita, es decir, toda información que se obtuvo por medios aberrantes, amenazas, torturas; o existe una elevada probabilidad al respecto. Indudablemente todas las consecuencias cargosas de este acto, debe perder valor probatorio, ya que la investigación de un delito no puede beneficiarse del resultado de estos medios que aportan gravísimas violaciones establecidas en el COPP y en la Carta Magna.

Se justifica el estudio de este tipo de prueba de testigo; por cuanto éste representa un aparte directo relacionado con el hecho ilícito, existe una apreciación directa de lo ocurrido, existe una prueba no sujeta a otros elementos siempre y cuando el testigo esté investido de responsabilidad, y sea capaz de decir la verdad. Todo esto hace

relevante el estudio de la prueba de testigo y por tal razón engloba la justificación de la escogencia de este tema.

La idoneidad en la relación entre la fuente y la prueba, el medio probatorio y la utilidad; es la relación entre el medio de prueba y el objeto de prueba. No puede ser apreciada la información dada por el testigo cuando éste falsea en el testimonio, cuando éste fundamenta sus criterios en otros de origen ilícito o ilegal, jamás podrá ser apreciada la información en estos casos. Estos son violatorios de las normativas establecidas en las leyes patrias y constituye un atentado contra los derechos humanos en general.

Existen diversos aspectos que abarca la conceptualización de la prueba, puede decirse que es la síntesis de diversos aspectos; aún en el análisis más simple se muestra en la prueba un contenido complejo. Se le considera como la razón o argumento mediante el cual se pretende demostrar y hacer patente la verdad o falsedad de un hecho.

Considera Carnelutti (2007) que, "La prueba no sólo al objeto que sirve para el conocimiento del hecho, sino también la certeza o convicción que aquel proporciona. En sentido amplio, conceptúa que la prueba es un equivalente sensible del hecho que había de valorarse" (p.56). La prueba es la vida del proceso y de la actividad de administrar la justicia. El efecto buscado a través de esta es generar la certeza, la convicción, el convencimiento o parte subjetiva en el juzgador, acerca de la verdad de la respectiva pretensión o parte objetiva.

Por otra parte, para Binder (2003), "Es el conjunto de actos de las partes que tiene por fin, convencer al juez acerca de la verdad o falsedad de una afirmación" (p.95). De la escuela procesal española viene a ser la actividad que se propone demostrar la existencia a la inexistencia, de un hecho y la verdad o falsedad de una

afirmación. Las pruebas son actos jurídicos procesales en que intervienen las partes y el juez, en su pretensión de buscar las causas o explicaciones que conduzcan a esclarecer los hechos para proporcionar al juzgador una verdadera convicción sobre esos acontecimientos, permitiéndole decidir, a través del raciocinio, el conflicto que se ha desarrollado en el proceso.

En opinión de Cabanellas (1998) "Demuestra sin género alguno de duda la verdad del hecho litigioso controvertido, instruyendo suficientemente al juez para que pueda fallar, ya sea condenado o absuelto" (p.285). En su acepción más genérica y puramente lógica, prueba quiere decir, a un mismo tiempo, todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa, y en sentido más amplio y haciendo abstracción de las fuentes, significa el conjunto de motivos que suministran ese conocimiento. La primera es una concepción subjetiva y la segunda es objetiva.

La prueba corresponde a lo que la actividad de las partes le ofrecen y suministran el juez. La percepción sensible propia de éste, no tiene necesidad de prueba y no es prueba; tampoco son medios de prueba lo que el juez aduzca, aunque la ley lo autorice. Lejos de existir oposición entre prueba y conocimiento, los medios de prueba sirven para producir el conocimiento, al tiempo del conocimiento se deriva la convicción de la prueba. Probar significa suministrar en el proceso el conocimiento de cualquier hecho, de manera que se adquiera para sí o se engendre en otras la convicción de la existencia o verdad de ese hecho.

Trasladadas las anteriores nociones al proceso penal, éstas adquieren capital importancia pues ellas darán la verdad de los hechos tanto del delito, del delincuente y de todos los elementos que a ellos se refieran o de los que puedan estar vinculados con aquellos; en este caso, esto es en lo que al proceso penal se refiere, no importa la distinción de si esta fue suministrada por el juez o por las partes, ya que a diferencia

del proceso civil, el juez puede traer una prueba que éste crea necesaria para el esclarecimiento del hecho punible.

En el proceso penal la prueba se dirige, no ya a verificar afirmaciones de las partes que usualmente la contengan y la fije, sino a reconstruir libremente el delito y su historia, partiendo del hecho externo y último en que se concreta y remontándose en el tiempo hasta su génesis psíquica, física y a la manera como obró y se manifestó en el individuo que cometió el hecho delictuoso, claro que en determinadas ocasiones, existen medios de prueba en la cual las afirmaciones de las partes son preponderantes, como lo es en los casos de reconstrucción de los hechos, en reconocimiento y el careo, entre otros.

Para Carnelutti (2007), el objeto de la prueba "es el hecho que debe verificarse y donde se vierte el conocimiento motivo de la controversia" (p. 269). El artículo 389 del Código de Procedimiento Civil (1990) en su ordinal 1°, hace la distinción entre los llamados juicios de hecho y de puro derecho, teniendo a estos últimos como aquellos a donde las partes están de acuerdo con los hechos, ya que la discrepancia solo surge en la norma legal que ha de ser aplicada al caso controvertido.

La palabra prueba expresa diferentes sentidos y a su vez diferentes momentos, de esta forma se incluye dentro de la acepción la materia que debe probarse y propiamente el objeto de la prueba; la actividad de los sujetos procesales y de los terceros; los medios que se emplean para la investigación; el procedimiento en que se desarrolla la prueba; el resultado de la investigación y fin todo aquello que lleve a la comprobación de determinado hecho delictuoso, por esto, cuando se habla de prueba unas veces se hace referencia a su contenido sustancial, otras a su manifestación formal, y otras, en fin, al resultado que de ella surge.

No es necesario complicar la noción de la prueba, cabe decir que la prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis precedente, y esta noción llevada al proceso

penal, permitirá conceptuar la prueba como todo lo que pueda servir al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en él se investigan y respecto de los que se pretende actuar la ley sustantiva. Esto es la producción de elementos de convicción, como actividad procesal encaminada a obtener determinadas piezas judiciales dentro de un proceso de reconstrucción de los hechos o de su verificación, según sea el caso. Es así como se dice, en un momento dado, que el proceso está en período de prueba. Dentro de la búsqueda de una noción de la prueba judicial.

Considera Piña (2009),

> La palabra prueba en el sentido estrictamente gramatical, expresa la acción y el efecto de probar y también la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa (p. 12).

Se llama prueba todo lo que sirve para dar certeza acerca de la verdad de una proposición. La certeza está en el propio individuo, la verdad en los hechos. Aquella nace cuando se cree conocer a ésta; más por la falibilidad humana puede haber certeza donde no haya verdad y viceversa.

Para Rocha (2006),

> La prueba es completa cuando por sí sola es bastante para establecer la verdad del hecho, lo que permite decir que probar es establecer la verdad, hacerla ver, el resultado de una buena prueba es la convicción. El fin de la prueba es lograr el convencimiento del juez (p.96).

Todos esos aspectos dan una versión de cómo puede variar de un autor a otro la interpretación que se le dé a las pruebas penales, el punto en común sería el de la

búsqueda del conocimiento y verdad para producir la certeza por parte del juzgado, indistintamente de que algunos la conceptualicen y tomen en cuenta su objeto, otros sistemas, como instrumento, su acción, o en fin, su producto.

Prueba testimonial

En la prueba testimonial se trata de la interrogación judicial de una persona natural sobre percepciones que tuvo en tiempo pasado sobre determinados hechos (no máximas de experiencia) fuera del proceso. El juzgamiento de los hechos corresponde al tribunal, el que en la declaración del testigo debe fijarse, en que éste no reproduzca su propio juicio como percepción.

Fundamentalmente toda persona puede ser testigo en un proceso. La edad o el estado intelectual de una persona no se oponen a la posibilidad de oírlos en el proceso como testigos, como así también sus relaciones con las partes o al objeto del proceso. Tales circunstancias recién deben considerarse en la evaluación de la prueba y advierten entonces al especial cuidado en la valoración de la declaración. El círculo de las personas capaces de testimoniar por ello ha sido trazado con amplitud, ya que los testigos son irreemplazables en numerosos procedimientos; pues los acontecimientos y situaciones testimoniados por ellos están en el pasado y no se dejan probar de otra manera.

En opinión de Parra (2005),

> Se puede hablar de testigos procesales y extraprocesales, según actúen en un proceso o diligencia procesal previa, o por el contrario que lo actúen en actos extraprocesales, o que a pesar de haber presenciado unos hechos, no lleguen a adquirir la calidad de testigo en sentido estricto… (p.14).

También la credibilidad de una persona, la que puede ser cuestionable por condena de perjuicio, sólo tiene importancia en la evaluación de la prueba, pero no en su capacidad de ser testigo. Una excepción a dicho principio solamente se hace con las partes. Aquí tiene vigencia la regla: quien debe ser interrogado como parte, no puede ser interrogado como testigo. El interrogatorio de parte y el de testigo se excluyen. La disposición de recepción de prueba testimonial, en el alcance del principio de deliberación, sólo tiene lugar a petición de parte. La disposición de una prueba testimonial de oficio en consecuencia no es posible. Una excepción se hace solamente en procedimientos en cuestiones de estado. La disposición de la prueba testimonial tiene lugar por regla mediante una resolución especial de prueba.

Dentro del derecho procesal general están los actos procesales que según Manzini (2002),

> Son las manifestaciones concretas de la actividad propiamente procesal, y precisamente las manifestaciones o declaraciones de voluntad, o las atestaciones de verdad, recibidas por un sujeto de la relación procesal o por un auxiliar suyo, relativas al contenido principal formal (p.98).

La finalidad del derecho procesal en general y del derecho penal particularmente, es reconocer y establecer una verdad jurídica. A tal finalidad se llega por medio de las pruebas que deben ser asumidas y valoradas en el proceso según las normas prescritas por la ley. La teoría de que el proceso no es una relación jurídica abstracta, sino que mediante él se constituye una situación jurídica de su objeto, se basa en la doble naturaleza de las normas jurídicas que son, al mismo tiempo, en su opinión, imperativas para los ciudadanos y medidas para el juicio del Juez. La defensa en las causas criminales, es una carga procesal a la cual se asemeja la carga material de la prueba entendida como el interés que tienen una parte o la otra en que determinado hecho se compruebe, porque su comprobación redundaría en su perjuicio.

En el sistema de prueba establecida en el COPP, la carga formal de la prueba corresponde íntegramente al acusador, fundamentalmente por haberse asumido como principio fundante del sistema de las pruebas el de la presunción de inocencia, expresamente reconocido, en el artículo 8, el cual establece, "Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme". Esta garantía de estado de inocencia proviene legislativamente de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Determina esta norma que un sujeto, sea nacional o no, debe ser considerado mientras dure el proceso inocente de los hechos o cargos que se le imputan y en tal efecto debe ser tratado como tal.

El contenido de los sistemas de prueba y de apreciación va dirigido a:

- Presentar los medios probatorios admisibles en el juicio.
- Definir la forma en los medios probatorios serán llevados al juicio los cuales deben ser analizados de manera clara, objetiva y científica.

Todo medio probatorio antes de ser conducido al proceso debe pasar por una etapa de evaluación y examen previo, en cuya oportunidad se verá la necesidad, la pertinencia y la relevancia para probar hechos y afirmaciones diversas. Se permite a todas las partes probar todo cuanto se quiera en relación con los hechos justiciables y sus consecuencias deducidas en el proceso y además hacerla por cualquier medio lícito, susceptible de valoración por el sentido común. El principio de libertad de prueba está unido al de su licitud y al de su apreciación. La identidad de la prueba, es la cualidad de ser apropiada para demostrar el hecho que se propone probar.

Según Guasp (2004), la actividad probatoria como cualquier otra actividad humana, hay que fijarla en su forma, en el espacio y en el tiempo. Partiendo de este concepto, se estudiaran las pautas señaladas en el Código de Procedimiento Civil (1990) para regular la práctica y desarrollo de la prueba; y estas pautas o principios

fundamentales son; competencia, adecuación, publicidad, contradicción, inmediación, impulso, documentación y preclusión. La utilidad de la prueba se refiere a la necesidad o pertinencia respecto de los hechos ya probados por otros medios o los hechos que como los notorios, no necesitan ser demostrados. La idoneidad es la relación entre la fuente de la prueba y medio probatorio y la utilidad es la relación entre el medio de prueba y el objeto de la prueba.

Las leyes procesales en Venezuela se han distinguido por establecer 2 sistemas de pruebas:

1. El sistema de la prueba legal.
2. El sistema de la prueba libre.

Puede contarse con un tercer sistema denominado mixto donde se asume características, principios e ideas de los dos grupos anteriormente identificados. El sistema de la prueba legal se caracteriza por describir de manera explícita los medios o instrumentos de prueba que deben usarse para llevar a cabo los cometidos centrales del proceso. El tema u objeto de prueba debe referirse a la imputación y éste será el limite necesario de la actividad probatoria, cuyo perfil constituye una garantía para todos los intervinientes en la causa.

Existe la obligación que el proponente de la acción se ocupe de precisar cuáles son los hechos ocurridos y la relevancia que ellos tienen con respecto al tipo penal, los daños acontecidos y toda relación de circunstancias especificas que rodean el caso, siendo esta una exigencia prevista en el COPP. El testimonio consiste en el contenido de la deposición, mientras que la expresión de la fisonomía, la franqueza o la perplejidad, entre otros, del testigo, sólo constituyen elementos para la valoración de su deposición.

La prueba testimonial sería la más perfecta de las pruebas si se pudiera suponer que los hombres son incapaces de mentir o de errar; la experiencia, por desgracia,

demuestra que es la más falible y la más débil de las pruebas, razón que ha conducido a los legisladores a darle valor relativo considerándola apenas como prueba complementaria o subsidiaria. Por necesidad no se puede prescindir de la prueba testimonial, puesto que en el proceso su utilización es frecuente, sin embargo, este medio de prueba ha sido materia de objeciones y por lo mismo resulta difícil para el Juez valorar esta prueba.

En el sentido psicológico, el testimonio en la experiencia sufrida por el testigo sobre la conducta o hecho motivo de la averiguación; sin embargo no siempre es así, también importa a los fines procedimentales la conducta generalmente observada por el probable autor del delito antes de la ejecución del hecho delictuoso; igualmente la del sujeto pasivo, consiste esto en que después de interrogar al testigo sobre un objeto se le muestre éste para que lo reconozca y si es posible rinde sobre el mismo. Por último, las aseveraciones del testigo se concretarán a dar cuenta sobre el lugar o lugares. Para asegurar la espontaneidad y la sinceridad de las contestaciones de las preguntas formuladas, se evitará que éstas sean subjetivas o capciosas.

Hay un testimonio oral a efectos procesales, cuando alguien, que no sea ni actual ni virtualmente parte del proceso o de la causa, exponga en forma narrativa, y con finalidad informativa, hechos o circunstancias que declare conocer (haber aprehendido) de *visa et auditu* de vista y de oído, y que puedan suministrar directamente o también indirectamente (en vía presuntiva) elementos de convicción respecto de lo que constituye tema de prueba. Técnicamente, al exponer se le llama en este caso deponer, y, naturalmente, en tanto vale en cuanto pueda el Juez creerlo y lo crea (le preste fe), valorando la sinceridad, la presumible veridicidad de quien depone y la llamada objetividad de la deposición.

Dentro de esos límites, la subjetividad de la exposición, en cuanto reducida por así decirlo a un común denominador, se considera como una (relativa) objetividad. Si

pasa de esos límites, el que depone invade el campo de las apreciaciones, razonamientos o juicios reservados al Juez, y entonces deja de tener valor el criterio de la credibilidad, ya que en ese campo el Juez debe salvaguardar la propia autonomía de juicio y el libre empleo de su ciencia oficial (vulgo: pensar con su cabeza), salvo el pedir cuando lo considere necesario el auxilio de consultores técnicos de su elección.

Un testimonio, en el más amplio sentido de la palabra; puede ser suministrado también extrajudicialmente, a una parte (por medio de una carta, de una declaración hecha a un oficial público, entre otros), pero en esta hipótesis constituye prueba que debe ser probada, cuya prueba material es necesario adquirir para los autos del proceso. Y siempre en esta hipótesis, el Juez podrá o no tomarla en consideración y valorarla, según las circunstancias. A un testimonio suministrado por escrito al Juez y no a las partes, pero sin solemnidad de formas, se reducen también las informaciones que el Juez mismo puede pedir a la administración pública sobre actos y documentos de oficio.

El nombre de prueba testifical, correlativamente el de testigo para quien depone está reservado, sin embargo; en el lenguaje de las fuentes, al caso en que el testimonio se preste oralmente ante el Juez, en las formas solemnes previstas por el COPP, bajo el vínculo del juramento de veracidad, y se lo adquiera para los autos del proceso bajo forma de incorporación al acta (levantamiento de acta). Caso en el cual adquiere su maximum de credibilidad. Las formas se observan a su tiempo en el desarrollo del proceso. Como algo muy relevante que también establece el COPP está la valoración del reconocimiento, que según Moreno (2008),

> La valoración de esta prueba habrá de hacerse conforme a la sana crítica, de acuerdo al sistema de apreciación de las pruebas consagrado por el Código, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia... (p.279).

En sentido general y amplio, cuando la declaración provenga de un tercero, se está en presencia de un testimonio, sólo en sentido estricto se debe entender como testimonio, las declaraciones de quienes no son partes en el proceso. Estas dos instituciones procesales se asemejan en que ambas, constituyen declaraciones procesales, pero, no toda declaración procesal, constituye testimonio ni confesión. En el primer caso, existen declaraciones extrajudiciales que no constituyen testimonio, pero pueden llegar a ser confesiones extrajudiciales, o sea, que como bien afirman algunos autores, la declaración procesal es el género; el testimonio y la confesión son la especie.

Si se analiza en sentido estricto el término testimonio, que permita diferenciarlo de la confesión se encuentra que éste posee las siguientes características:

- Constituye un acto jurídico ejecutado a conciencia.
- Constituye un acto eminentemente procesal.
- Procesalmente hablando, es un medio de prueba.
- Constituye un medio de prueba indirecta, personal, representativa e histórica.
- Es una narración de hechos, entendidos en sentido amplio.

II. Normativa que permite la validez de la prueba de testigo

Diferencia entre el testimonio de terceros y confesión.

Desde un punto de vista rigurosamente jurídico, el testimonio constituye un acto procesal, por el cual una persona informa a un juez sobre lo que sabe de ciertos hechos, sea en un proceso o en diligencias procesales previas, lo último cuando se recibe anticipadamente o para futura memoria.

Para Cabanellas (1998), se entiende por prueba testimonial:

> La que se realiza por medio de testigos; o sea, a través del interrogatorio y declaración verbal, escrita o por señas (mudos), de personas que han presenciado los hechos de la causa u oído su relato. La fragilidad de la memoria, la parcialidad de los deponentes (Propuestos por la parte actora o la demandada, o por la acusación o la defensa, y así en cierto modo aliados con una u otra) y la mala fe, que encuentra fácil parapeto en los errores, hace que esta prueba sea la que goce de menos autoridad. (p. 55)

Las declaraciones procesales se distinguen como:

a) Confesión: cuando provienen de una de las partes en el proceso en que deban considerarse como pruebas.

b) Testimonio: Cuando dichas declaraciones no son de las partes, sino de terceros. Carnelutti (2007), al testimonio lato o amplio, dice que éste, puede comprender tanto el de las partes como el de terceros y en *sentido strictu sensu*, el testimonio se limita al concepto de la declaración del tercero en el proceso civil, laboral y contencioso-administrativo.

El testimonio de terceros puede versar sobre hechos pasados o que existan en la actualidad, o sea, para el momento de rendirse la declaración, pero siempre con existencia previa por lo que su percepción del hecho debe ser anterior al testimonio. Por otra parte, en principio, el objeto del testimonio son los hechos; pero, inevitablemente el testigo emite opiniones sobre su identificación como por ejemplo, si es animal o vegetal; o sobre las condiciones en que se encontraba una persona, es decir, si estaba sobria o ebria; o sobre las circunstancias como ocurrieron los hechos, o sea, opiniones que complementan la narración de sus percepciones y son inseparables de ellas.

En sentido general y amplio, cuando la declaración provenga de un tercero, se está en presencia de un testimonio. Como ya se expuso sólo en sentido estricto se debe entender como testimonio, las declaraciones de quienes no son partes en el proceso. Estas dos instituciones procesales se asemejan en que ambas, constituyen declaraciones procesales, pero, no toda declaración procesal, constituye testimonio ni confesión. En el primer caso, existen declaraciones extrajudiciales que no constituyen testimonio, pero pueden llegar a ser confesiones extrajudiciales. O sea, que como bien afirma Devis (2003), la declaración procesal es el género; el testimonio y la confesión son la especie.

Si se analiza en un sentido estricto, que permita diferenciar de la confesión, se encuentra que posee las siguientes características:

1. La Constituye un acto jurídico ejecutado a conciencia.
2. Constituye un acto eminentemente procesal.
3. Procesalmente hablando, es un medio de prueba.
4. Constituye un medio de prueba indirecta, personal, representativa e histórica.
5. Es una narración de hechos, entendidos en sentido amplio.

Para Devis (2003) "Constituye un medio de prueba que consiste en una declaración de ciencia y representativa, que un tercero hace a un juez con fines procesales sobre lo que dice saber respecto de hechos de cualquier naturaleza". (p.24)

Mientras que para Prieto (2002), constituye:

La prueba "suministrada por personas distintas de las partes, que han presenciado, los hechos de que les interroga u oído acerca de ellos". Y para Cabanellas (1998), es "la declaración que hace un testigo en juicio, aunque sea falsa" (p.51). Ahora bien, si se hace referencia a estas definiciones y al mismo tiempo sobre la característica del testimonio, se debe conceptualizar al testigo, como aquél que ve, oye o percibe por otro sentido, algo en no es parte y que puede, reproducir de palabra o por escrito o por signos.

Para otros, testigo constituye aquella persona fidedigna de un u otro sexo que puede manifestar la verdad o falsedad de los hechos controvertidos en el proceso. Por otra parte, se entiende como testigo a la persona distinta de los sujetos procesales llamada a exponer al juez las propias observaciones de hechos acaecidos. Para Delgado (2005) es la persona que debe declarar sobre hechos ocurridos, o estado de las cosas percibida por ella. Para Dellepiane (2000) es aquélla persona distinta de las partes y de sus representantes legales que depone sobre sus percepciones sensoriales concretas relativas a hechos y circunstancias pretéritas.

Desde un punto de vista rigurosamente jurídico, el testimonio constituye un acto procesal, por el cual una persona informa a un juez sobre lo que sabe de ciertos hechos, sea en un proceso o en diligencias procesales previas, lo último cuando se recibe anticipadamente o para futura memoria porque para que a una declaración se le tenga por testimonio, se requiere que se haga ante un juez, con fines procesales. Según Cabanellas (1998), la prueba testimonial es, "la que se realiza por medio de

testigos; o sea, a través del interrogatorio y declaración verbal, escrita o por señas (mudos), de personas que han presenciado los hechos de la causa u oído su relato..." (p. 504).

La confesión proviene de una de las partes en el proceso en que debe considerarse como pruebas. El testimonio es cuando dichas declaraciones no son de las partes, sino de terceros. Para Carnelutti (2007) "el testimonio lato o amplio puede comprender tanto el de las partes como el de terceros y en sentido *strictu sensu*, el testimonio se limita al concepto de declaración del tercero en el proceso civil, laboral y contencioso-administrativo". (p. 320). Puede versar sobre hechos pasados o que existan en la actualidad, o sea, para el momento de rendirse la declaración, pero siempre con existencia previa por lo que su percepción del hecho debe ser anterior al testimonio.

Por otra parte, en principio, el objeto del testimonio son los hechos; pero, inevitablemente el testigo emite opiniones sobre su identificación como por ejemplo, si es animal o vegetal; o sobre las condiciones en que se encontraba una persona, es decir, si estaba sobria o ebria; o sobre las circunstancias como ocurrieron los hechos, o sea, opiniones que complementan la narración de sus percepciones y son inseparables de ellas.

Al respecto Devis (2003) define el testimonio como "Prueba que consiste en la declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que sabe respecto a hechos de cualquier naturaleza" (p.29) Es la declaración de una persona física acerca de lo que pueda conocer por percepción de sus sentidos sobre los hechos investigados.

Es realizada por una persona de existencia real (solo estas perciben y transmiten percepciones), en forma oral (salvo excepciones), debe realizarse dentro del proceso o

ratificarse en éste. Quien rinde testimonio debe hacerla sobre lo que conozca y referido a los hechos investigados (agravantes, atenuantes, autores, partícipes, coautores, entre otros). Este conocimiento debe ser anterior a su llamado como testigo y debe ser sensorial. También se permite que haga conclusiones y opine para completar la narración de sus percepciones.

Prácticamente todo sujeto tiene capacidad para declarar, pues lo único que se requiere es capacidad sensorial. Solo sería incapaz para rendir testimonio aquel que por impedimento físico no esté en: condiciones de percibir y transmitir sus percepciones del mundo exterior. Sin embargo, esta regla general tiene sus excepciones. Razones de incompatibilidad Juez-testigo, defensor-testigo, imputado-testigo, en un mismo proceso o prohibición de declarar o facultad de abstención, secreto profesional y parentesco.

En principio, según la norma; todo habitante tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar, este es el deber de comparendo, pero hay casos en que la ley prevé excepciones al deber de concurrencia, por impedimentos físicos (enfermedad, vejez), en tal caso se examinará en el lugar donde se halle. También reciben un tratamiento preferencial Presidente y Vicepresidente de la Nación, los Ministros y Viceministros y los miembros del poder judicial.

En cuanto al régimen de la declaración, debe hacerse mención al ofrecimiento, pues en la instrucción solo hay una mera facultad de proponer diligencias probatorias, es decir no hay un derecho correlativo por parte del Juez, mientras que en juicio si hay todo derecho a ofrecer prueba, con la correlativa obligación del Juez. El otro aspecto es el de la recepción, en el que se regulan tópicos como las declaraciones separadas esto para evitar que la declaración de un testigo influya sobre la de otro, la publicidad o reserva, que en la instrucción será público para las partes y en el juicio es pública, la oralidad, que tiene excepciones como los jerarcas, sordomudos, o cuando

se pueda incorporar la declaración rendida en la instrucción (muerte, persona ausente del país, inhabilitación para declarar, entre otros).

El autor Stein (2004) sostiene que "El testigo aporta al proceso su percepción individual, el perito aporta su saber no individual, ya que la opinión que emite debe sustentarse o basarse sobre las adquisiciones de la ciencia, de la técnica o del arte" (p.26). Cuando se rinde declaración es posible señalar tres momentos específicos; el primero, es cuando se hacen las advertencias sobre la falsedad y juramento, con excepción de los menores de edad, los condenados como partícipes del delito y los querellantes; el segundo, se refiere a las generalidades de la Ley, y el tercero, a la declaración sobre el hecho, que es la parte medular del acto, en el que se le invita al testigo a que manifieste lo que conozca, luego de lo cual si fuere menester se le interrogará.

La importancia de una amplia capacidad testimonial de nada serviría sin la tarea valorativa e imperiosa del Juez basado en el sistema de la sana crítica racional. Basados en dos presunciones básicas; que los sentidos no han engañado al testigo y que el testigo no quiere engañar, de ahí valorar específicamente la fidelidad de la percepción y transmisión de lo percibido y la sinceridad del testimonio.

La confesión es un medio probatorio tradicional que por muchas críticas que se le haga se sigue tomando en cuenta en los códigos procesales modernos, sólo se observa que reciben otras denominaciones, se le llama también declaración de defensa o simplemente declaración del procesado. El aspecto a destacar en la confesión tal como lo señala la criminología es que es un hecho extranatural, porque es incomprensible que quien voluntariamente ha violentado la ley con hechos violentos o con engaños para obtener un fin declare contra sí mismo, pero si es comprensible que una persona declare y se confiese autor del hecho con fundamento a otras consideraciones como es el caso de quien comete un delito con un objetivo personal, por ejemplo venganzas, delitos pasionales.

Considera Moreno (2008) que:

> No debe confundirse la capacidad del testigo con las causas de incompatibilidad que impiden que una persona pueda testificar en un determinado proceso en razón de la función que desempeña en el mismo o por su posición procesal. En el primer caso, se hace referencia a los jueces, profesionales... (p.255).

En este sentido la voz de la conciencia es tan poderosa que el individuo necesita declarase para liberarse del peso de la culpa, también es posible la confesión por compromisos económicos, compromisos familiares en el alivio de la conciencia fundamentado en preceptos religiosos. Hoy por hoy, en la mayor parte de las legislaciones se considera que la confesión es aceptada cuando es espontánea, libre, formulada en su respectiva oportunidad y que pasa a ser convincente porque tiene relación con los demás datos adquiridos en el proceso.

Si bien el COPP no utiliza la palabra confesión, sí dispone en una forma insistente las garantías y derechos del procesado y así en su normativa le da la posibilidad de declarar ante el Ministerio Público y ante el Juez. Sin embargo, la vigente CRBV dispone en el artículo 49, ordinal 5: "Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad".

La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza. También se presenta el caso cuando el imputado admite el hecho para obtener la suspensión condicional del proceso porque la Constitución lo considera procedente de acuerdo a los requisitos que se refiere el artículo 42 del COPP (Plazos para la reparación. Incumplimiento), pero su petición ha sido denegada.

La Ley refiere que su declaración no podrá considerarse como reconocimiento de su responsabilidad por lo tanto no podrá tomársele como una confesión, tanto en este caso como en la propiamente denominada admisión de los hechos la doctrina ha afirmado que no es una confesión propiamente tal, porque en este caso el imputado busca la solución anticipada de un conflicto, solución en que también tiene interés el Estado y su declaración no es para que en el fondo se le considere culpable, sino para obtener un régimen especial o el adelanto de una sentencia.

La confesión del imputado la admiten los Pactos o Tratados Internacionales subordinada a determinados presupuestos y condiciones y que su fundamento radica en que si bien el imputado goza del derecho a la defensa, es decir, de la posibilidad de alegar su inocencia o atenuar su responsabilidad penal, también tiene derecho a admitir que ha cometido el delito, una declaración del procesado inculpatoria contra sí mismo, no exonera al Juez de la comprobación del hecho punible; que el reconocimiento del procesado de haber cometido un delito, puede ser que corresponda a la verdad, pero a veces podría encubrir un fraude, la intención de exonerar al verdadero culpable, que por esas razones el Juez debe interrogar al procesado confeso para que explique las circunstancias del delito y de aquéllas que contribuyan a comprobar su confesión.

Afirma Moreno (2008) que,

> El reconocimiento del imputado es el acto mediante el cual el mismo es identificado, inter plures, entre varias personas parecidas, mediante señalamiento de la víctima o de testigos, como autor o partícipe del hecho punible que se investiga. Procede esta actuación cuando la persona ofendida o los testigos ignoran el nombre del mismo, pero expresan poder reconocerlo en caso de volver a verlo (p.271).

Es notorio que en la mayoría de los asuntos en que se presentan testigos, éstos tienen algún interés en beneficiar a cualquiera de las partes con sus declaraciones, ya sea por ser familiares o amigos, aunque esto no es exclusivo en materia penal, dándose en el resto de procedimientos como el civil, familiar, laboral, entre otros. Una de las pruebas que por su falta de credibilidad debe ser cuidadosamente valorada, como antes se señaló, es la testimonial, ya que habrá declaraciones que por la capacidad del testigo, inteligencia o mejor aleccionamiento, aunque no hayan presenciado los hechos, estén mejor realizadas y aparenten mayor veracidad que la de los verdaderos testigos que presenciaron los hechos.

Otro punto importante que debe destacarse, es que el testigo que se encuentra en un lugar por cuestiones del destino y presencia un hecho delictuoso, puede apreciar en toda su magnitud el mismo o parte de él, que dependerá del lugar donde se encuentra ubicado en el momento de los hechos, la visibilidad, si está solo o acompañado con otros testigos, su apreciación real de los hechos. Con esto se hace referencia a que no toda persona puede establecer correctamente distancias, colores, medias filiaciones, tiempo en que se inició el suceso y el término del mismo.

En opinión de Ellero (2006),

> Cabe reiterar en este sentido la importancia del reconocimiento testimonial, tanto del imputado, como de objetos, voces, sonidos y cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial, particularmente en la Fase Preparatoria del proceso o fase de investigación, cuya importancia en este sentido no requiere de mayores explicaciones, dada la naturaleza propia y objeto de esta fase, que no es otro que la preparación del juicio oral y público, mediante la investigación de la verdad y la recolección de todos los elementos de convicción que permitan fundar la acusación del fiscal y la defensa del imputado (p.255).

En la práctica procesal penal sucede que los testigos que no presenciaron los hechos y que por sus relaciones personales con su presentante mintieron en el sentido de establecer su presencia en el momento que éstos sucedieron, se arrepienten y buscan retractarse de sus declaraciones iníciales, lo que en estricto derecho y justicia es procedente en beneficio de una persona a la que probablemente no cometió el hecho delictuoso por el que es procesado.

Se puede dar el hecho que al cometerlo no había testigos y se crearon para integrar la averiguación previa, pero de conformidad con la Ley, si el testigo se retracta, se le dará vista al Ministerio Público para que ejercite la acción penal en su contra por el delito de falsedad de declaraciones, ya sea ante autoridad no judicial (Ministerio Público) o ante el propio Juez de la instrucción, por lo que en este caso el premio a la verdad es ser sujeto a un proceso penal. Como consecuencia de esto y ante la presión del Ministerio Público adscrito al juzgado penal donde va a declarar el testigo, prefiere seguir mintiendo que ser sujeto a una acción penal.

El testigo tiene tres atributos:

a) La percepción (es la captación que hace el intelecto humano por medio de sus sentidos de la conducta).

b) La apercepción (es la forma de captación que cada testigo tiene, por lo mismo puede variar en ellos y debido a circunstancias de orden material ideológico).

c) La memoria. Una vez que el proceso penal adquirió cierta autonomía, la prueba testimonial se introduce en él de manera definitiva, apareció en casi todas sus partes para convertirse en uno de sus componentes de prueba más importantes.

Cuando el proceso romano se presenta claramente delineado, la prueba de testigos adquiere su plenitud, y se ofrece ya delineada de manera precisa y segura, para quedar destinada a ser invocada en todos los tiempos. En el antiguo derecho

germánico, la prueba testimonial tuvo que sobrepasar a graves obstáculos, principalmente el espíritu de arrogancia, de autonomía y de dignidad personal que con exceso prevalecía en estos pueblos, y que llevaba a preferir el juramento aun cuando se oponía a la testimonial, así era el carácter formal que entonces dominaba sobre las pruebas.

La prueba testimonial empezó a tomar más validez a medida que tuvieron descrédito o desuso las pruebas formales bárbaras, a saber: el juicio de Dios, el juramento del acusado y el duelo judicial; de este modo en Francia, en el siglo XIII, la prueba de testigos elimina y sustituye el duelo judicial, especialmente en los casos más graves como lo comprueba la Ordenanza francesa de 1260, que declara la sustitución de la prueba por testigos al duelo en relación con todos los crímenes en que haya peligro de perder la vida un miembro.

Las prácticas y el espíritu del proceso penal germánico incubaban los gérmenes que más tarde desarrollaron a la prueba por testigos. En efecto, los que en calidad de parientes o amigos del acusado asistían al juramento de éste y daban fe acerca de la veracidad de lo que él decía, saliendo garantes de lo dicho, poco a poco se transformaron y se convirtieron en testigos propiamente dichos. La prueba testimonial no cambia en el proceso acusatorio y en el inquisitorio; en ambos es muy grande, debido a que esta prueba tiene el carácter de fuente histórica, como lo reconocieron los antiguos. Dentro del cuadro de pruebas, éstos clasifican los testimonios como artificiales.

Se puede definir el testimonio, en general, como la exposición de una persona acerca de un determinado hecho pasado, sin interés en el proceso en que declara, cuyo conocimiento transmite al juez como resultado de su percepción sensorial, por lo que sólo ella está en capacidad de transmitido dada su relación individual con el hecho.

Consiste así el testimonio en la atestación o declaración de una persona distinta a las partes, vale decir, un tercero, en un procedimiento judicial acerca de las percepciones obtenidas por medio de los sentidos, esto es, lo que ha visto u oído o conoce por percepciones olfativas, gustativas o táctiles, que pueden ser advertidas por el común de la gente, y de las que ha tenido conocimiento en razón a determinadas circunstancias y, en tal sentido, se considera testigo la persona física llamada a declarar en un determinado proceso acerca de los hechos que conoce con relación a la materia del mismo. Será entonces el testigo el órgano de prueba y su testimonio el medio de prueba.

En consideración de Manzini (2002) el testimonio, en sentido propio, como la declaración, positiva o negativa, de verdad hecha ante el magistrado penal por una persona (testigo) distinta de los sujetos principales del proceso penal, sobre percepciones sensoriales recibidas por el declarante, fuera del proceso actual, respecto de un hecho pasado y dirigida a los fines de la prueba, o sea a la comprobación de la verdad.

No debe confundirse la capacidad del testigo con las causas de incompatibilidad que impiden que una persona pueda testificar en un determinado proceso en razón de la función que desempeña en el mismo o por su posición procesal. En el primer caso, al referirse a los jueces, profesionales, que estén conociendo del caso, al representante del Ministerio Público actuante en el proceso, al secretario del tribunal, a los peritos e intérpretes, al abogado defensor y a los auxiliares de las partes, asistentes no profesionales y consultores técnicos (Artículos 149 y 150); cuyas funciones impiden, por incompatibilidad, que simultáneamente puedan ser testigos en el mismo proceso en que ejercen las mismas.

En el segundo aspecto, al referirse particularmente a los imputados de un mismo hecho punible o de un delito conexo, quienes no podrían ser al mismo tiempo testigos

del hecho propio que se les imputa, ni tampoco asumir el rol de testigos con relación a hechos que puedan afectar a otro u otros de ellos, en razón a la garantía misma del derecho a la defensa que permite al imputado abstenerse de declarar en causa propia y en caso de prestarse a ello a hacerla sin la formalidad del juramento, vale decir, sin las garantías propias de este medio, pues, de hacerla bajo juramento, su declaración estaría afectada de nulidad lo que les permite incluso falsear impunemente la verdad en su propia defensa.

Se trata, pues, en síntesis, de situaciones particulares derivadas de la posición procesal de las diferentes personas que participan en un determinado proceso, y que, por la función que desempeñan en el mismo o por sus propios intereses, aun teniendo capacidad para atestiguar, resulta incompatible su posición con la condición de testigo.

Así, por ejemplo, de ocurrir un delito en audiencia, el juez que lo presenció y actuó conforme a lo establecido en el artículo 328 del código adjetivo, ordenando la detención del autor y poniéndolo a disposición del funcionario del Ministerio Público que corresponda, con copia de los antecedentes necesarios, a fin de que proceda a la investigación, podrá deponer como testigo en el respectivo proceso, pues, al no conocer de la causa, no existe en tal sentido incompatibilidad alguna con su cargo de juez, pero de llegar la causa a su conocimiento en cualquiera de sus fases, deberá inhibirse de conocer de la misma.

El COPP en la regulación que hace de tales casos de exención de concurrir a la citación de un tribunal tampoco exceptúa de la obligación de declarar a las personas enumeradas anteriormente, excepción hecha del agente diplomático, quien, no está obligado a testificar, como tampoco las demás personas a las que se extiende esta prerrogativa, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, como también ya se señalo antes, salvo que quieran

prestarse a declarar, en cuyo caso, así como el de cualquiera de las otras personas exceptuadas de comparecer, establece la misma disposición adjetiva, que podrán pedir que la declaración se efectúe en el lugar donde cumplen sus funciones o en su domicilio, para lo cual deberán proponer, oportunamente, la fecha y el lugar correspondiente.

No obstante, las personas exceptuadas por el Código de concurrir a la citación de un tribunal, pueden no hacer uso de esta prerrogativa y presentarse voluntariamente ante el tribunal a rendir declaración. Así mismo, cabe agregar que tal prerrogativa está establecida en consideración al cargo que desempeña la persona, por lo que, en caso de que cese en el ejercicio del mismo, estará entonces obligado a comparecer ante el tribunal y prestar declaración, independientemente que el hecho con relación al cual sea requerido su testimonio hubiese ocurrido durante su ejercicio.

De conformidad con el artículo 210 del COPP, no están obligados a declarar:

> 1. El o la cónyuge, o la persona con quien el imputado o imputada tenga relación estable de hecho; sus ascendientes y descendientes y demás parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, sus padres adoptantes y su hijo adoptivo o hija adoptiva.
> 2. Los ministros o ministras de cualquier culto respecto de las noticias que se le hubieren revelado en el ejercicio de las funciones propias de su ministerio...

A diferencia de la situación anterior, en esta disposición el Código exceptúa a determinadas personas de la obligación de declarar, pero no así del deber de concurrir a la citación practicada por un tribunal.

Las razones que abonan tal exención de la obligación de declarar consagrada en la disposición precedentemente trascrita, en cuanto a las personas señaladas en el primer ordinal de la misma, además de responder a consideraciones de carácter afectivo y de protección mutua que por ley natural deben privar entre los miembros de una familia, así como la finalidad de la norma de favorecer esa misma unidad familiar, encuentra igualmente esta disposición su fundamento en la propia CRBV en su artículo 49, ordinal 5, en cuanto establece que ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Las pruebas y la declaración de testigos

El proceso penal tiene como finalidad establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, será entonces objeto de prueba, en abstracto, todo cuanto pueda allegarse al proceso para conocimiento del juez y de las partes a los fines del establecimiento de la verdad histórica y jurídica de los hechos materia de la indagación.

En este sentido, será, en primer lugar objeto de la prueba el delito mismo que constituye la imputación, esto es, el *thema probandum;* pero, igualmente, pueden existir hechos distintos del hecho punible objeto de investigación, conexionados con éste de un modo tal que resulten útiles a los fines de la demostración de su comisión, o del modo o tiempo en que se realizó o las personas que participaron en el mismo, constituyéndose de esta forma igualmente en objeto de prueba.

El objeto de la prueba, no es, pues, solamente la demostración del delito mismo, esto es, del hecho principal o fundamental materia del proceso, sino que se extiende igualmente a las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores a su ejecución que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los presuntos agentes.

Objeto de la prueba, expresa Manzini (2002), son todos los hechos, principales o secundarios, que interesan a una providencia del juez y exigen una comprobación.

En este sentido expresa el Sánchez (2000), que "El objeto de prueba es fundamentalmente la demostración del delito, con sus circunstancias y modalidades (conducta o hecho, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad; la personalidad del delincuente; el grado de responsabilidad y el daño producido)". Y agrega que puede recaer, también, sobre otras cuestiones comprendidas en la parte general del derecho penal, teoría de la ley penal, así como en el orden negativo, sobre la ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad y excusas absolutorias.

Ahora bien, para que el objeto de prueba sea admisible en el caso particular, se requiere que los hechos que sean llevados al proceso como objeto de prueba, sirvan al establecimiento de la verdad de la imputación a la que en concreto se contrae el mismo, así como a la justicia en la aplicación del derecho, esto es, en síntesis a la finalidad del proceso (Artículo 13 del COPP), para lo cual deben guardar relación con los hechos materia del proceso, es decir, ser pertinentes, y relevantes a los fines del proceso en concreto.

Durante la declaración de los testigos, y cuando el tribunal lo considere necesario, bien de oficio o a instancia de parte, se puede proceder al careo entre los testigos o entre éstos y los acusados, siempre y cuando estos últimos se presten a ello, ya que, y no está de más recordarlo una vez más, los acusados están generalmente dispensados de la obligación de declarar en su propia causa. En el punto relativo al careo, es preciso establecer que para que un testigo pueda ser careado con otro, es menester, por lo general, que uno de ellos haya declarado con antelación a aquel con el que se planea carearlo. En ese caso es obvio que hay que volver a llamar a estrados al que declaró primero.

Lo anterior trae a la palestra el punto de si es posible, a petición de alguna parte, y no precisamente a los efectos de un careo, sino para un simple reexamen, llamar de nuevo a estrados a un testigo que ya declaró. La respuesta es indiscutiblemente sí, pero en ese caso y para evitar que se vuelvan a repetir las preguntas que ya se hicieron al testigo, el solicitante deberá explicar al Juez y a las partes, sobre qué aspecto y en qué sentido desea interrogar nuevamente al testigo. Oída la explicación y las eventuales opiniones de las contrapartes, el Juez presidente resolverá lo que considere pertinente, y las partes podrán hacer constar su protesta en acta, en un sentido u otro. A estos efectos, es de destacar que el COPP no contiene norma alguna que se oponga a esto, por lo cual esa situación es plenamente admisible en el juicio oral venezolano.

Finalmente, en cuanto a la forma la naturaleza de la declaración de un testigo en el juicio oral, puede afirmarse que se trata de una deposición absolutamente distinta de la que haya realizado en la Fase Preparatoria, por lo cual las partes, al presentar al testigo e interrogarlo no pueden inicialmente partir de lo expresado en aquella declaración. Por tanto, el testigo no viene al juicio a ratificar su declaración anterior, en caso que la hubiere prestado, pues no todos los testigos que vienen a declarar al juicio lo hicieron antes.

En la fase de investigación se trata de localizar y asegurar a las personas que por medio de sus sentidos han percibido un dato, información o suceso determinado que tenga interés para la investigación. Realmente, el testigo es narrador de una experiencia que ha vivido y ha quedado impresa en su cerebro, lo cual constituye el presupuesto del contenido de su narración. Estos hechos impresos en esas personas pueden tener relación directa o indirecta con el hecho principal investigado.

Testigo viene del latín *testis*, que significa: individuo que asevera una cosa; pero en sentido jurídico es aquel que declara en juicio en el cual no tiene interés, por ello,

jurídicamente el testigo es una fuente y su testimonio un medio de prueba en juicio. Sólo puede calificarse de testigo a quien rinde testimonio ante un juez en una causa. Según Parra (2005) la doctrina ha definido la prueba de testigos así denominase prueba de testigos a aquella que es suministrada mediante las declaraciones emitidas por personas físicas, distintas de las partes y del órgano judicial, a cerca de sus percepciones o realizaciones de hechos pasados o de lo que han oído sobre éstos. De esa definición se percibe las exclusiones que hace con referencia a quienes pueden ser testigos y la indicación que debe ser sobre hechos pasados.

III. Valor probatorio del testigo en el sistema penal venezolano

Medios de prueba penal.

Los medios de prueba son los caminos o instrumentos que se utilizan para conducir al proceso la reconstrucción de los hechos acontecidos en «la pequeña historia» que es pertinente al proceso que se ventila. Son aquellos que transportan los hechos al proceso. Es un concepto esencialmente jurídico. Los medios son los instrumentos procesales que son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia de uno o más hechos, que nos sirven para reconstruir los acontecimientos y mediante los cuales se manifiestan las fuentes de prueba sobre el conocimiento o registro de los hechos. Son medios: la experticia, la documental, la testimonial, entre otros. Los medios están regulados por normas procesales para ser aportados, admitidos y practicados.

Se acoge la tesis del medio como vehículo de transportación de la fuente, dándole así a la actividad probatoria un carácter instrumental y que se realiza fundamentalmente por las partes. El juez no aporta medios de prueba ni localiza fuentes, simplemente, con base en las normas procesales admite los medios propuestos y establece su práctica.

Para que el conocimiento acerca del objeto de prueba pueda ser comunicado por los distintos órganos de prueba y por el propio juez cuando ha sido adquirido directamente por el mismo, resulta, pues, indispensable que sea incorporado al proceso, y para ello se requiere de una determinada forma o manera de transmisión de ese conocimiento, mediante la cual se manifieste en el proceso el objeto de prueba y sirva a la causa. Esta forma o manera como es suministrado al proceso el conocimiento del objeto de prueba, es entonces lo que se define como medio de

prueba, esto es, el vehículo o instrumento a través del cual es suministrado en el proceso el conocimiento acerca del objeto de prueba.

Aun cuando las clasificaciones de los medios de prueba carecen hoy día de mayor interés, bien por haber sido sustituido el sistema de apreciación tarifa da de las pruebas o por carecer de objeto en el proceso penal, de manera resumida recordaremos sólo algunas de las muchas que a través del tiempo han sido formuladas.

Así entre otras distinciones, los medios de prueba han sido clasificados en:

- Orales y escritos, los primeros correspondientes a las exposiciones de las partes o terceros: peritos, testigos, y del propio juez al dejar constancia de, por ejemplo, la inspección realizada; y los segundos, representados por los documentos que dan fe de su contenido.
- Prueba directa o indirecta, en el primer caso, si el hecho que se trata de probar resulta inmediatamente de la prueba aducida o se deriva de ella como su consecuencia lógica, y en el segundo, cuando la verdad del hecho no aparezca por sí misma de la prueba, sino que sea necesario deducida de hechos diferentes.
- Medios de prueba personales y medios de prueba materiales o reales, la cual parte de la fuente, persona o cosa, de donde se deriva el medio de prueba. Los primeros relativos a las exposiciones hechas por personas sobre acontecimientos u objetos vistos y conocidos; y los segundos, referidos a la observación de cosas, personas, lugares, entre otros. Particularmente criticada por Florian (2005) y acogida, entre otros autores, por Carnelutti (2007), Pietro (2002) y Ellero (2006).
- Simples, que se manifiestan por sí mismos, y complejos que requieren o pueden requerir de otros medios, tales como la inspección judicial acompañada de peritos.

- Primarios, que no requieren de pruebas tomadas con anterioridad, tales como los testimonios; y secundarios que sí requieren de tales pruebas anteriores, como, por ejemplo, el careo y la reconstrucción de los hechos.
- Originarias y trasladadas, las primeras, aquellas producidas en el proceso de que se trata; y las segundas, las producidas en un proceso distinto del que se trata y que en copia auténtica son introducidas y apreciadas en éste.

Para Florian (2005) la única distinción verdadera y fundamental es ésta: medios de prueba en virtud de los cuales el juez adquiere el conocimiento del objeto de prueba por sí mismo, directamente, sin la ayuda de otras personas; medíos de prueba en virtud de los cuales el conocimiento del objeto de prueba llega al juez a través de personas distintas, que han percibido o conocido ese objeto antes o sin la ayuda de aquél. En otras palabras, medios de prueba que emanan del juez y medios de prueba que emanan de personas distintas del juez.

Declaración de los testigos en la Fase Preparatoria.

Aún cuando inicialmente se haga referencia a la conceptualización del testimonio, en forma generalizada, debe entenderse por testimonio el medio de prueba que consiste en una declaración de ciencia y representativa, que un tercero hace a un Juez con fines procesales sobre lo que dice saber respecto de hechos de cualquier naturaleza. También puede considerarse como la prueba suministrada por personas distintas de las partes, que han presenciado, los hechos de que les interroga u oído acerca de ellos, o la declaración que hace un testigo en juicio, aunque sea falsa.

Ahora bien, si se atiende lo referido al testimonio y sobre sus características, se debe conceptualizar al testigo, como aquél que ve, oye o percibe por otro sentido, algo en no es parte y que puede, reproducir de palabra o por escrito o por signos; aunque para otros, testigo constituye aquella persona fidedigna de un u otro sexo que

puede manifestar la verdad o falsedad de los hechos controvertidos en el proceso. Por otra parte, se entiende como testigo a la persona distinta de los sujetos procesales llamada a exponer al Juez las propias observaciones de hechos acaecidos.

Según lo establecido en el COPP, en el artículo 208:

> Todo habitante del país o persona que se halle en el tendrá el deber de concurrir a la citación practicada por un tribunal con el fin de que preste declaración testimonial, de declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado sobre el objeto de la investigación, y de no ocultar hechos, circunstancias o elementos sobre el contenido de su declaración. Se observarán los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela, que establezcan excepciones a esta regla.

Al analizar esta norma, se encuentra en primer lugar; con la obligación determinante e imperativa que posee todo habitante del país, sin distingos de ninguna naturaleza, de concurrir a un tribunal con el fin de prestar declaración personal. Como es el caso de la excusa de testificar contra familiares cercanos, o sobre secretos obtenidos por razones profesionales, como el secreto de confesión respecto a los sacerdotes, la protección de la fuente de información para los periodistas, del secreto confiado al abogado defensor o al médico tratante. La importancia política del deber de testimoniar es tan grande que muchos regímenes dictatoriales y totalitarios han llegado a eliminar las excusas legales en el caso de los delitos políticos.

El legislador usa la forma verbal tener el deber como núcleo rector de la acción de testificar, a fin de enfatizar el carácter obligatorio del testimonio, que le es inherente. Generalizando lo anterior, puede decirse que el testimonio es el medio de prueba que consiste en tratar de comprobar o refutar la ocurrencia de ciertos hechos a través de las, manifestaciones que realizan determinadas personas, distintas del

imputado y de la víctima, a lo que se denomina testigos. Por tanto, muy lejos de cierta doctrina demasiado inficcionada de dispositivismo procesal civil, puede definirse al testimonio como la manifestación que realiza un tercero en el proceso ante un funcionario legalmente facultado para recibirla.

El testimonio es el medio de prueba por excelencia en el proceso penal, pero en el sistema acusatorio donde impera la exclusión de las tarifas legales, a diferencia del sistema inquisitivo, la relación de la persona del testigo con el acusado o con la víctima no es óbice, por sí sola para la desestimación de su testimonio, por lo cual no existen aquí procedimientos para la tacha de los testigos por razones de parentesco, amistad, enemistad, o dependencia económica, respecto las partes.

Cualquier falta de imparcialidad o de objetividad en el testigo, simplemente debe ser puesta de manifiesto mediante la contraprueba eficiente, bien durante la Fase Preparatoria, durante el interrogatorio mismo en juicio oral o en los informes orales conclusivos del debate, y en todo caso, el corresponderá al tribunal competente valorar la eficacia de, la crítica del testimonio en los fundamentos de la decisión que corresponda en cada fase del proceso; por esta razón no existe en el proceso penal acusatorio ningún tipo de incidente o de procedimientos interlocutorios sobre este particular, ni en la Fase Preparatoria, ni en la Fase Intermedia, ni en el juicio oral, distintos del curso ordinario del proceso.

La crítica de la prueba testifical puede realizarse por cualquiera de los medios de prueba admisibles en derecho. En cuanto a quiénes pueden ser testigos en el proceso penal, hay que señalar que pueden ser todos aquellos terceros que estén en capacidad de aportar un conocimiento útil proceso, bien porque hayan presenciado directamente un evento o porque hayan conocido de él por otros medios. Por tanto, la condición de testigo no depende de que exista un proceso jurisdiccional, es decir, no es en esencia una categoría procesal, sino una circunstancia absolutamente objetiva, una situación

de la vida material, con independencia de que el testigo, una vez que viene al proceso a rendir testimonio, se convierta en un sujeto o interviniente procesal.

Cualquier causa de imparcialidad u objetividad en el testigo, simplemente debe ser puesta de manifiesto al tribunal, bien durante el interrogatorio mismo o en los informes orales y corresponderá al tribunal valorarla a los efectos de la definitiva, lo que implica que no puede solicitarse ningún tipo de incidente o de procedimientos interlocutorios sobre este particular.. La testifical es medio de prueba por cuanto se trata de la actividad de tomar testimonio a las personas. El testigo es órgano de prueba porque es persona que aporta información en el proceso, pero el testigo puede ser objeto de prueba si se tratase de examinar las condiciones personales del testigo o su situación respecto al hecho juzgado, a fin de comprobar su veracidad e imparcialidad. El testimonio es fuente de prueba si de él resulta el dato útil a la investigación.

El testigo no es un mero informante en la Fase Preparatoria, pues si así fuera su testimonio estaría fuera de toda crítica o no sería accesible ni para el imputado ni para la víctima. Informante es todo aquel que comunica a las autoridades de investigaciones penales, datos susceptibles de comprobación por otros medios distintos de su propio testimonio, en razón de que tal testimonio pudiera ser irrelevante o inconveniente. Los informantes se clasifican en dos grandes grupos: informantes reservados e informantes públicos.

La prueba testifical es un medio indirecto de prueba, pues quien debe ser convencido (el destinatario de la prueba) no toma conocimiento directamente del hecho que se investiga, sino lo conoce a través del testigo, o más concretamente del testimonio. Desde el punto de vista de la teoría de los grados de la prueba los testigos constituyen prueba de segundo grado o de ulterior grado, pues entre el hecho que se trata de comprobar y el destinatario de la prueba mediará una fuente o varias, según el testigo interrogado haya presenciado los hechos o los haya conocido a través de otros.

Sin embargo, la clasificación más importante de los testigos es la que se atiene al contenido del testimonio y que los divide en testigos presénciales (directos, según la clasificación, anglosajona), testigos referenciales (circunstanciales, para los anglosajones) e instrumentales. Cuando haya hechos que revistan especial relevancia para la determinación de la existencia de hechos que revistan caracteres de delito, para comprobar la participación de ciertas personas en ellos, para excluir de responsabilidad a los imputados o para probar cualquier otro hecho de relevancia en el proceso, cuya constatación dependa del testimonio de algunas personas, éstas deberán declarar en la Fase Preparatoria, por escrito y ante el funcionario encargado de la instrucción o sus delegados, donde la ley lo permita.

La necesidad de esa declaración viene dictada por la función de la prueba en el proceso penal acusatorio y por la necesidad de salvaguardar el derecho a la defensa del imputado, pues de las declaraciones de los testigos puede depender la acreditación de los hechos que ameritan la incoación del proceso, vale decir, el inicio de la Fase Preparatoria, el cumplimiento de la instructiva de cargos como acto reclamado por el derecho a la defensa en el sistema acusatorio.

Cuando se trae por primera vez al proceso al imputado en la Fase Preparatoria, precisamente para hacerle saber que se le tiene por tal, decirle por qué se le investiga y brindarle la oportunidad de rendir su declaración indagatoria, se le tiene que poner de manifiesto las pruebas que obran en su contra. La función de la prueba testifical, como cualquier otra en esta etapa del proceso, es la de justificar la imputación inicial o conferimiento de la condición de imputado, en el entendido de que es principio cardinal del proceso penal acusatorio el investigar para después imputar.

Ahora bien, para cumplir la exigencia de dar acceso al imputado de la prueba incriminatoria, no basta que el Fiscal del Ministerio Público que deba hacer la instructiva de cargos o acto imputatorio (Artículo 132 del COPP) le diga al imputado

y a su defensor que debe estar presente de manera obligatoria, que hay varios testigos que le incriminan. De ninguna manera; el fiscal a cargo de la instrucción tiene que mostrarles las actas donde consten las declaraciones de esos testigos, y para ello es menester que les haya tomado ya esa declaración.

Lo mismo ocurre cuando la declaración de los testigos deba ser tenida en cuenta para acordar o negar la acogida de una excepción procesal, cuando haya que acreditar los supuestos necesarios para imponer una medida de coerción personal, o cuando haya que fundamentar una decisión de archivo fiscal o de sobreseimiento. En todos esos casos, en los cuales es necesario valorar si se han acreditado o no ciertos hechos, las declaraciones de los testigos deben estar debidamente documentadas para que puedan ser valoradas por los tribunales y por las partes.

De tal manera, los testigos en la Fase Preparatoria no pueden ser meros informantes de la policía o del Ministerio Público, para ser presentados en el juicio oral, sino verdaderos órganos de prueba cuyos testimonios deben ser objetivados por escrito en la Fase Preparatoria a fin de que puedan cumplir la función de la prueba en los distintos trámites e incidentes de esta fase. En los procesos penales acusatorios donde la instrucción está a cargo del Ministerio Público, los testigos en la Fase Preparatoria declaran ante el Fiscal del Ministerio Público encargado de la instrucción de la causa, o funcionario de la fiscalía o de la policía que él designe.

Según Gascón (1999),

> El procedimiento de averiguación o fase de investigación, o procedimiento preparatorio, todos estos nombres tiene, es esencialmente secreto, aunque en determinados casos el inculpado, y su defensor, tienen derecho a estar presentes. (p.151).

De tal manera, en la declaración de testigos durante la Fase Preparatoria deben declarar ante los fiscales instructores o ante los funcionarios designados por éstos (auxiliares de la fiscalía o funcionarios policiales) y dicha declaración debe constar en una acta levantada conforme a las disposiciones de ley (Artículo 153 del COPP) y dicha declaración debe ser accesible al imputado y su defensor, quienes tienen el derecho de leerlas, si han sido tomadas con anterioridad a la individualización del imputado en el proceso, de estar presentes en la declaración del testigo, si se produce después de la traída del inculpado al proceso.

Es cierto que el COPP no dice que los testigos en la Fase Preparatoria deben declarar ante un Fiscal del Ministerio Público o funcionario de policía de investigaciones penales que él delegue, pues tal mención debía estar contenida entre los artículos 208 al 222, referidos al testimonio como medio de prueba. Por una parte, los partidarios de las interpretaciones gramaticales y limitadas de las leyes, estiman que los testigos en la Fase Preparatoria son meros informantes que el Ministerio Público sólo podrá elevar a la categoría de testigos en el juicio oral, o que para ser verdaderos testigos en la Fase Preparatoria deben declarar ante el Juez de Control, que sólo mencionan al tribunal y no al Ministerio Público.

Esta forma de interpretación traería malas consecuencias y haría nugatorios los principios de igualdad en el debate y del derecho a la defensa, así como el carácter acusatorio del COPP, si los testigos de la Fase Preparatoria, en lugar de ser tales fueran considerados meros informantes del Ministerio Público, cuyas declaraciones no constaran por escrito en las actuaciones, no tendrían valor probatorio alguno en esa fase y no podrían ser controladas por el imputado y la víctima; al tiempo que si fuera el Juez de Control quien recibiera las declaraciones, entonces se convertiría en instructor.

La obligación de las personas de concurrir a testificar en la Fase Preparatoria, se refiere ante todo al deber de concurrir al llamado de la autoridad o funcionario que esté a cargo de la instrucción, ya sea policía, Fiscal o Juez. El desarrollo de la Fase Preparatoria es inconcebible, si las personas que deban dar su testimonio no están obligadas a concurrir al llamado de la autoridad instructora. Por lo tanto, el órgano directamente encargado de la investigación de Fase Preparatoria debe tener las facultades o prerrogativas necesarias para convocar, con carácter de obligatoriedad a los testigos ante sí y de hacerlos conducir por la fuerza pública si no concurrieren voluntariamente aprestar testimonio.

En la Fase Intermedia, las partes mediante sus escritos polémicos, promueven, proponen u ofrecen los testigos que consideren convenientes, a fin de que sean escuchados en el juicio oral. Esos testigos deben ser promovidos de entre los mismos que han declarado en la Fase Preparatoria, a menos que después de precluida ésta aparezca alguien cuyo testimonio, desconocido hasta entonces, pudiera revestir excepcional importancia para el proceso. De tal manera, en la Fase Intermedia, por lo general, no se incorporan nuevos testigos a la causa, sino solamente se les promueve para el juicio oral.

Por otra parte, en la Fase Intermedia, el tribunal encargado de conocimiento se limita avalorar, en la fuente escrita, los testimonios que se hayan recogido en la Fase Preparatoria y que consten en el expediente respectivo, conjuntamente con el resto del material probatorio de la causa, a los efectos de establecer si la acusación tiene fundamento y debe abrirse el proceso a juicio oral, o si, por el contrario, procede el sobreseimiento o alguna otra solución procesal. La valoración que hace el tribunal de las pruebas en esta fase, tanto para decretar la apertura a juicio, como para sobreseer la causa, así como para condenar por admisión de los hechos, debe ser sobre la base de la libre valoración razonada o sana crítica.

En la Fase Intermedia la actividad probatoria se limita a tres actividades:

- Ofrecimiento de prueba para juicio oral por las partes.
- Valoración de la prueba producida en la Fase Preparatoria por el tribunal competente.
- Admisión o rechazo judicial de la prueba ofrecida por las partes para el juicio oral.

En todo caso, en la Fase Intermedia como tal no se practica prueba alguna, con lo cual la actividad probatoria queda reducida a la discusión y valoración de la practicada en la fase anterior (preparatoria) y a la explicación de las partes de sus necesidades de prueba en la fase subsiguiente (juicio oral) y al pronunciamiento del tribunal al respecto.

En el juicio oral los testigos oportunamente propuestos por las partes y admitidos por los tribunales deben declarar, bajo juramento o con obligación de decir verdad, frente al tribunal y a las partes, conforme al principio de inmediación de la prueba, a menos de que hayan sido escuchados ya por la vía de la prueba anticipada. Los testigos deben ser interrogados, inicialmente, por la parte que lo propuso, luego por las demás partes y finalmente por los miembros del tribunal. En esto existen dos sistemas claramente diferenciados: el sistema anglosajón o del Common Law y el sistema eurocontinental.

En el sistema del Common Law, el juez no suele interrogar a los testigos, ya que a cada parte incumbe traer al juicio a los testigos que le interesen, a menos que haya alguno reacio y se pida al tribunal su citación y extraer de ellos lo que a su interés convenga, al tiempo que los anglosajones estiman que el Juez debe interrogar lo menos posible a fin de preservar su imparcialidad y no dejar traslucir criterios preconcebidos a través de sus preguntas. Por tanto, en ese sistema cada testigo es

examinado inicialmente por quien lo propuso y luego se realiza la repregunta por la contraparte (cross examinarían).

En el sistema euro continental de tratamiento de la prueba testifical en el juicio oral, que es el que sigue el COPP, por el contrario del anglosajón, los testigos propuestos por las partes y admitidos por el tribunal, son citados por este último y el orden de su comparecencia y declaración es determinado por el juez presidente, quien luego de tomarle sus generales, de juramentarle o imponerle de la obligación de decir verdad y de interrogarle sobre las causas que pudieran comprometer la imparcialidad de su testimonio, conmina al testigo a expresar cuánto sabe sobre los hechos del proceso, sin apremios ni presiones, luego de lo cual podrán las partes interrogarle, comenzando por la que lo propuso y luego por las demás.

Sólo después de esto podrán interrogar directamente a los miembros del tribunal. Sin embargo, es necesario destacar que, a fin de no alterar el carácter acusatorio del proceso, el Juez presidente, no debe excederse en su misión de instar al testigo a expresar lo que sabe sobre el objeto del juicio, y por tanto debe abstenerse de pasar a interrogar directamente al testigo antes que las partes, las cuales, a su vez, deben estar atentas para protestar u objetar cuando ello ocurra.

Los testigos declaran en la oportunidad en que fije el Juez y lo señale, pero pueden ser llamados nuevamente a declarar o para un careo con otros testigos o con el imputado, cuando así lo requieran las partes o lo acuerde de oficio el tribunal. En este punto el Código referido no es categórico, pero la falta de regulación expresa de esta cuestión no debe entenderse como prohibición, sino todo lo contrario, pues el Código nada establece en contrario, y resulta claro que el reexamen del testigo es una necesidad dictada por las exigencias mismas del proceso en numerosas ocasiones y por tanto no puede excluirse o negarse so pretexto de falta de autorización expresa de la ley.

Por otro lado, cuando se produzcan diferencias sustanciales entre lo declarado por el testigo en el juicio con relación a su declaración en la Fase Preparatoria, puede solicitarse al Juez la lectura de esta última e instar al testigo que explique la divergencia o contradicción que se aprecie. En este punto es de notar que la mayoría de los ordenamientos jurídicos se inclinan a exigir responsabilidad penal por perjurio a las personas que mientan en el juicio oral y no en la Fase Preparatoria.

La crítica del testimonio durante el juicio oral se realiza a través de la repregunta, fundamentalmente. Esto no quiere decir que el repreguntador deba ser mago o taumaturgo para desacreditar o refutar a un testigo únicamente sobre la base de la repregunta, pues la repregunta debe basarse en el conocimiento del dicho del testigo en la Fase Preparatoria, de las contradicciones de su declaración en juicio con los hechos y con las pruebas del proceso, en el conocimiento que pueda haberse adquirido sobre las motivaciones o la personalidad del testigo, en las contradicciones, inseguridades y temores que haya evidenciado el testigo en su deposición en el mismo juicio oral.

El origen de la prueba depende de los hechos, de la conducta humana, de la condición de ser un ente pensante. Las razones que justifican el estudio de la prueba, tanto en lo científico como en lo jurídico, además; de ser imprescindible ya que nadie escapa a la necesidad de probar, de convencerse de la realidad o de la verdad de algo, conducen fundamentalmente, a la meta de la justicia que consiste en darle a cada uno lo que se merece. Sin la prueba, los derechos subjetivos de una persona quedarían sin poderse reclamar, su existencia depende de la prueba, ésta, da vida al derecho, sin ella, seria vulnerado cualquier intento para hacerlos valor. A través de la prueba se logra que los derechos, tengan solidez y eficacia, serían simples apariencias, diferente de lo que pudiera obtenerse por propia mano.

Sin la prueba, el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional para amparar la armonía social y restablecer el orden jurídico. Es importante la prueba en la administración de justicia que sin ella no existiría orden jurídico alguno. Sin la prueba el proceso desaparecería. Luego de escuchado el testimonio de los acusados, si se prestaren a ello, o no habiéndolo hecho, la inmensa mayoría de las legislaciones y los usos consuetudinarios, allí donde se observan comúnmente establecen que se debe escuchar a los testigos, aún cuando hay ordenamientos procesales que equiparán testimonio de los peritos al de los testigos y por tanto, permiten que se les pueda llamar a declarar en cualquier orden.

Los testigos pueden venir al juicio por dos vías distintas; traídos por la parte a quien interesa su testimonio o citados por el tribunal una vez que han sido propuestos y admitidos por las partes. Esta última solución, si bien es de un cariz menos acusatorio y más estatista, parece mucho más garantista y favorecedora de los menos acaudalados, pues los gastos de acción de los testigos corren por cuenta del estado no con cargo al bolsillo de las partes privadas en el proceso. Se trata por tanto de un aporte a la igualdad de dichas partes con el Ministerio Público en ese aspecto.

El autor Parra (2005) señala que no es necesario que el testigo sea extraño a los hechos sobre los cuales declara, es admisible, que el testigo pueda declarar sobre hechos que ha realizado personalmente, por ejemplo, yo trabajé como obrero en esa finca para PHG, se hizo un sótano y se coloco unos tubos para entrada de aire; se le vendí el medicamento tal o Interesa en esta fase investigativa la localización y aseguramiento de esos testigos. Hay que tener en cuenta que la ajenidad (extraño) exigida en lo civil (a las partes y al objeto procesal), debe matizarse en el proceso penal, pues la víctima y/o perjudicado pueden testimoniar y entrar a declarar en el proceso. Pero, lo que no puede exigírsele al testigo es su opinión o valoración sobre la experiencia vivida en cuanto al hecho percibido, salvo el testigo técnico, pues éste testimonia sobre el hecho vivido bajo su perspectiva técnica.

Con relación a su naturaleza jurídica debe partirse en principio que no se trata de una declaración de voluntad, sino de conocimiento, que da una representación acerca de hechos, con fines de probar o reconstruir. Bentham (2003) escribió que los testigos son los ojos y los oídos de la justicia. Mediante ellos se intenta la reconstrucción de los hechos al transmitir lo que saben o han captado con sus sentidos. Es un medio de prueba estrictamente procesal. Su eficacia probatoria es en el proceso.

El COPP no tiene una sistematización ordenada acerca de la capacidad del testigo, siendo una regulación casuística y fragmentaria, estableciendo disposiciones sobre las excepciones (Artículo 208), la exención a declarar (Artículo 209), cuando se es menor de 15 años (artículo 214) y cuando hay impedimento físico (artículo 215). Guarda silencio con relación a la capacidad y la enajenación mental.

Obsérvese que la regulación de las exenciones (Artículo 210) agrupa a quienes no pueden ser obligados (familiares) y a quienes están dispensados (abogados, sacerdotes, médicos, entre otros). Unos y otros tienen fundamento distinto y consecuencias procesales diferentes. Esto plantea diversos problemas. A manera de ejemplo, imaginemos la hipótesis del familiar que denuncia a un pariente (v. gr. abuso o acoso sexual), o que después de formulada la denuncia se arrepiente y desiste y realiza actividades u omisiones que entorpecen la causa, o que en la audiencia oral se acoge a la exención. O también, qué consecuencias le puede generar en su responsabilidad ética el abogado que declare sobre hechos confidenciales de su cliente.

IV. Valides de la prueba de testigo según la normativa de la legislación penal

Eficacia probatoria de las declaraciones en fase de investigación

Conforme lo dispone el artículo 14 del COPP sólo se pueden apreciar las pruebas que hayan sido practicadas en el juicio oral. Sólo en la audiencia oral se puede garantizar a la parte contra quien obre la prueba las garantías de contradicción, inmediación publicidad y oralidad.

En la fase investigativa el imputado no puede hacer el control de la prueba testimonial y no puede ejercer el contradictorio, porque no está previstas la bilateralidad y la inmediación del juez de control en el acto de rendir declaración los testigos. El testigo, en la fase preparatoria no aporta válidamente un testimonio propiamente dicho, sino que sus declaraciones sólo sirven como puntos de información para la investigación y fundamentar la acusación del fiscal del Ministerio Públicos. Los testigos tienen la obligación de comparecer (Artículo 212 COPP), en caso contrario pueden ser llevados por la fuerza pública. De manera que la regla es que el testimonio debe ser rendido en audiencia oral para que pueda tener eficacia probatoria.

No obstante, la doctrina ha considerado aquellos casos en los cuales el testigo no comparece al juicio oral por motivos justificados; testigos fallecidos, testigos extranjeros, testigos en paradero desconocido. No es pacífica la doctrina al respecto. Normalmente, no se le da admisión a la lectura de las declaraciones porque eso es introducir un elemento probatorio sin debate, lo que se traduce en una disminución de las garantías del imputado. Cuando se ha permitido la lectura de la declaración sumarial es cuando se hubo prestado contradictoriamente con la realizada en el juicio oral, con la presencia del imputado y su defensor técnico, o que hubiese existido la posibilidad de contradicción pero voluntariamente se renunció a ello.

Así, en el caso que modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, se le podrá leer la declaración vertida en la investigación y se le podrá interrogar sobre la contradicción, la diferencia o retracto, en todo caso debe garantizarse la contradicción de la parte contraria. En tales casos el juzgador no puede basar su decisión en ese testimonio, sino que podrá es valorar la credibilidad del mismo. No obstante, en esos casos no puede fundarse la sentencia en las declaraciones o entrevistas de la fase de investigación si no está corroborada con otros elementos probatorios. En la jurisprudencia al respecto no se han tratado esos temas.

Existe diversidad de clasificación acerca de los testigos. Se tratará la de la relación de la persona con el conocimiento acerca del hecho.

- Presenciales. Son aquellos que vivieron con sus sentidos los hechos. Normalmente, se dice que estaban presentes en el momento de la ocurrencia de los hechos constitutivos del delito. Esto puede ser desde el hecho completo en todas sus fases o algunos aspectos del mismo.
- El testigo de oídas o referencial. También llamado de *auditu alieno* o de oído a otro, o indirectos, es aquel que no relata un hecho sino informa sobre algo que oyó. Por el principio de la originalidad de la prueba, sólo se puede llegar fundamentalmente a valorar la prueba testimonial *ex auditu*, cuando no existe la posibilidad de recaudar la prueba original, es decir, la del testigo presencial de los hechos.

Normalmente, este tipo de prueba nos da indicios. Del testigo referencial puede surgir para el juez los testigos mencionados y con bases en sus facultades probatorias llamarlos a rendir testimonio. No confundir este tipo de testigo con el fenómeno del rumor, el cual es un hecho sociológico de tipo colectivo que no se sabe en dónde empieza, ni en dónde concluye. Por otro, lado hay que examinar los diversos grados del testimonio de referencia. Así, el testigo narra lo que personalmente escuchó o

percibió *audito propium* se llama de primer grado y se considera protagonista del hecho apreciado.

- El agente encubierto. El agente encubierto puede ser utilizado como testigo, declarando sobre sus funciones específicas, los hechos que presenció y las circunstancias como se desenvolvieron. No es lícito que el agente encubierto se reserve su identidad, ni que no comparezca ante la audiencia oral. Se entiende que el Estado debe protegerlo al igual que cualquier otro testigo. El testimonio del agente encubierto debe ser valorado conforme a todas estas circunstancias y de su relación con otras pruebas corroboradas, porque al igual que cualquier otro testigo puede deformar la realidad y tener interés.

- El testigo arrepentido o delator. También en materia penal hay la figura del arrepentido o delator, presentándose el ex-delito y el post-delito, básicamente para los efectos de su tratamiento en condena. Sobre este tipo de testigo se ha discutido lo que tradicionalmente se exige para el testimonio. Esto es, que el que lo preste no tenga interés en mentir. Es obvio, que se presume interés de todo aquel de quien pueda suponerse que espera un beneficio. En este caso el arrepentido espera un beneficio en el proceso. La experiencia indica que en repetidas ocasiones el delincuente integrante de un grupo o por rivalidad con otro grupo se transforma en delator y para ser beneficiado no sólo aporta datos ciertos sino que le agrega otros falsos. Este testimonio tiene que ser valorado prudentemente, debe corroborarse con otras pruebas y buscarse la verdad.

- Testigo de identidad reservada o testigo sin rostro. En el sistema es imposible tener este tipo de testigo. La Constitución establece el derecho a conocer las imputaciones y las pruebas que obran en contra. Es una violación al derecho de defensa y al debido proceso el testigo oculto, sin identidad, lo que haría imposible impugnar la deposición del amigo íntimo, del familiar o del enemigo; o de conocer las limitaciones físicas o mentales. La reserva de identidad, también conocido como los testigos sin rostro lo mismo con los jueces o fiscales sin rostro, es una absoluta violación al debido proceso, la tutela efectiva, a las garantías constitucionales y a los

tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos; es una aberración totalitaria, que imposibilita el derecho de defensa.

• El testigo técnico. Normalmente, en el proceso civil cuando se requiere demostrar o apreciar unos hechos que exijan conocimientos especiales, se acude a la experticia, a veces inalcanzable para las partes e injustificable. Sin embargo, se observa como algo común, en cine o televisión, que en los juicios las partes llaman al estrado como testigo a un experto o perito. Este testigo no va a declarar sobre hechos que presenció que se debaten el proceso, sino que va a dar opiniones o juicios, apoyado en sus conocimientos especiales, sobre aquéllos.

Por ejemplo, en un accidente de tránsito hay marcas de frenada de 20 metros sobre asfalto, en día seco y con buena luz; el testigo técnico declarará acerca de la presunta velocidad e indicará un conjunto de aspectos técnicos. Declara como un testigo, pero no sobre hechos presenciados, sino que aplica sus conocimientos especiales sobre los hechos, dando una explicación de los mismos, desde el punto de vista determinístico o de su comportamiento.

El autor Parra (2005) define al testigo-perito así: es aquella persona que posee los conocimientos especiales de una ciencia o arte, y que al narrar unos hechos se vale de aquéllos para explicarlos. Lo que califica al testigo técnico (*testus technicus*) es su especial dotación de conocimientos. El autor cita un ejemplo: Un testigo que presencia las convulsiones de una persona y su fallecimiento, si no tiene la calidad de médico utilizará en la descripción un lenguaje vulgar o cotidiano; en cambio un médico que presenció el mismo hecho puede decir que la persona falleció por ataque al corazón.

La prueba de testigo y su relación con los principios constitucionales.

Se ha escrito mucho para analizar la prueba de testigos, no sólo desde el punto de vista del derecho, sino también del punto de vista médico-psico-sociológico. No se

trata exclusivamente de ver si el testigo miente o falsea los hechos, sino la forma de percibir los hechos y los procesos mentales que se dan para guardarlos, interpretarlos, evocarlos y narrarlos. Son muchos los factores que intervienen en el proceso de percepción y sistematización sensorial; están al decir de Jean Piaget las estructuras previas de información, formadas por la cultura, el entorno familiar, la ideología, su ubicación social, entre otros, que inciden en la comprensión y proyección de la información sensorial recibida. Por ello, es una prueba que debe mirarse con prudencia y tratar de explorar al máximo la presencia y declaración del testigo.

Desde el testimonio pueden afectarse intereses individuales o sociales, como el honor de una persona y eventualmente ser condenado a prisión por él, por ello, es de suma importancia examinar con detenimiento la presencia de este medio probatorio en el procesos. Las normas procesales contienen regulación acerca de la forma como se aporta y realiza en el proceso, pero obviamente no sobre la forma de adquisición del testigo de su conocimiento. Expresa, acertadamente, Molina (1994) que sólo se puede apreciar el verdadero valor de un testimonio si se parte de la fase o actividad que precede la declaración. Es evidente, el testigo percibe unos hechos (a través de sus sentidos), pero no se sabe cómo; por ello, es de vital importancia conocer ese proceso de formación del testimonio en el intelecto del testigo. Muchos estudios indican que esa formación es un proceso complejo, en donde no es con exactitud la réplica de lo real, sino que ocurre en proceso.

Escribe Huertas (1999) que desde los inicios de la psicología experimental los psicólogos intentaron alertar sobre la posibilidad de que la evidencia facilitada por los testigos en las salas de justicia no fuese una prueba tan confiable como se pensaba. La posibilidad de producirse falsas identificaciones o de que un testigo mienta en su declaración son aspectos que tienen repercusión enorme en el funcionamiento del sistema judicial. Sostienen los investigadores de psicología jurídica que el conocimiento respecto al funcionamiento de la memoria humana resulta fundamental

para comprender por qué un testigo puede producir una identificación falsa, o las razones por las cuales un testigo que se supone honesto puede dar un testimonio poco veraz.

Al captarse un hecho por los sentidos, el estímulo produce un impulso que corre a través de las neurona s hasta llegar al operador central (cerebro), allí ocurre un proceso de asimilación, percepción y comprensión. Pero este proceso de llegada al cerebro e identificarlo en imagen recordatoria, no es una reproducción pura sobre el hecho, sino que se da con base en las estructuras previas de información; si no hay esas estructuras que permitan comprenderlo, el hecho se hace incomprensible y difícilmente sea narrable. La persona no entrenada para la observación, según estudios, apenas capta un diez por ciento de aquello que podría ser observado si fuera un buen observador: ella fija su atención solamente sobre una parte de lo que sus ojos ven, y observa solamente aquello que tiene un interés aparente o manifiesto para ella, o por la fuerza del impacto del hecho.

Los psicólogos identifican tres fases en el funcionamiento de la memoria: la fase de adquisición (codificación del estímulo que permite la entrada de la información); la fase de retención de la información y la fase de recuperación. Hay que saber que la capacidad para atender y percibir los estímulos se encuentra limitada. El sistema atencional funciona de manera selectiva, no capta todos los estímulos.

Dice Huertas (1999) acerca de este proceso lo siguiente:

> Una vez que se produce la selección de los estímulos, éstos interactúan con la información previa del sujeto (esquemas) y son interpretados, codificados y almacenados en el cerebro, donde esta información permanecerá hasta que sea requerida. Durante este período, la información puede ser sometida a alteraciones o reconstrucciones... (p. 85)

Por otra parte, la recuperación de la información dependerá de la forma en que se acceda a ella, así como también de los factores contextuales y personales que faciliten o no su recuperación. El hecho de que la información que se ha percibido y almacenado pueda estar sometida a reconstrucciones implica que la memoria dista mucho de ser un sistema que produce copias exactas de la realidad. La memoria interpreta y reconstruye la realidad. Los recuerdos pueden ser transformados, reconstruidos y distorsionados.

Experimentalmente, se ha demostrado que la situación emocional de la persona, su nivel cultural, su experiencia con hechos similares o análogos, su nivel ideológico, entre otros, determinan su percepción y comprensión de la realidad, lo que puede ocasionar una falsificación ideológica e inconsciente de aquélla. A esto se suma, que puede haber una yuxtaposición en los sentidos con percepción previa en el momento de la captación sensorial de la realidad, de manera que suele ocurrir que vea lo que no es y lo que es no lo vea. Lo curioso es que en esa falseación ideológica el hombre se encierra y para él lo que no ve no es, y lo que ve, es.

Con relación al sentido que capta se ha observado que los testimonios de orden táctil, olfativo, gustativo, auditivo, son mucho menos claros y seguros que los de orden visual hay excepciones, si se tiene atrofia de un sentido se desarrolla otros, por ejemplo, el invidente desarrolla tacto y audición. Esto básicamente porque el testigo vidente tiene mayor seguridad de su visión y encuentra difícil describir exactamente lo que captó en los otros sentidos. El operador jurídico (fiscal del Ministerio Público, defensor, juez) deben estimar los diversos factores que influyen en la memoria, en especial los relativos a la codificación (adquisición en el momento que se produce el suceso) y de retención (durante el tiempo que pasa desde la percepción hasta que se le exige la información).

En cuanto a los factores del suceso se tienen:

a) Condiciones de luz y distancia.

b) Duración del suceso (a menor tiempo del suceso hay menor percepción y asimilación del suceso y por tanto del recuerdo).

c) Violencia (cuando hay violencia intensa la percepción es dificultosa).

d) Detalles impactantes (el detalle impactante oculta otras características, por ejemplo, un piercing el testigo se fija más en esto que en otros detalles).

e) Foco en el arma.

f) Número de agresores (mientras más agresores más errores se cometen).

También los factores propios del testigo influyen en la percepción y proyección, así:

a) Género (las mujeres para ciertos detalles son más precisas, por ejemplo identificaciones.

b) Edad (son diferentes las formas de percepción en niños, adolescentes, jóvenes, adultos y vejez).

c) Vejez (pueden haber fallas en la memoria, en los sentidos, en el recuerdo).

d) Problemas de raza (por ejemplo a los occidentales les es difícil distinguir a los asiáticos o a los africanos u afroamericanos, debido a que funciona lo que se denomina la familiaridad de los rasgos).

e) Ansiedad (al enfrentarse como víctima o testigo en un suceso delictivo se genera en la persona miedo, terror, incertidumbre, entre otros).

El proceso influye en la información que se pueda suministrar, pues, por un lado es un escenario no común para la víctima o el testigo lo que produce ansiedad, por otro lado, está la demora en producirse el proceso y la deposición del testimonio. Además que transcurrido un tiempo la víctima o testigo pueden adquirir información sobre el hecho (radio, personas, fiscales, policías, abogados, televisión, prensa, entre otros) que puede ser incorporada por el testigo a su recuerdo como si fuese original o puede producir deformación de su percepción.

Los tratadistas expresan que es un deber impuesto por el Estado a los particulares, en virtud de su poder jurisdiccional. Otros lo califican como un deber ciudadano que el Estado ha consagrado normativamente, pues si él tiene el deber de prestar el servicio de la justicia, los justiciables tienen el deber de colaborar con la realización de la misma.

Existe un deber para con la sociedad y el Estado de rendir testimonio sobre el conocimiento que se tenga de lo que interese a cualquier proceso. La prueba de testigos como un medio de prueba, que consiste en el relato de un tercero al juez, sobre el conocimiento que tenga de hechos en general. No es necesario que el testigo sea extraño a los hechos sobre los cuales declara, es admisible que el testigo pueda declarar sobre hechos que ha realizado personalmente.

Se ha escrito mucho para analizar la prueba de testigos, no sólo desde el punto de vista del derecho, sino también del punto de vista médico-psico-sociológico. No se trata exclusivamente de ver si el testigo miente o falsea los hechos, sino la forma de percibir los hechos y los procesos mentales que se dan para guardarlos, interpretarlos,

evocarlos y narrarlos. Son muchos los factores que intervienen en el proceso de percepción y sistematización sensorial; están al decir de Jean Piaget las estructuras previas de información, formadas por la cultura, el entorno familiar, la ideología, su ubicación social, entre otros, que inciden en la comprensión y proyección de la información sensorial recibida. Por ello, es una prueba que debe mirarse con prudencia y tratar de explorar al máximo la presencia y declaración del testigo.

Experimentalmente, se ha demostrado que la situación emocional de la persona, su nivel cultural, su experiencia con hechos similares o análogos, su nivel ideológico, entre otros, determinan su percepción y comprensión de la realidad, lo que puede ocasionar una falsificación ideológica e inconsciente de aquélla. A esto se suma, que puede haber una yuxtaposición en los sentidos con percepción previa en el momento de la captación sensorial de la realidad, de manera que suele ocurrir que vea lo que no es y lo que es no lo vea.

Causas de deformación del testimonio por defectos en la captación sensorial, deficiencias psicológicas y de percepción, y falseación consciente. Las primeras, por defectos en la captación sensorial, se debe o bien a defectos en los órganos sensoriales: menoscabos en la vista, en el oído, atrofia del olfato, entre otros; por ejemplo, un miope no capta a cierta distancia a plenitud un hecho, una cosa; o bien, por condiciones externas del entorno o ambiente que impiden la agudeza de los sentidos, como es existencia de niebla, lluvia intensa, ruido ensordecedor, nocturnidad y escasa iluminación, entre otros. Deben de examinarse todos estos factores.

Las segundas, deficiencias psicológicas y de percepción. No se trata de un problema físico, puesto que los sentidos funcionan adecuadamente, pero el aspecto psíquico deforma la percepción de los hechos lo que genera una errada deposición sobre los hechos. Esto puede ser, bien por enfermedad una patología el insano mental,

el mitómano, paranoico, psicópata, deficiente mental; o propias de la memoria o percepción como dificultades memorísticas, lagunas, falta de atención, errores de interpretación, errores de imaginación; o porque esté sometido a factores de presión externa como más temor, formación de opinión pública, ideología.

Las terceras, falseación consciente, es propiamente el testimonio falso que se hace movido por un interés personal propio o con relación a la parte. Se caracteriza porque en este testimonio se dice ex profeso una construcción falsa, mentirosa de los hechos. Este interés puede ser familiar, de amistad, de enemistad, económico, para obtener beneficio en el litigio; también, puede ser por presión o amenaza, en cuyos casos lo frecuente es que niegue, omita, sostenga coartadas o justifique.

El ciudadano que es citado como testigo y comparece está obligado a decir la veracidad, no puede ocultar nada, ni agregar a los hechos verdaderos otros falsos. La esencia de la falsedad no radica en la contradicción objetiva, entre una realidad del hecho y lo que se dice sobre ella, sino en la discrepancia entre lo que el testigo sabe y lo calla, niega o afirma. Este deber de veracidad se exime para las personas que la ley, en razón de parentesco no les obliga a rendir testimonio; también, si de ella se puede derivar una incriminación personal, pues, nadie está obligado a declarar en su contra.

Esto plantea un problema teórico interesante en el proceso penal, cual es ¿hay incompatibilidad entre la calidad de imputado y la de testigo en la propia causa, o sea sobre su propio hecho? En principio, se afirma que hay incompatibilidad, pues no puede declarar bajo juramento, sólo puede hacerlo espontáneamente y en forma de declaración, no de testigo. En otras legislaciones se puede ser testigo de su propia causa.

Hay que examinar diversas hipótesis, como es el caso que exista co-imputado, en cuyo caso hay que examinar si es sobre el propio hecho, hechos conexo s o un hecho

ajeno en su mismo proceso y que se haya acumulado. No se debe olvidar que, en principio, son manifestaciones lógicamente sospechosas en razón del interés que tiene el imputado de expresarse a su favor y exculparse. Normalmente, tratará de culpar al co-imputado, para salvarse, y por qué no, para obtener un beneficio. En otras legislaciones se puede ser testigo de su propia causa.

En el COPP se contemplan varias oportunidades para que las partes promuevan pruebas, así se tiene que el imputado en la fase de investigación podrá solicitar al fiscal la práctica de diligencias para el esclarecimiento de los hechos (Artículo 287 del COPP); finalmente, podrán proponer pruebas complementarias acerca de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la Audiencia Preliminar (Artículo 326 ejusdem). Excepcionalmente el tribunal podrá ordenar de oficio nuevas pruebas, o a petición de parte, si en el curso de la Audiencia Oral surgen nuevos hechos o circunstancias (Artículo 342 ejusdem).

Según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia N° 1303, de 20 de junio de 2005, en el expediente N° 04-2599 considera que:

> ...y dada la decisión del Juez de incorporar a través del artículo 339 numeral 2 del COPP por su lectura, las actas contentivas de la declaración de dos personas levantadas en el transcurso de la investigación, sin que se les convoque a comparecer al juicio oral a deponer como testigos, esta Sala considera que tal proceder del mencionado Juez de Control constituye una violación del derecho a la defensa y del principio de presunción de inocencia, y en consecuencia, establece con carácter vinculante que los testimonios, como consecuencia de la inmediación deben ser ratificados enjuicio.

Como puede observarse la sentencia referida se fundamenta en principios constitucionales que están plasmados en la CRBV, todos estos principios están concentrados en el artículo 49 del texto constitucional el cual refiere:

> El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:
> 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso...
> 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.
> 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad...
> 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces...
> 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma...
> 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos...
> 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.
> 8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial...

No toda violación de procedimiento constituye per sé una violación constitucional al debido proceso, ni en general, una infracción constitucional. La falta de apreciación de las pruebas en un determinado contexto puede constituir la violación del derecho de defensa de una de las partes, pero en otros casos no pasa de ser una trasgresión netamente formal sin ningún peso sobre dicho derecho. En el caso de autos resultaría una formalidad inútil darle trascendencia a la falta de análisis de

unas pruebas que en nada se referían a la parte demandante del proceso de visitas, y. ello es suficiente para esta Sala, sin necesidad de prejuzgar sobre la falta de control de las pruebas.

CONCLUSIONES

En base a los objetivos desarrollados a lo largo de esta investigación:

- Describir la prueba del testigo en el sistema penal venezolano.
- Analizar la normativa que permite la validez de la prueba de testigo.
- Precisar el valor probatorio del testigo en el sistema penal venezolano.
- Interpretar la valides de la prueba de testigo según la normativa de la legislación penal.

Se llegó a las siguientes conclusiones:

La libertad de medios de prueba no significa arbitrariedad en el procedimiento probatorio, pues a éste se le concibe como una forma de asegurar la eficacia de la prueba y los derechos de las partes. Cada prueba se ajustará al trámite asignado, y cuando se quiera optar por un medio expresamente regulado que sea analógicamente más aplicable, según la naturaleza y las modalidades de aquel. El principio de libertad probatoria en relación con los medios de pruebas admite algunas excepciones, en primer lugar, no corresponde admitir medios de prueba que afecten la moral, expresamente prohibidos, incompatibles con el sistema procesal venezolano.

Finalmente la actividad probatoria es importante en virtud de que la prueba es el medio más confiable para descubrir la verdad real, y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales. La convicción de culpabilidad necesaria para condenar únicamente puede derivar de los datos probatorios legalmente incorporados al proceso: son las pruebas, no los jueces, las que condenan; ésta es la garantía.

El testimonio se define como la declaración de la verdad manifestada ante un juez por una persona llamada testigo, acerca de los hechos que él recibió fuera del proceso en el cual declara, relativos a hechos del pasado y dirigidos a los fines del proceso. El testimonio es de carácter público ya que se perfecciona frente al Estado; quienes son citados por el Ministerio Público, están obligados a cumplir con el deber de declarar. El derecho de protección de testigos surge a partir de la obligación que tienen las personas de comparecer a declarar cuando son citadas en tal calidad.

El testigo por ser una persona conocedora de hechos o situaciones que al ser declaradas pueden perjudicar a otros individuos, son vulnerables a la intimidación y las represalias que pueden quebrantar sus derechos. Su declaración es fundamental, ya que es uno de los que va a aportar elementos de convicción al proceso. Lo que se desprende de su testimonio permite tener nuevos elementos, otras personas para ser investigadas o nuevos testimonios. La Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás Sujetos Procesales tiene por objeto proteger los derechos e intereses de las personas ya mencionadas, así como regular las medidas de protección, en cuanto a su ámbito de aplicación, modalidades y procedimiento.

Estas protecciones que el Estado brinda son la protección y asistencia, la gratuidad, la audiencia para oír a los testigos, apoyo material, colaboración del ejecutivo, la celebración de acuerdos, la asistencia médica, trámites para las medidas de protección, medida de desalojo, medida de protección intra proceso, traslado de los testigos, tramitación de la solicitud de protección y la proposición de nuevas pruebas.

El Estado a través de los cuerpos policiales, está obligado a brindar dichas protecciones, mas sin embargo la Ley de Protección de Victimas, Testigos y demás Sujetos Procesales, dispone que se deben crear brigadas policiales especiales donde

el único objetivo de esta, sea la protección de las víctimas y testigos, brindando así una seguridad más amplia y eficaz para la integridad de los testigos y los familiares de este. A cambio de la protección especial que el Estado les va a otorgar, los testigos tienen que comprometerse a mantener absoluta reserva y confidencialidad respecto de su calidad de testigo.

A las personas que le corresponda acatar las medidas de protección a favor de los testigos y que no le dieren el fiel cumplimiento tal como acordase en los términos y condiciones establecidos por el juez serán sancionados. Estas personas pueden acarrear las sanciones de desacato de la medida de protección ordenada o la violación de la reserva.

Referencias

Bentham, J. (2003). *Tratados de Legislación civil y penal*, trad. Magdalena Rodríguez Gil, Madrid: Editora Nacional.

Binder, A. (2003). *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Ad-Hoc.

Cabanellas, G. (1998). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliastas, SRL.

Carnelutti, F. (2007). *Sistema de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Uteha.

Código Orgánico Procesal Penal. (2012). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,* 6.078. (Extraordinario), junio 15, 2012.

Código de Procedimiento Civil Venezolano (1990). *Gaceta Oficial* N° 4.209. (Extraordinario). Septiembre 18, 1990. Caracas – Venezuela.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36.860. Diciembre, 30 de 1999.

Delgado, R. (2005). *La Prueba Penal Anticipada*. Caracas: Vadell Hermanos Editores.

Dellepiane, A. (2000). Nueva Teoría de la Prueba. Bogotá: TEMIS.

Devis, H. (2003). *Teoría General de la Prueba Judicial.* (T.1, 4ta ed.) Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.

Ellero, P (2006). *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Madrid: Reus. S.A

Florian, E. (2005). De las Pruebas Penales. Tomo I. Bogotá: Temis.

Gascón, M. (1999). *Los Hechos en el Derecho: Bases Argumentales de la Prueba.* Madrid: Marcial Pons.

Guasp, J. (2004). *Derecho Procesal Civil.* Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Huertas, M. (1999). *El Sujeto Pasivo del Proceso Penal como Objeto de Prueba.* España: BOSCH.

Manzini, V. (2002). *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Caracas: Cultura Jurídica.

Molina, R. (1994). *La Prueba de Testigos.* En Revista de Derecho Probatorio, N° 3, Caracas: Alva.

Mora, L. (1998). *Garantías Constitucionales en relación con el imputado. En: Sistema Acusatorio, Proceso Penal, Juicio Oral en América Latina y Alemania.* Caracas: Honrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, COPRE.

Moreno, C. (2008). *El Proceso Penal Venezolano.* Venezuela: Vadell Hermanos Editores, C.A.

Parra, J. (2005). *Tratado de la Prueba Judicial. El Testimonio.* Colombia: Librería El Profesional.

Piña, R. (2009). *Jurisprudencia del Código Orgánico Procesal Penal.* Caracas: Buchivacoa, C.A.

Prieto, C. (2002). *Cuestiones de Derecho Procesal.* Madrid: Reus.

Rocha, A. (2006). *Derecho Probatorio.* Facultad de Derecho y de Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sánchez, R. (2000). *El Estado Constitucional y su sistema de Fuentes.* España: Tirant lo Blanch.

Stein, F. (2004). *Conocimiento Privado del Juez.* España: Universidad de Navarra.

Tribunal Supremo de Justicia. *Sala Constitucional.* Sentencia N° 1303, expediente N° 04-2599. Junio 20, 2005.