

UNIVERSIDAD DE CARABOBO
ÁREA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

EL TESTIMONIO COMO PRUEBA EN EL
CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL VENEZOLANO

Autora: Nélica Iris Corredor de Roa

Asesora: Laura Omaña Ecarri

Trabajo De Especialización Presentado Ante El Área De Estudios De Postgrado
De La Universidad De Carabobo Para Optar Al Título De Especialista En
Derecho Penal.

Valencia, Mayo 2003

RESUMEN

A través de la historia, la prueba testimonial ha pasado por diferentes etapas, dentro de las cuales ha sido no sólo desechada sino descartada del proceso, pero que, con el auge del nuevo proceso penal venezolano, vuelve a surgir quizás como la reina de las pruebas. En la presente investigación, utilizando como instrumento fundamental el tipo de investigación documental y teniendo como apoyo el método bibliográfico, se estudia el testimonio como prueba dentro del proceso penal, su desarrollo en la historia, las clases de testigos, los elementos que configuran el testimonio, las clases de testimonios, buscando con ello crear conciencia a todos aquellos que tengan acceso a este material, de fácil comprensión y lectura y al alcance de cualquier profesional del derecho o ciudadano interesado en el estudio de este medio probatorio, de manera que esta prueba sea entendida, comprendida y utilizada

en toda su extensión como el medio de prueba que es: la reina de las pruebas. La Prueba de testigos se encuentra consagrada y regulada en el Código Orgánico Procesal Penal; en consecuencia, la esencia de la prueba descansa en la necesidad que tiene el juzgador de adquirir la información indispensable y conocer la realidad del caso que le corresponda juzgar. Por su enorme importancia como medio de conocimiento del hecho justiciable penal, la prueba de testigos debe ser obligatoria y de ahí que la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos penales del mundo establezcan el deber de testificar y sancionen su omisión, con penas más o menos severas; por tanto, la excepción o excusa de declarar como testigo nunca es un derecho absoluto de persona alguna, pues, como se manifiesta a lo largo del desarrollo de la tesis, la regla es la obligación de testificar. No es otro el propósito del autor que llegar a la conclusión de que esta prueba es fundamental en el desarrollo de cualquier proceso, por cuanto aún las experticias y peritajes deben ser ahora reafirmadas en el juicio en forma oral, por lo que adquiere entonces una nueva trascendencia y es de vital importancia para la consecución del éxito de las partes que la utilicen dentro del debate oral y público.

INTRODUCCIÓN

A través de la historia, se ha venido presentando un fenómeno con la prueba de testigos: en unas épocas ha sido tildada como la reina de las pruebas, por encima de la confesión, mientras que en otros sistemas ha sido casi descartada, porque no merece plena confianza a la hora de la resolución de un caso por medio de su utilización.

Con el presente trabajo se busca investigar la verdadera situación de esta prueba, dado que con el nuevo sistema procesal penal de Venezuela, se ve cómo emerge de nuevo la prueba testimonial como una de las más importantes dentro del nuevo proceso, dada la inmediación y concentración en la realización del juicio y de las pruebas, respectivamente.

Con este nuevo proceso, la deposición del testigo ya no es oída por un

escribiente, sino directamente por el juez, quien, conjuntamente con los escabinos o jurados, según sea el caso, podrán valorar directamente el testimonio, apreciando si es falso, si es sincero, si se ajusta a la verdad de los hechos, etc.

Es por ello que, en la medida que como consecuencia del nuevo proceso vuelve a convertirse el testimonio en elemento fundamental para la resolución de cualquier caso, debe desempeñarse el estudio sobre este medio probatorio, para así entenderlo, aprender a utilizarlo y explotarlo, repercutiendo ello en un mejor ejercicio del papel de querellantes, acusadores o defensores.

Como quiera que la prueba testimonial resulta fundamental en la gran mayoría de los casos que se ventilan y de una u otra forma siempre estará presente en cualquier debate oral y público, considera la autora de suma importancia el saber manejarla dentro del mismo, para sacarle el mayor provecho posible en beneficio de la posición que se adopte dentro del juicio.

Utilizando el tipo de investigación documental y con apoyo mayormente de la bibliografía referida al Código Orgánico Procesal Penal y a Núñez (1978), para la realización se plantea el problema que surge con el testimonio, así como el objetivo primordial de esta investigación, que no es otro que analizar la prueba testimonial como prueba dentro del nuevo proceso.

En el se desarrolla todo lo concerniente al marco teórico, a los tipos de testigos, tipos de testimonio, su desarrollo como prueba a través de la historia, para luego a conocer las conclusiones referentes al testimonio como prueba dentro del nuevo proceso penal y hacer algunas recomendaciones para su mejor uso dentro del debate oral y público.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En épocas pasadas, el testimonio reinaba como la máxima de las pruebas y ninguna de las demás existentes la superaba. Pero, al pasar del tiempo, se involucra la escritura como sistema fundamental, por lo que relega a la testimonial, pasando éste al segundo plano. Con la abolición del sistema escrito (conocido como Inquisitivo), comienza una nueva etapa de transición, surgiendo nuevamente la prueba testimonial como posible prueba fundamental en este nuevo proceso acusatorio. Pero encuentra esta prueba muchos detractores, ya que supone arrastra los vicios de los sistemas abolidos y resulta poco confiable debido a la relativa facilidad para comprar un testigo o buscar uno falso.

Teniendo como base fundamental esta dicotomía de criterios respecto a la prueba testimonial y dado el nuevo auge que ha tomado debido a la implementación del nuevo sistema procesal penal venezolano, surgen entonces las siguientes interrogantes:

1. ¿Es realmente la prueba testimonial, la máxima de las pruebas dentro del nuevo proceso acusatorio?.
2. ¿Hasta qué punto surge el testimonio como prueba irrefutable dentro del proceso?.
3. ¿Puede la prueba testimonial considerarse como prueba máxima para la obtención de la verdad dentro del nuevo sistema acusatorio venezolano?.
4. ¿Hasta qué punto la prueba testimonial es considerada como prueba fidedigna en el juicio oral y no sujeta a prueba en contrario?.
5. ¿Cuál es el tratamiento que se le da al testimonio dentro del nuevo proceso penal?.

En la medida en que se desarrolle y se le dé respuesta a cada una de estas interrogantes, podrá entenderse mejor la prueba testimonial y su verdadero papel dentro del nuevo proceso, determinándose realmente cuál es el rol que le toca jugar a

esta prueba dentro del nuevo paradigma de sistema procesal implantado en el país y verificándose si efectivamente resurge ahora como reina de las pruebas.

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivo General

Analizar la prueba testimonial como prueba dentro del contexto del nuevo Código Orgánico Procesal Penal.

Objetivos Específicos

- Analizar la prueba testimonial dentro del marco del nuevo proceso penal.
- Verificar la veracidad o falsedad de la prueba testimonial dentro del proceso.
- Analizar los efectos de la prueba testimonial dentro del proceso, comparado con las demás pruebas.
- Comparar la eficacia de la prueba testimonial respecto a las demás pruebas evacuadas en juicio.
- Determinar los requisitos que debe reunir el testimonio para que pueda ser valorado como prueba dentro del proceso.

JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La importancia del presente trabajo es fundamental. Consiste principalmente en determinar hasta dónde la prueba testimonial puede surgir de nuevo como prueba fundamental en el nuevo proceso penal, ya que había quedado desplazada por la prueba escrita desde los tiempos de la colonia.

Además, se pretende con el siguiente trabajo contribuir al conocimiento de la prueba testimonial y su manejo dentro del nuevo proceso, toda vez que el testimonio se presenta como prueba a evacuar dentro del debate oral y público, por lo que se hace necesario no sólo conocer de la prueba, sino las técnicas necesarias, dentro de cada posición, para enervarlas o afirmarlas.

No es otro el propósito de la autora que aportar un material de fácil acceso y comprensión al público en general y a los abogados litigantes, para que, de una forma sencilla, clara, concreta y práctica, obtengan los conocimientos básicos necesarios para el manejo de esta prueba dentro del proceso, trayendo ello como consecuencia la mejor preparación de los profesionales que ejercen el derecho y el conocimiento de todas aquellas personas que pudieran llegar a ser algún día testigos de su papel dentro del juicio y de su responsabilidad por lo que digan en él.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Refiere Núñez (1978), que el testigo fue de una excesiva importancia en el pasado, lo que explica su reglamentación en los viejos ordenamientos legales. En el derecho Justiniano, ya que hacía la distinción entre los testigos judiciales y los instrumentales, siendo estos últimos los que, a ruego de las partes, asistían a la celebración de un acto o contrato para dar fe en lo adelante del otorgamiento mismo. Dicha importancia tuvo razón de ser en el hecho histórico comprobado de que pocas personas sabían leer y escribir.

Pero cuando el conocimiento de la escritura se fue extendiendo, no tardó en superar en importancia al testimonio por la ventaja de la permanencia de sus enunciaciones en el tiempo y a lo que se aunaba la transformación de las costumbres que habían ido debilitando el valor de la palabra del hombre y así por el estilo.

La Legislación ha establecido restricciones para la admisión de la prueba testimonial. Las primeras se presentaron en Italia, en 1498, que la prohibían en ciertos casos, sobre todo en la prueba de las obligaciones de determinado valor.

Según Muñoz (citado por Núñez, 1978), el viejo principio *temains passent lettres*, que más o menos subsistió hasta el año de 1566, ha cambiado radicalmente, a pesar de la opinión de los eminentes probacionistas que en el siglo pasado se empeñaron en hablar de una presunción de veracidad en los hombres como

fundamento lógico de la prueba testimonial, lo que llegó a reportar severas y fundadas críticas al respecto.

Es criterio de la autora que, en la actualidad, es grande la animadversión que se siente hacia la prueba del testimonio y uno de sus más ilustres detractores, Carnelutti (citado por Florián, 1969), enseña que: "Cuando se quiere persuadir a uno del grado de imperfección de la justicia humana, basta pensar que en la mayor parte de los casos la convicción del juez se ha fundado en la narración del testigo" (p.45).

Pero, no obstante los peligros que de ella pudieran derivarse, el legislador no puede dejarlo de lado, ya que no sólo podría resultar indispensable cuando no pueda conseguirse otra clase de prueba, sino que es necesario mantener la importancia que en las relaciones sociales tiene la fe en el testimonio ajeno. Para comprenderlo, dice el tratadista Dellepiane (1972), basta recordar que la mayor parte de las nociones y verdades que guían la conducta, tienen como origen la creencia en el testimonio de los hombres. Por consiguiente, para establecer su fe, hay que darle el lugar que le corresponde en la vida misma, colocando el testigo bajo la acción del público y acordando al Juez amplias facultades para su examen y enérgico castigo para aquel que depone falsamente.

Señala Chissone (1967), que dos han sido las corrientes que en los últimos tiempos se han formulado con relación al valor y eficacia de la prueba testifical: Una que parte del Código Napoleónico e inspirada quizá en el sentido restrictivo de la Ordenanza de Moulins y de Luis XIV y cuya influencia se manifiesta en que los testigos no están afectados por incapacidad por causales de tacha, siendo la finalidad limitar la prueba testimonial, en sus efectos y la otra que, aún tomando y mirando con recelo la prueba, la admite como mal menor, si bien concede al juzgador amplitud de criterio para valorarla.

En opinión de la autora, el testimonio se considera entonces como un medio de prueba aceptado por la doctrina, prueba por representación mediante un relato, es un acto posterior al hecho reproducido en la declaración, que se logra mediante la memorización que permite volverlo a reproducir en tiempo posterior.

Sostiene Arcaya (1999), que desde los comienzos de los tiempos, el testimonio de terceros ha sido reconocido como un medio de prueba determinante cuando se le ha inculcado una conducta determinada a un sujeto.

Con el desarrollo del Derecho Penal, las distintas escuelas y países que han estado a la vanguardia del mismo, han considerado la prueba de testigos como argumento determinante al momento de dar una sentencia condenatoria; inclusive llegó a ser tal la credibilidad de esta prueba, que se estableció en muchos Códigos el Principio que dos testigos contestes hacen plena prueba.

El valor determinante señalado a la referida prueba testimonial, data de la costumbre histórica inspirada en la buena fe de las personas, especialmente de aquellas que comparecían ante el Juzgador para referirse a un hecho que decían conocer; igualmente se le daba tal ponderación determinante no sólo al testimonio de terceros, sino incluso al testimonio de los funcionarios actuantes; pero esto ha ido decreciendo con el paso del tiempo, llegando a generalizarse incluso la duda sobre el testimonio, no sólo del tercero sino del funcionario, lo cual ha quedado recogido por la doctrina y la jurisprudencia nuestra, considerándose que: "El testimonio de los funcionarios actuantes, sin otro elemento probatorio en contra de un imputado, no puede ser considerado como plena prueba para condenarle" (ob. cit., p.86).

En opinión de la autora, pierde entonces su valor la prueba testimonial, en la misma proporción en que se considera degradada la sociedad en cuanto a los valores éticos y morales, por lo cual, ante el temor de condenar inocentes solamente amparados en testimoniales que pueden ser manipuladas por las partes interesadas en el juicio, toman carácter preponderante las pruebas científicas y la apreciación en conjunto de los hechos y circunstancias aunado a las máximas experiencias, con lo cual constituye la llamada sana crítica, que le permite al Juez, de manera discrecional, valorar las pruebas presentadas en el juicio.

El sistema del libre convencimiento del Juez, según refiere Cardozo (1971), lo encontramos ya en el antiguo y legendario Egipto, lo que da razón de los intentos

de aplicar los conocimientos de Psicología al ámbito del medio de prueba testimonial, aunque, a veces, se dio aplicación a sistemas tortuosos y degradantes a los testigos falsos o poco expresivos.

De Babilonia se registran las legendarias y famosas leyes de Amurabí, veinte siglos antes de Cristo, las cuales han llevado el calificativo de maravillosas y de hondo sentido civilista.

Acerca del testimonio, a contrario sensu del derecho Egipcio, se instituyeron verdaderos y auténticos juicios de Dios, de tal manera que si el testigo no era afortunado en probar lo que afirmaba, debía imponérsele la pena que pudiera corresponder al acusado, si de éste se lograba en efecto demostrar la culpabilidad.

En Palestina, el libro de libros, la Biblia, sólo en el Deuteronomio se hallaban algunas reglas sobre el testimonio y he aquí que los hebreos excluían a los ciegos, a los dementes y a los sordomudos. Entre los Palestinos, la deposición de un testigo no servía para condenar a una persona a muerte, sino la de varios testificantes e igualmente se condenaba al falso testimonio, ya que no debería quedar impune (Prov. XIX).

El hecho delictivo tenía que comprobarse con la recepción de dos o tres testimonios. Pero había un hecho aberrante: Los testigos eran también ejecutores de la sentencia y esta insólita modalidad tenía como fundamento aquella norma moral, sentencia breve pero atemorizante: “La mano de los testigos será la primera en levantarse sobre él para condenarlo a muerte; después vendrá la mano de todo el pueblo; así quedará extirpado el mal de en medio de ti” (Deuteronomio, XVII, 7).

En la India, resalta por su antigüedad el Código de Manú, el cual se remonta al siglo XII antes de Cristo. Es un código humanizante, con instituciones psicológicas excepcionales, en vigor aún en determinadas partes de la India y lleva el nombre de Manavadharmacastro, que quiere decir código de las leyes de Manú.

El testimonio no es general, sino que existe una exclusión para los reyes, los ascetas, los actores, los teólogos y solamente son admitidos para rendir

declaración los jefes de familia que tienen hijos varones, los que habitan un mismo barrio, ya de clase militar, ora comercial, ya de los siervos.

Los testigos deben seleccionarse entre los hombres dignos de confianza y de respeto y quienes estén dominados por la amistad, la enemistad, concupiscencia, serán excluidos. Lo mismo se dice de los delincuentes, los domésticos, los enfermos, los desgraciados del infortunio, los locos, los que sufren de hambre y de frío, los cansados, los enamorados, los coléricos, los ladrones, es decir, el derecho Hindú deseaba que el testigo fuera una persona sana, honesta y de buena confianza.

Pero hay en el Código de Manú cierta desconfianza en la apreciación del testimonio, que, al parecer, concuerda exactamente con los lineamientos de la Psicología Judicial. El testimonio de la mujer, o femenino, es casi excluido completamente por la inconstancia de su espíritu, similar o no menor de aquella de los hombres que hubieren cometido un delito.

El testimonio único de un hombre exento de codicia es admisible, en ciertos casos, mientras aquel de un gran número de mujeres, aun honestas, no lo es, a causa de la inconstancia de su espíritu, no menor de aquella de los hombres que hubieren cometido un delito (Libro VIII, Ley 77).

En Grecia, la única fuente de estudio para tratar acerca del testimonio o del procedimiento penal, es la Constitución de Licurgo y sólo se sabe que los ilotas (esclavos), que se hallaban desposeídos de los derechos de ciudadano no podían, en ninguna forma, ser llamados como testigos. Por otra parte, se utilizó la tortura para hacer confesar a los acusados, por lo que llegó a ser la prueba por excelencia.

En el Derecho Romano prevalecía el concepto de la prudente desconfianza en materia de testimonio. La deposición de los esclavos y de las mujeres, estaban excluidas de manera absoluta, con excepción de las vestales (que eran sacerdotisas o doncellas romanas), quienes tenían todos los derechos. Pero, con el correr de los tiempos y de cambios de instituciones, al esclavo se le admitió declaración contra los amos en los procesos de lesa majestad y posteriormente, en todos los procesos.

No hay que negar la gran influencia que tuvo en las instituciones la nueva religión del Cristianismo, pues ésta contribuyó a la admisión de los esclavos y de las mujeres en cuanto hace relación al testimonio. Asimismo, el Juez tenía la obligación de indagar acerca de la credibilidad del testigo, conforme al principio latino *Testium ides examinada est*.

Se afirma por los estudiosos del Derecho y por los tratadistas de las pruebas, que el Derecho Romano es la fuente histórica de la Escuela Positivista, al invitar al juez a estudiar y escudriñar la personalidad del testigo antes de la declaración. Había en el Derecho Romano, igualmente, limitaciones que hacían referencia a la relación de sujeción moral y material del *filius familias* y del liberto, a la relación de parentela o de afinidad, las cuales constituían fuertes óbices de índole psicológica para que el deponente pudiera decir la verdad y, por eso, con toda claridad, se preceptuaba: *Testis idoneus pater filio aut filius patri non est*.

Y lo que modernamente se plasma en los códigos penales, sobre la obligación de declarar de los parientes, que es facultativa o potestativa de los testigos, ya existía en la Roma gloriosa de Cicerón y de Julio Cesar, al mandar: *In adfin vel cognum inviti interrogare nom possunt*.

Otras prohibiciones para los hermafroditas y los menores de veinte años y la exclusión de los esclavos, los infames, los luchadores del circo, etc., son expresión viva del Derecho Romano.

En la Edad Media, en el proceso bárbaro, los debates o controversias se desataban mediante el concurso de la divinidad, ya que en las ordalías (pruebas o juicios de Dios, a que se sometían los acusados), ora en los juicios de Dios y el juez era un simple espectador, un juzgador pasivo, un observador de su regularidad.

En los inicios de la Edad Media, los testigos fueron excluidos de manera absoluta y sólo hacia la alta Edad Media, por necesidad fáctica, fueron admitidos, hasta llegar a la gran división de *testis visu et auditi et credulitate*.

Un solo testigo no era prueba (*testis unus, testis nullus*), sino que se exigía el mayor número, sin miramiento alguno, a la mayor o menor credibilidad del uno o del

otro; para tener derecho a declarar o ser admitidos, se necesitaba poseer excelente nombradía y determinado patrimonio, ya que en tales condiciones un falso juramento era purgado con la multa impuesta.

Las mujeres eran admitidas en el testimonio, más no los niños ni los parientes de las partes. Se llegó hasta la exageración de admitir, en el proceso medieval, a los animales, si estaban presentes en el momento de la consumación del delito y algo más debían ser llevados al juicio para que, en su presencia, el acusado hiciere su exposición.

El procedimiento canónico hunde sus raíces en el Romano y vino a correr muchos errores que habían arraigado en Italia con las invasiones de los bárbaros. El retorno de muchas de las antiguas instituciones romanas, rechazó los procedimientos bárbaros de la alta Edad Media, dando paso a lo que modernamente se llama simple reserva del sumario, que allá se denominaba el secreto en la instrucción.

Pero esta reserva degeneró, desde luego, en las aberraciones de la tortura y de la inquisición. Los testigos eran interrogados por el juez, pero cuando callaban en parte o se mostraban reticentes, se les torturaba de manera ominosa, con resultados positivos para los intereses del proceso.

Sin embargo, poco a poco, como secuela de la evolución de la humanidad, se fue estableciendo el sistema de las pruebas legales, con fundamento en las cuales el Juez debía llegar a ciertas conclusiones con tal de que fueran veraces las premisas. Es así como los Estatutos Venecianos prescribían que el testimonio de dos mujeres debería considerarse en el sentido de corresponder a tres testimonios de hombres, por cuanto resultaba más difícil poner de acuerdo a dos mujeres, que a tres hombres.

En el camino de la evolución del Derecho Probatorio, merece especialísima mención la obra de Jeremías Bentham, destacado y jurista inglés, quien hacia el año de 1829 publica su celebrísima obra sobre Tratado sobre las Pruebas Judiciales, donde se preconiza una reestructuración de los sistemas judiciales imperantes en su tiempo.

Su Tratado es una crítica revolucionaria contra las instituciones rutinarias y

obsoletas de la época. Betham (citado por Núñez, 1978), identifica su tesis del testimonio partiendo de la necesidad de considerar un valor gradual de persuasión sobre el cálculo de las posibilidades. Supuesta la fuerza de la convicción que produce un testimonio de tipo medio y la persuasión graduada, seguramente que el testigo diga: Me inclino a creer, o yo creo, o yo sé, etc., y, habiendo también grados en la escala de la duda, como son las posibilidades y la probabilidad, es posible adoptar una escala de grandes persuasiones.

Revisión de la Literatura

Para la elaboración de la presente investigación, dada la amplitud del tema, se procedió a la revisión de los distintos trabajos realizados sobre el mismo y se encontraron los siguientes:

1.- Una Monografía no publicada, de la Universidad Santa María en San Cristóbal, del año 1998, de Sánchez, titulada La Prueba del Testimonio, en la cual se trata en forma general sobre la prueba del testimonio, sus ventajas, inconvenientes, su clasificación, llegando a la conclusión principal de que la prueba testimonial toma gran auge dentro del nuevo proceso y debe ser manejada en forma acertada para sacarle el mejor provecho. Esta monografía, a criterio de la autora, trata en forma sintetizada lo referente a la prueba de testigos y su aplicación dentro del nuevo proceso, constituyendo así una fuente importante para el desarrollo de la presente investigación.

2.- Una Monografía no publicada, de la Universidad Libre de Cúcuta, del año 1996, de Rivero, titulada La Prueba Testimonial, en la cual se trató como objetivo principal el analizar la prueba testimonial y su fuerza dentro del proceso penal colombiano, llegando a la conclusión principal de que la prueba del testimonio es de vital importancia en la consecución de la verdad en un proceso. Aún cuando corresponde a otro país, en líneas generales se trata muy bien el tema del testimonio y se equipara en los principios fundamentales a la prueba de testigos en Venezuela, dada la similitud de los procesos penales orales entre ambos países.

3.- Un Trabajo Especial de Grado, no publicado, de Contreras (2000), de la

Universidad Santa María, titulado La Prueba de Testigos en el Proceso Penal Venezolano, en la cual se toma como objetivo principal el analizar el testimonio dentro del proceso penal venezolano y cuya conclusión principal fue que la prueba de testigos vuelve a surgir como la reina de las pruebas. En opinión de la autora, si bien este trabajo fue demasiado general, trata el tema del testimonio desde un punto de vista práctico más que teórico.

4.- Un Trabajo Especial de Grado, no publicado, de Moreno (2000), de la Universidad Santa María, titulado La Prueba del Testimonio dentro del Código Orgánico Procesal Penal, en el cual se tuvo como objetivo principal analizar la prueba del testimonio dentro del marco del nuevo Código Orgánico procesal Penal y cuya conclusión fue que la prueba de testigo se convierte en eje fundamental al momento del esclarecimiento de la verdad dentro de un proceso judicial, dada su especial asimilación de los hechos. Es criterio de la autora que este trabajo es muy completo y representa una de las principales fuentes en la realización de la presente investigación, por cuanto toca todos los aspectos relacionados con el testimonio dentro del nuevo proceso.

Dentro del nuevo Proceso Penal, tenemos que determinar cuál es el recorrido del testimonio hasta el momento de deponer en el juicio, así como las diversas actuaciones por las cuales entra a ser conocido y removido dentro del proceso.

Desde que una persona cualquiera tiene conocimiento de la presunta comisión de un hecho punible, ya sea porque presencia el hecho o le cuentan cómo sucedió, tiene la posibilidad de llegar a un juicio oral.

Al momento de levantar el Acta Policial respectiva, los funcionarios de policía de investigaciones, sea cual fuere el organismo entre los señalados en el artículo 9 de la Ley de Policía de Investigaciones Penales, se toman los datos de los testigos que se encuentren en el lugar, lo cual ya empieza a delinear la actuación o protagonismo de los mismos dentro del hecho acaecido.

Una vez que pasan las actuaciones al Ministerio Público, éste se encargará de llamar a los testigos para tomarles su primera declaración o mandará a realizar las

diligencias necesarias, incluyendo esta declaración al cuerpo de investigaciones que designe para conocer del caso. En este momento, el testigo no tiene cualidad procesal, como lo veremos más adelante, pero ya comienza a moverse dentro de la etapa de investigación de los hechos.

Como quiera que dentro del proceso se desencadenan una serie de actuaciones, es en la Etapa Intermedia, específicamente en la Audiencia preliminar, donde el testigo, una vez que es promovido como prueba de la defensa, del Ministerio Público o del querellante, adquiere la calidad de testigo; es decir, pasa a ser parte de las pruebas, la testimonial, la cual cobra suma importancia dentro del nuevo proceso, pues son los testigos los que en definitiva darán la vía a seguir dentro del debate, pues sus dichos pueden contradecir lo de los expertos y los del mismo imputado, o bien ratificarlos, con lo cual adquiere relevancia por su inmediato conocimiento de los hechos y por su capacidad de transmisión y convencimiento de los mismos para con el Juez, el Jurado, Los Escabinos y la comunidad que presencia el juicio.

Pero el testigo promovido, por una parte, no pasa a ser prueba exclusiva de éste. Debe tenerse en cuenta el principio de la Comunidad de la Prueba, según el cual las pruebas promovidas por una parte deben ser conocidas por la otra, para que puedan servirse de ellas en igualdad de condiciones. Esto consagra ciertamente el Derecho a la Defensa.

En este sentido, se debe hacer referencia a un punto que dentro de la Doctrina Italiana se le llama el Expediente de las Partes.

- Debe aclararse, primeramente, que a partir del 1^{ro} de Julio de 1999, se habla dentro de nuestro Proceso Penal, de actuaciones de las partes y no de expediente, pues nuestro sistema se ha convertido en proceso predominantemente verbal, por lo que se adopta ese concepto.

Se entiende por Actuaciones, todas aquellas actividades que realizan las partes dentro del proceso, por lo que se estudiará brevemente cada parte y el Juez que en definitiva es uno de los protagonistas del mismo.

BASES TEÓRICAS

Definición de Testigo

Para poder dar una definición cierta de testigo, debe tomarse en cuenta la misma desde tres puntos de vista:

1.- Desde el Punto de Vista Doctrinal: la mejor definición desde este particular punto de vista la da Bocaranda (1998), cuando expresa que: “Sólo cubre el concepto de testigo la persona que se encuentra en condiciones de manifestar ante la autoridad, el conocimiento que tenga como verdadero del acaecimiento de hechos determinados” (p.105).

2.- **Desde el Punto de Vista Procesal:** En cuanto a la definición de testigos, cada autor ha ensayado una definición, pero todas ellas coinciden en un aspecto fundamental; es decir, que es una declaración dada por una persona en el curso del proceso sobre los hechos captados por los sentidos, en relación con el hecho punible que se investiga, sin tener dicha persona ninguna relación jurídica en dicho proceso. El Código Orgánico Procesal Penal no define lo que es el testigo, pero de sus disposiciones, en el Artículo 222, se puede extraer el concepto legislativo:

Deber de concurrir y prestar declaración. Todo habitante del país o persona que se halle en él, 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 o circunstancia o elementos sobre el contenido de su declaración.

Se observarán los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República, que establezcan excepciones a esta regla.

Esta disposición establece el deber y obligatoriedad del testimonio en asuntos penales. De este deber de declarar, está definido implícitamente lo que es un testigo, es decir, la persona que, citada por un tribunal, debe declarar lo que supiere con

relación al hecho penal que se averigua y, en consecuencia, a responder lo que sobre el particular le preguntare el tribunal. Y no sólo a contestar lo que le fuere preguntado, sino todo lo que sepa en relación con el asunto de que se trata.

3.- **Desde el Punto de Vista Legal:** Dentro de la ley procesal penal, se encuentran varias disposiciones que, si bien no definen qué es un testigo, dan ciertas características que permiten identificarlos:

a) El artículo 355 del Código Orgánico Procesal Penal, sostiene que: "...el Juez Presidente procederá a llamar a los testigos... Comenzará por las que haya ofrecido el Ministerio Público, continuará por los propuestos por el querellante y concluirá con las del acusado...".

b) El artículo 356 del Código Orgánico Procesal Penal, expresa que: "Después de juramentar e interrogar... al testigo sobre su identidad personal... le conceden la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba...".

c) El artículo 357 del Código Orgánico Procesal Penal, establece que: "Cuando el testigo oportunamente citado no haya comparecido, el Juez Presidente ordenará que sea inducida por medio de la fuerza pública...".

Es criterio de la autora de la presente investigación, que el testimonio puede definirse tomando elementos de los tres puntos de vista esbozados, como la declaración dada por una persona en el curso del debate sobre los hechos captados por los sentidos, en relación con el hecho punible que se investiga, sin tener dicha persona ninguna relación jurídica en dicho proceso.

En el Código Orgánico Procesal Penal se establece el deber y obligatoriedad de testimonio en asuntos penales. La prueba de testigos es la primera prueba que surge y que va evolucionando para luego aparecer el testimonio como medio de prueba.

Evidentemente, el testimonio es la prueba que tiene más fuentes de error, aún en los llamados testigos calificados. Basta observar en las personas mecanismos y particularidades de la impresión sensorial de los hechos.

Finalmente, el objeto de la Prueba de Testimonios son los hechos, y eso tiene suma importancia, porque si se tiene en cuenta que los objetos de prueba son los hechos, personas, cosas, lugares y documentos, se están excluyendo las reglas de la experiencia y del Derecho.

Definición y Concepción de la Prueba de Testigo

Naturaleza o Razón de Ser de la Prueba de Testigo

La prueba de testigo es la primera prueba que surge y que va evolucionando para luego aparecer el testimonio como medio de prueba. Sobre este punto, reafirmaba el doctor Lauría en sus lecciones universitarias, que la única razón de ser del testimonio como medio de prueba, es la necesidad que existe por la carencia de otros elementos de certeza y, posiblemente, en un futuro la historia nos recordará haber utilizado un medio de prueba que es el más incongruente, absurdo e ilógico, ya que es el menos productor de certeza. Por otra parte, según Cabrera (1999):

Nos convencemos también que somos muy limitados en nuestros sentidos y que a veces no podemos captar con claridad lo verdadero del asunto. Algunos antiguos estudiosos afirmaban que el fundamento de la prueba de testigos estaba en la presunción de veracidad y en la necesidad; pero otros, siguiendo un criterio psicológico, explican que el hombre o individuo adulto que tiene su mente distorsionada y condicionada por una serie de factores, no posee realmente una presunción de veracidad, porque las manifestaciones del individuo siempre se adaptan a diversas circunstancias, aun independientemente de su voluntad, también adapta su mente a conveniencias sociales y concluyen en que es necesario considerar que el fundamento de la prueba de testigos está en la necesidad y que se debe desechar la presunción de veracidad (p.165).

Por eso el Legislador da a entender que el testigo nace en el momento en que declara y la importancia jurídica que tiene esto es que la certidumbre del testimonio proviene, no de la acción de declarar en ese momento, sino de la acción de haber adquirido ese conocimiento mediante los sentidos.

<captar con claridad lo verdadero del asunto. En conclusión se puede resumir que:

Históricamente la prueba de testigo es la primera prueba.

- a) Tiene como fundamento práctico el que necesitamos apelar a la prueba de testigos para poder administrar la justicia penal.
- b) Esta necesidad hay que verla a la luz o con respecto a que el testigo adquiere conocimiento por cualquiera de los sentidos.
- c) La limitación de nuestros sentidos es una cosa obvia.
- d) La prueba de testigos debería someterse a una categoría de seguridad para poder apreciarla y se pueden dividir estas seguridades en tres categorías:

Primera: De la ley deben resultar elementos de convicción para que el testigo diga la verdad y estos elementos son fundamentalmente cuatro:

1. Debe constar la obligación, por parte del juez, de advertirle al testigo acerca de la gravedad de sus dichos.
2. Debe ser siempre bajo juramento. Esto no es sólo una cuestión simplemente formalista, sino una coacción moral sobre el testigo para que éste diga la verdad, coacción legítima, pues el testigo se da cuenta que está haciendo daño a la sociedad y un daño moral al mentir.
3. Deben cumplirse las formalidades de la declaración, pues éstas constituyen acto formal.
4. La publicidad de la declaración.

Segunda: La especialidad del interrogatorio. Es evidente que se tendrá, de fuente productora de certeza, cuando se hace un verdadero interrogatorio y por ello es condición fundamental que el interrogatorio sea especializado. Debe estar desprovisto

de preguntas subjetivas y capciosas.

Tercera: Tal vez la más importante, a pesar de que no la consagra el legislador, es la libre apreciación del juez en cuanto a la prueba testimonial, comprendiendo el escrito de descargo, por llamarlo de algún modo, que presenta ante el Juez de Control en la Audiencia Preliminar. Por supuesto que el Ministerio Público se sirve de esas pruebas a la hora del juicio, pues debe conocerlas para tratar de rebatirlas dentro del decurso del debate oral.

El Testimonio desde el Punto de Vista Procesal Probatorio

El Dr. Rodríguez (citado por Núñez, 1978), catedrático de varias universidades de Bogotá, Colombia, especialmente en Derecho Probatorio, el que, en opinión de la autora, define con todos sus elementos y de manera sencilla, diáfana y con toda propiedad, este medio de prueba tan discutido y enjuiciado por la crítica. Expresa al respecto que:

En materia judicial y en sentido general y amplio, el testigo es la persona física que, en orden al descubrimiento de la verdad, declara o puede declarar ante la autoridad respectiva, los datos y circunstancias de que tiene conocimiento e información, relacionados con los hechos materia de la investigación (p.47).

He ahí, en primer lugar, lo que el profesor Rodríguez entiende por testigo, que es el órgano de la prueba sin el cual no habría testimonio. Pero el testimonio para el mismo autor es:

...una declaración verbal-libre, hecha por persona física, que no tiene interés personal en el proceso, ante el respectivo funcionario y con las formalidades legales, sobre hechos pasados que interesan al proceso penal y que ha conocido casualmente, por percepción directa (p.49).

Esto es, mientras el testigo es una persona física que informa, el testimonio es una declaración, con ciertas formalidades que veremos más adelante.

El testigo es la causa, el testimonio es el efecto; el testigo es el ser parlante que ve, oye, husmea o se encuentra por casualidad en el teatro de los acontecimientos delictivos; el testimonio es la versión rendida ante el juez, con sus matices, coloridos, sentimientos, que forma toda una reconstrucción del evento criminal.

Para Peláez (citado por Dellepiane, 1972), el Testimonio está constituido por la declaración que, sobre hechos relativos al proceso, hace dentro del mismo una persona que los ha percibido por los sentidos.

Nunca debe dejarse de recordar la hermosa pero dicente definición metafórica del gran maestro Gross (citado por Parra, 1988), acerca del testigo y del testimonio: “El testigo es como el esqueleto de la instrucción y sus deposiciones como la carne y la sangre” (p.14).

El Código Orgánico Procesal Penal no define lo que es el testigo, pero de sus disposiciones se puede extraer el concepto legislativo, por lo que debe acudir entonces a la interpretación de la norma para poder conceptualizarlo.

El artículo 222 del Código Orgánico Procesal Penal (2001). establece en forma expresa que:

Deber de concurrir y prestar declaración. Todo habitante del país o persona que se halle en él, 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 o circunstancias o elementos sobre el contenido de su declaración.

Se observarán los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República, que establezcan excepciones a esta regla. (p.99).

Esta disposición establece el deber y obligatoriedad del testimonio en asuntos penales. De este deber de declarar, está definido implícitamente lo que es un testigo, es decir, la persona que, citada por un tribunal, debe declarar lo que supiere con relación al hecho penal que se averigua y, en consecuencia, lo que sobre el particular

le preguntare el tribunal. Y no solo a contestar lo que le fuere preguntado, sino todo lo que sepa en relación con el asunto de que se trata.

Del Mecanismo Físico del Testimonio

La Percepción

En el punto a que ha conducido hasta ahora la crítica testimonial; todos los errores que derivan de la personalidad del testigo o del objeto del testimonio, han debido de ser eliminados. Debe suponerse la hipótesis de que el testigo es excelente bajo todas sus relaciones y que el testigo de su testimonio no presenta ninguna dificultad que se preste a ilusión o error.

Es muy posible que el testimonio que se presente bajo tan buenos auspicios, sea inconscientemente erróneo en algunos de sus elementos. No se ha comprobado todavía si ésta excelente máquina que ha operado sobre buenos materiales, funcionó sin defecto en el curso de sus complicadas operaciones.

El estudio de las diversas cuestiones precedentes, ha llevado regularmente a la conclusión de que, aparte algunos casos bien definidos, no se puede pronunciar ningún juicio definitivo sobre un testimonio sin conocer en qué condiciones se ha formado, como lo es desde el punto de vista de la atención, de la clarividencia, del tiempo de observación, de la sugestión, de la emoción, etc.

Es lo que ahora se examinará metódicamente, siguiendo los diversos procesos de formación del testimonio en la percepción, en la memoria y en la deposición.

El testimonio, según refiere Castro (1967), hunde sus raíces en la función síquica, la cual, a su vez, tiene elementos constitutivos, tanto en el campo normal como en el patológico, de donde aparece que existen una serie de factores diferentes que influyen sobre él.

La actividad síquica, entonces, se divide en cognoscitiva, sentimental y práctica y el testimonio se basa sobre una función que hace parte de la actividad cognoscitiva, sobre la memoria, es decir, sobre aquella especial función de nuestro sistema nervioso, en virtud del cual nosotros, después de haber sido impresionados por un estímulo, conservando de él el símbolo, el diseño en nuestro subconsciente y

pudiendo, por lo mismo, evocarlos de nuevo y reproducirlos.

Gross (citado por Uribe, 1981), se percató pronto, por las pruebas que hizo sufrir a los testigos en su despacho, de que “La facultad de percepción de un hombre no permite una deducción sobre su capacidad de recuerdo” (p.579). Depende, en efecto, de la disposición en que se encontraba el testigo en el momento de la percepción y de la situación del objeto en relación con él. El valor de la percepción es función de las condiciones subjetivas y objetivas en que ha tenido lugar.

De la Sensación y la Percepción

En psicología General, refiere Uribe (1981), la Percepción se define como el proceso que empieza con el estímulo y que, al ejercer acción sobre nuestra actividad sensorial, da origen a la sensación y ésta, transformada en hecho consciente, da lugar a la percepción.

Para Tesoro y Bellavista (citados por Uribe, 1981), cualquier hecho externo que se determine en la esfera de nuestra actividad sensorial, se convierte, por ello mismo, en un estímulo para los sentidos y determina una sensación (fenómeno fisiológico), que se convierte en percepción (fenómeno psicológico) en cuanto sea consciente y venga a ubicarse en nuestro yo. El autor Rodríguez (1977), condena de manera magistral las etapas psicológicas del testimonio, así:

Desde el punto de vista psicológico, todo testimonio comprende cuatro etapas: percepción, memorización, evocación y declaración, todas las cuales difieren mucho de una persona a otra, de un sexo a otro, de una profesión, una edad y una educación o ambiente social a otra profesión. (p.298).

El fundamento del testimonio es, justamente, la sensopercepción, decía Pisapla (citado por Castro, 1967), pues la percepción y la sentencia son imágenes subjetivas del mundo externo. La percepción constituye, o supone, una relación de sujeto a objeto, proporcionada al estímulo y a la personalidad intelectual y activa de aquel.

El doctor Gaitán (citado por Cardozo, 1971), brillante penalista colombiano, en su estudio sobre los delincuentes premeditativos (Criterio Positivo de la Premeditación) realizó en la Escuela Positiva de Enrico Ferri, en el curso de especialización, llega a la misma conclusión, pero partiendo de premisas desiguales, al afirmar que en todo proceso psicológico primero es la sensación, luego la percepción, después la idea, luego la voluntad y, por último, el acto.

Su teoría rige para los delincuentes premeditativos, pero, al hablar de la actividad síquica en dichos sujetos, los clasifica en tres clases (Resolutivos en el tiempo y no Resolutivos; con Integración del Proceso en el tiempo), para concluir que en oportunidades la voluntad puede integrarse primero que la idea.

A la clasificación de las percepciones, también cabe la de las sensaciones. La más importante clasificación de las sensaciones será en visivas y auditivas, aunque existen algunas que, no siendo más complejas o refinadas, tienen un grado de seguridad y de precisión, como las sensaciones táctiles, olfativas o gustativas.

Factores Objetivos de la Percepción

Condiciones de Tiempo

Altavista (citado por Castro, 1967), sostiene que la calidad de la percepción es directamente proporcional al tiempo durante el cual se ha percibido.

Cierto es, si una persona capta el momento en que un avión tipo jet, a velocidad extraordinaria (700 Kilómetros-hora) impresiona la retina al pasar frente a ella, esa persona tendrá una percepción muy débil, por cuanto las células de la retina se han impresionado débilmente y la imagen formada en ella será vaga e imprecisa.

A contrario modo, si un vehículo automotor al cual se observa, se detiene un momento por cualquier circunstancia, se obtendrá de él una percepción, más amplia, llegándose a captar el color, la marca, el modelo y hasta los rasgos fisonómicos del conductor y de sus acompañantes. De allí que, se puede decir, con absoluta certeza, que los estímulos que vienen del mundo exterior producen percepciones fugaces o cortas, si fugaces o cortas son las impresiones sucesivas que hiciere la retina.

Condiciones de Lugar

Es indudable que la ubicación del testigo, en el teatro de los acontecimientos, con respecto al desarrollo de los hechos, es de mayor importancia para apreciar la realidad fáctica.

Según Vicen (citado por Nuñez, 1978), para:

...reconocer a una persona que solo se ha visto una vez, se necesita una distancia de 25 metros; si la persona es poco conocida suficientemente, se necesita una distancia de 40 a 80 metros; más si tiene signos característicos, de 100 a 150 metros (p.167).

Es lógico que las medidas y esto se sabe por la práctica judicial, pueden variar por el concurso de otros elementos, como la oscuridad, la claridad, la iluminación. Y aún por el ángulo visual desde el cual se muestren, ya que desde arriba parecen más pequeños los objetos y, desde un sexto piso, ejemplo que trae Núñez, podría el observador decir que vio correr a un sujeto de baja estatura, cuando en realidad era alto.

Las dimensiones de los objetos o de las personas, varían también según el ángulo visual bajo el que se muestran. Visto desde arriba, parecen más pequeñas que en un plano horizontal o desde abajo. Al contrario, parecen más grandes si se muestran de improviso en el contorno de un estrado o en el vano de una puerta, que en medio de una habitación súbitamente iluminada. La inclinación de un plano visto de lejos parece más pronunciada que si es contemplado de cerca.

Para darse perfecta cuenta de la perspectiva en que está situado el testigo, es indispensable, a menudo, trasladarse al propio lugar; se comprenderá entonces fácilmente que ha podido ser víctima de una ilusión sensorial.

Condiciones de Iluminación

A los factores de tiempo y de lugar, se agrega uno de mayor importancia, porque contribuye a que los hechos o los episodios lleguen a la persona o testigo, con todos los coloridos y características propias y es la luz.

La luz interviene muy activamente en la claridad de las impresiones que recibe la retina, en el testimonio visual. Las escenas o episodios serán mal o bien vistas, de acuerdo a la intensidad de la luz.

Las percepciones, en un medio mal iluminado, serán borrosas y el testigo evocará, desde luego, los recuerdos llenos de lagunas, tal como se han fijado en su memoria. Cuanto más débil es la luz en el teatro de los acontecimientos, más insegura será la imagen recibida en la retina. En una noche lluviosa se distinguirá menos, que en una noche de luna e igualmente un partido de fútbol (balón pie) se sigue mucho mejor en un día de sol, que en una noche de reflectores. Núñez (1978), afirma que en la penumbra un color rojo podrá parecer gris, un azul o negro.

El ejemplo del sobretodo de Gorphe, es ilustrativo de las apreciaciones mencionadas anteriormente:

1. Quince muchachos dijeron que era azul;
2. Veinte que era negro;
3. dieciocho afirmaron que era rojo, y
4. diez que era amarillo.

No es lo mismo la imagen percibida de un ladrón en una amplia avenida de una gran ciudad, iluminada con luces de sodio o de mercurio, que aquella que se recibe iluminada por la pàrvula luz de unos bombillos pueblerinos. En conclusión, la percepción visual requiere de la luz. Un testigo que haya presenciado los hechos en un lugar oscuro, ha debido estar por lo menos a una distancia aproximada de dos metros, ya que la visualidad no va más allá del dato aportado.

Factores Subjetivos de la Percepción

No son éstos los menos importantes. Hace mucho tiempo, sobre todo después de Kant, que los filósofos y los psicólogos han señalado que la actividad del sujeto se hacía sentir fuertemente en la percepción, acto común de lo sensible y del que siente.

Según la famosa definición de Aristóteles, las sensaciones no quedan nunca como brutos; no nos interesan más que como signos de las cosas y, desde que

penetran en el molde del pensamiento, son elaboradas, interpretadas, con frecuencia alteradas por la actividad sintética del espíritu.

Se puede representar la percepción como una función del pensamiento, por medio de la cual se apropia lo que es dado en la sensación y se incorpora la sensación al contenido de la conciencia.

En las percepciones sensibles más sencillas se encuentran el juicio, el razonamiento, los recuerdos, las asociaciones de ideas y de imágenes, sin hablar de la influencia de los estados afectivos subyacentes.

La Atención

La atención es uno de los factores más importantes del testimonio, es la clave de la inteligencia. La atención determina la conciencia focal y demarca los límites cuando está concentrada sobre un determinado acto. La definición más elemental de atención, según refiere Casares (1978), es la aplicación de la mente a un objeto. Y se atiende bien, cuando se ha pensado bien. El sujeto distraído percibe mal y su apreciación es susceptible de yerros o errores. Decir distraído es tanto como haber visto en la oscuridad.

Cuántas veces, al socaire de los viajes de turismo que se hacen por un país o un conjunto de amigos, al visitar un museo histórico o una catedral, encuentran en el camino muchos detalles o curiosidades (avisos, monumentos, restaurantes, villas, etc.), que son inadvertidas por uno o varios de los compañeros o familiares o, al ser vistos, dan de ellos una relación inverosímil o incompleta. He ahí, la selección que se hace según el interés o lo que tiene la idea de percibir.

La atención, por otra parte y según la intensidad, refiere Uribe (1981), que puede ser:

- a) Atención-acto y atención-estado
- b) Atención concentrada y atención difusa
- c) Atención-dinámica y atención-estática

De acuerdo con esta modalidad, puede decirse que la atención disminuye o aumenta de acuerdo con el influjo de varios factores, como la fatiga o la excitación.

De ahí que un testigo que esté concentrado en la observación y desarrollo de un fenómeno especial, se halle en condiciones de percibir, en la misma intensidad o, por el contrario, no perciba otros acontecimientos importantes que se realizan en su derredor o bajo sus sentimientos.

Y ello porque dicho testigo concentra toda su potencia intelectual y de observación en un motivo especial y le interesa menos lo que sucede fuera de su objetivo porque, además, no alcanza a llegar a su conciencia sino aquello que verdaderamente atrae su atención en forma específica y clara.

La Emoción

Hay necesidad, antes de entrar en el tema, de dar una definición de emoción para luego analizar cómo influye la emoción en la percepción, como en el testimonio.

La emoción, sostiene Uribe (1981), es la modificación rápida, casi súbita, del estado psicológico del individuo. La emoción se manifiesta por reflejos motores y vasomotores y se expresa por una agitación muy general que se manifiesta en el sujeto por reacciones personales características.

La emoción se diferencia de la pasión en que, mientras la pasión es duradera y permanente, la emoción es un turbó psicológico que llega y arrastra y pasa, esto es, transitoria, momentánea.

A la luz de estas nociones elementales, es fácil comprender los errores testimoniales provocados por la emoción. Para percibir con exactitud se requiere un equilibrio psicológico que convierta a los sentidos en óptimos registradores y haga de la conciencia un perfecto receptor. Ahora bien, si este equilibrio se rompe por un golpe de emoción, se obtendrán percepciones no coordinadas, llenas de lagunas mentales.

Las emociones depresivas producen abatimiento, aturdimiento mental, insomnio y sensaciones de laxitud, ya que llegan acompañadas de anemia cerebral.

La Integridad Cerebral y la Embriaguez

Es sabido y así lo expresa Uribe (1981), que las alteraciones orgánicas transitorias que obedece, a veces, en el sistema nervioso central, influyen sobre el

testimonio, pues perturban el equilibrio emocional de las condiciones psico-físicas, hasta llegar a la desfiguración de la verdad.

Las más importantes alteraciones son, entre otras, las heridas craneanas y la embriaguez. El problema de las heridas craneanas, aún de las simples contusiones o conmociones, es que pueden provocar amnesia, y, por esta razón, deben tomarse en cuenta.

Las heridas craneanas, como dice Gorphe (citado por Castro, 1967), “...tienen una tendencia invencible a llenar las lagunas de sus recuerdos por medio de representaciones fantásticas, que constituyen confabulaciones” (p.131).

Uribe (1981), eminente médico y legista colombiano, sostiene que:

La embriaguez tiene varios grados:

Un grado ligero, en que hay elevación de ánimo, ideas rápidas, sustitución de asociaciones lógicas por mecánicas, excitación motora, intensificación de deseos sexuales y síntomas vegetativos. Dos o cuatro horas más tarde, aparece depresión y somnolencia y en este grado no hay amnesia.

En el grado medio, hay exacerbación de los síntomas anotados, agresividad, incoordinación de movimientos, lenguaje no inteligible y, posteriormente, sueño profundo. Suele haber amnesia parcial o incompleta en este grado medio de embriaguez aguda.

Y, el grado profundo o grave, se caracteriza por trastornos más pronunciados de la actividad síquica, con desorientación en tiempo, espacio y personas, lenguaje incoherente, no hay juicio de relación, adviene sueño, hay amnesia completa posterior, pero en este grado puede haber muerte (p.1115).

El alcohol excita el sistema nervioso y por eso lo lleva a la euforia cuando la personalidad se encuentra un tanto deprimida y hay tendencias a la abulia e inacción.

Pero, en períodos avanzados de embriaguez, en sus distintas etapas, puede haber confusión mental, con alteración de la memoria y la atención y puede llegarse hasta la inconsciencia cuando son grandes las dosis ingeridas.

De conformidad con la sicología del testimonio, el primer grado de embriaguez no sería causa de tacha para el Juez, aunque, a criterio de la autora de la investigación y con todo respeto, por motivo de la locuacidad y la sobre excitación, a más del exceso de alegría, podría el testigo hacer exposiciones un tanto deformadas o fantásticas, por aquello de creerse la persona más capaz, más audaz y más sagaz.

Ahora bien, existe uniformidad de criterio en los autores y la doctrina de los tribunales, en el sentido de que, en los grados terceros y posteriores de la embriaguez, se plasman los mayores errores, por el estado de semi-inconsciencia del deponente.

En el sistema probatorio penal Venezolano, la norma procesal no menciona la embriaguez como causa de tacha del testimonio y ello se debe, sencillamente, al imperio del principio de la sana crítica, cual deja en libertad al juez para apreciar, razonablemente, la credibilidad del testigo y depende el valor de dicho testimonio el grado de embriaguez que presente el sujeto en el momento en el cual presencia o tiene conocimiento de los hechos sobre los cuales declara.

La Integridad de los Órganos de los Sentidos

Los órganos de los sentidos tienen, en la sicología del testigo, una importancia irrelevante, porque, como es cierto, el mundo exterior entra en la conciencia a través de dichos órganos. A mayor capacidad de recepción de los sentidos, mayor actividad sensorial.

Se presume, *iuris tantum*, es decir, salvo que se demuestre lo contrario, que cuando un deponente recurre al Tribunal, citado por el juez o se presenta voluntariamente para clarificar los hechos y narra las incidencias y desarrollo, en modo, tiempo, lugar, persona, materia e instrumento de evento criminal, lo hace en virtud de que los ha presenciado u oído y porque se supone que los ha percibido

dentro de una normalidad orgánica-sensorial.

Pero puede suceder que esa deposición no esté ajustada a la realidad, por razón de la presencia de una miopía, de una presbicia o de una úlcera corneal o que no escuchó, no oyó el testigo bien por estar padeciendo de otitis media o padecer una lesión en el tímpano o yunque o simplemente porque había un ruido que distorsionaba el hecho principal.

La Memoria

La memoria es la capacidad de evocar y grabar acontecimientos pasados, aumentando sensiblemente la experiencia y modificando el comportamiento humano. El término se aprecia mejor a través del estudio de las cuatro fases de que se compone:

1.- La Fijación y la Conservación: Es un hecho evidente, espontáneo y natural, que las experiencias síquicas, ya desaparecidas del campo de la conciencia, pueden ser reproducidas en la mente. Y el hecho de que dichas experiencias puedan luego reproducirse, presupone sin lugar a dudas que ellas no desaparecen totalmente, sino que, una vez fijadas en la memoria (percepciones), se conservan en la persona en una forma o en otra.

Zunini (citado por Uribe, 1981), sugiere que conviene tener en cuenta, con respecto a los objetos propios de la memoria, que no todas las experiencias pasadas pueden ser reproducidas: no se reproducen los actos volitivos y los sentimientos; se pueden, sin embargo, reproducir las experiencias sensoriales. Se percibe un objeto con determinada forma y color; se percibe un sonido emitido por un instrumento musical, pero se puede, ya sea en vigilia o en el sueño, percibir qué objeto o qué sonido sin que nuevos estímulos actúen sobre los receptores sensoriales.

Estos contenidos de la conciencia que no dependen de una inmediata estimulación de los órganos receptores sensoriales, se llaman representaciones (imágenes); se representan generalmente como evocadas; otras, sin embargo, se representan también sin haber sido evocadas; es decir, espontáneamente.

Se observa, entonces, que los acontecimientos que han sido objeto de una

percepción directa por parte de algunos de los sentidos que conforman al ser humano, son los que, en definitiva y a criterio de la autora, se reproducirán en la corteza cerebral como imágenes o recuerdos y, mientras más traumático sea el hecho, en la mayoría de los casos más nítido será su recuerdo.

2.- La Recordación: Con el recuerdo, con el acto evocativo, la persona se transporta intelectualmente a tiempos pasados y tiende a colocarse en una situación semejante a la que determinó la experiencia evocada. Pero el recuerdo no es reproducción exacta del pasado.

Mira y López (citados por Castro, 1967) expresan que:

...del propio modo como la placa fotográfica o la placa gramofónica no pueden reproducir con entera exactitud, por mucha que sea su sensibilidad, las formas visuales o las voces que las impresionan, así también el resultado de la reproducción némica de nuestras sensaciones es mucho más pobre que el original: la denominada imagen de la memoria es más débil, inconstante e incompleta que la denominada imagen sensorial producida por la presencia real del estímulo exterior (p.93).

El recuerdo, será mucho más nítido y permanecerá por más tiempo en la memoria, mientras mayores sean la intensidad y exactitud de la impresión sensorial recibida con el acontecimiento.

3.- El Reconocimiento: El reconocimiento de los recuerdos, de las experiencias anteriores, es lo más característico de la memoria. Dos formas existen de reconocimiento: una objetiva, confundida prácticamente con la percepción, en la que no existe referencia al pasado ni conciencia alguna de recordación y otra referida conscientemente al pasado, ya sea espontáneamente, ya sea mediante detenidos y prolongados esfuerzos de comparación, de asociación, de semejanza, de discernimiento y de control.

Deposición

La deposición o exteriorización de los recuerdos en una exposición verbal, es

una forma de actualizar la percepción, la observación y la memoria, recibido en las reglamentaciones procedimentales de las diversas jurisdicciones, a fin de encauzar la veracidad del testimonio. El testigo, por consiguiente, no sólo debe ser física y mentalmente apto en el momento de recibir las percepciones, como ya se vio, sino también en el momento en que las reproduce, esto es, en que rinde la declaración (ejemplo: No estar en estado de embriaguez, privado del uso de la razón) e inclusive en el intervalo comprendido entre uno y otro momento, porque, si por cualquier motivo en ese lapso ha perdido la memoria, por más que al deponer la haya recobrado, bien puede hacerlo reproduciendo sólo en parte lo percibido o alterado, sin quererlo, lo que personalmente le consta.

Las doctrinas penales de la Procuraduría General de la Nación de la República de Colombia (citado por Castro, 1967), opina a este respecto que:

Las declaraciones de testigos, cuando se remontan a épocas pretéritas, son muy inciertas y peligrosas: la memoria es tan frágil y débil que en la mayoría de los casos deja perder muchas modalidades sustanciales de un hecho, aun de reciente data y entonces la ecuación que forman la realidad y su recuerdo, resulta evidentemente falsa. De ahí que, para poder darle fe y valor probatorio al testimonio cuando se refiere a sucesos remotos, es necesario que el testigo aduzca hechos precisos y concretos, de indiscutible existencia, en los cuales apoye sus recuerdos y establezca la concatenación de ideas en el relato del acontecimiento (p.203).

El Testimonio y la Psicología Experimental

Observaciones como las que se acaban de hacer y que ponen de relieve las impurezas a que puede estar sometido el dicho del testigo, han dado origen a la ciencia moderna de la psicología experimental, para tratar de explicar las causas que vician el testimonio inconscientemente. Se ha llegado así, a partir de Stern, Lipmann, Ribot y otros, a ciertas conclusiones generales sobre la influencia que ejerce en el

dicho del testigo la percepción, la fatiga, el temperamento, la exposición, etc. Llevadas estas conclusiones al campo de formulación de reglas prácticas del testimonio, se obtuvieron las siguientes, según afortunada síntesis de Moreno (citado por Parra, 1988):

- Un testimonio absoluto y fiel, constituye la excepción.
- Lo que el testimonio gana en extensión, lo pierde en exactitud.
- La experiencia ha demostrado que, al contestar, en la respuesta, el testigo lo hace obedeciendo a una sugestión inconsciente, que poco a poco deforma la verdad del testimonio.
- La fidelidad del testimonio se halla en razón inversa de la seguridad.
- Cuando el testimonio se produce sin obstáculos ni olvidos, como el que recita una lección aprendida, hay que desconfiar de la deposición.
- El testigo, para ser veraz, tiene que consultar sus dudas.
- La verdad en el contenido testifical no es nunca uniforme; no es la misma, en grado y cantidad, sobre distintos elementos que la componen.
- Existe un índice psicológico individual.
- El testimonio en el niño, el adulto, el anciano, el varón o la mujer, responde a este psicológico individual.
- Existe también en los objetos, una aptitud testifical.
- Los caracteres visuales son más fáciles que los auditivos. Los colores y las distancias, más que las velocidades.
- Con el tiempo se borran los detalles, para quedar una noción general, una visión esquemática.
- El olvido actúa como la luz, cuando la tarde se retira de la pradera.
- Con el tiempo se pierde, también, la espontaneidad y el testimonio necesita auxiliarse con recuerdos subsidiarios.
- El hábito y la función desarrolla la capacidad de testimoniar, creando un tipo profesional, como el del agente de policía, quien a diario realiza operativos y desarrolla esa capacidad.

- El juramento ofrece sólo una garantía externa de la verdad.

Aspectos Formales y Legales del Testimonio

Fundamento y Objeto de la Prueba Testimonial

Por presumirse que existe un sentimiento poderoso que impulsa al hombre a decir la verdad y a comunicársela al juez con toda fidelidad, el testimonio ha merecido al aceptación general como medio de prueba. Sin embargo, el hombre puede verse impedido a mentir por diversa clase de motivos: amor, odio, deseos de venganza, intereses económicos, o políticos, etc.; o el hombre falta a la verdad, sin querer mentir, porque en el desarrollo del conocimiento le falta alguna de estas operaciones mentales: la percepción, la observación, la memoria, la deposición o el hombre simplemente no dice la verdad porque su personalidad mitomaniaca lo induce a mentir.

Por eso la prueba testimonial debe ser analizada en cada caso concreto con sumo cuidado, siguiendo las pautas de la sana crítica o apreciación racional.

En principio, bien puede decirse que el testigo informa sobre los hechos percibidos por él. Por consiguiente, el testigo no saca conclusiones de lo informado, ni exterioriza opiniones sobre lo ocurrido, ni dictamina como el perito, ni juzga como el juez. Hay sin embargo excepciones a esta regla, según Melero (citado por Castro, 1967):

Cuando se trata de exteriorizar criterios que caen dentro del ámbito de la experiencia y observación general, permitiéndose en este supuesto a los testigos establecer conclusiones, como, por ejemplo, si una persona está embriagada, si la voz era varonil o infantil, etc. (p.211).

El objeto de prueba del testimonio son los hechos y esto tiene suma importancia, porque si sabemos que los objetos de prueba son los hechos, personas, cosas, lugares y documentos, se están excluyendo las reglas de la experiencia y del derecho. Por lo tanto, la importancia reside en que no puede probarse con testigos un derecho derogado, ni, por ejemplo, un contrato que no esté regulado por la ley o que

lo está por una ley de comercio, como el de consignación, porque en este caso se necesitan pruebas, documentos, para demostrar esa regla si se pueden probar con testigos.

En efecto, como bien lo expresa Gutiérrez (1965), con ellos puede probarse, evidentemente, la existencia de cosas, lugares, de documentos, de personas o de señales.

No se puede afirmar que el testigo no emite juicio: él, al declarar, hace un juicio de cómo oyó, vio, etc., pero una cosa es dar razón fundada de lo que declara y otra es no poder emitir juicio de valoración sobre lo que percibe.

Ofrecimiento de la Prueba Testimonial

La oportunidad procesal correspondiente para ofrecer la prueba testimonial en el procedimiento ordinario es en la audiencia preliminar, junto con las demás pruebas que desean las partes sean debatidas en juicio, tal y como lo dispone el artículo 328, ordinal 7 del Código Orgánico Procesal Penal.

Igualmente, según lo faculta el artículo 343 del Código Orgánico Procesal Penal, las partes en la etapa de juicio podrán promover nuevas pruebas, de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia preliminar o retirar la promoción de las declaradas inadmisibles.

En los procedimientos abreviados y por flagrancia, como la acusación según mandato expreso del último aparte del artículo 373 del Código Orgánico Procesal Penal, es en la audiencia del juicio oral y público, cuando el fiscal del Ministerio Público y la víctima presentarán la acusación y, por ende, será la oportunidad de ofrecimiento de las pruebas de las partes, ya que, posterior a la presentación de la acusación y querrela, la defensa deberá presentar igualmente sus argumentos y demás elementos de prueba.

En el procedimiento por faltas, si el contraventor, en la oportunidad de llevarse a efecto la audiencia prevista en el artículo 384 del Código Orgánico Procesal Penal, admite su culpabilidad, el Tribunal dictará la decisión que corresponda.

Pero, en caso contrario, que solicite el enjuiciamiento, si necesita el auxilio

público para incorporar algún medio de prueba, entre las cuales puede estar en testimonial y el tribunal librará las órdenes necesarias para incorporarlas al debate. Pero es en el juicio oral y público cuando deberá ofrecer las pruebas testimoniales que necesita sean recibidas. En los juicios contra el Presidente de la República y otros altos funcionarios del Estado, se seguirá el mismo trámite utilizado en los procedimientos ordinarios. Capítulo aparte necesitan los casos de prueba anticipada, prevista en el artículo 307 del Código Orgánico Procesal Penal, en el caso de las testimoniales, cuando por algún obstáculo difícil de superar (desahuciado o extranjero de tránsito en el país) y que se presume que no podrá hacerse declarar durante el juicio, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá solicitar en la etapa preparatoria o intermedia al Juez de Control que lo practique si lo considera admisible, citando a las partes, quienes tendrán derecho de asistir con las facultades y obligaciones previstas, procedimiento a oír y preguntar las partes al testigo como si estuviera en juicio oral y público.

Prueba Anticipada

La prueba anticipada es una figura nueva del Código Orgánico Procesal Penal, el cual, en su artículo 307, expresa que:

Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, inspección o experticia, que por su naturaleza y características deben ser considerados como actos definitivos e irreproducibles o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerse durante el juicio, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir al Juez de Control que lo realice. Si el obstáculo no existiera para la fecha del debate, la persona deberá concurrir a prestar su declaración.

El Juez practicará el acto si lo considera admisible, citando a todas las partes, quien tendrá derecho de asistir con las

facultades y obligaciones previstas en este Código.

Actuaciones sobre las que versa la Prueba Anticipada:

- 1.- Los reconocimientos
- 2.- Inspecciones o experticias
- 3.- Declaraciones

Con respecto a la declaración del testigo, la prueba anticipada se lleva a cabo con el objeto de prevenir la pérdida del testimonio del sujeto que ha presenciado el hecho sujeto a investigación.

Las partes pueden pedirle al Juez de Control que ordene la Prueba anticipada, al igual que el Fiscal del Ministerio Público. Con respecto al obstáculo que produjo la orden de la realización de la Prueba anticipada, si éste no existiere para la fecha del debate, el testigo deberá rendir su declaración.

Para la realización de la Prueba anticipada, el Juez deberá considerarla admisible; si la declara inadmisible será imposible su realización. El objetivo que perseguía el Legislador al introducir en el Código Orgánico Procesal Penal la figura de la Prueba anticipada en relación a los testigos, no era otro que el presentar todos aquellos elementos que sean importantes para la resolución o esclarecimiento de la verdad del hecho punible.

Deber de Declarar

De conformidad con el artículo 222 del Código Orgánico Procesal Penal (2001), todo habitante del país o persona que se halle en él, 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 sus declaraciones, observando los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República, que establezcan excepciones a esta regla.

Esta obligación implica:

a) Deber de comparecer, para lo cual se cita previamente al testigo, por escrito o personalmente, para que concurra al tribunal. Si el testigo no se presenta a la primera citación, se le hará comparecer por medio de la fuerza pública. (Encabezamiento Artículo 226 Código Orgánico Procesal Penal).

Pero existen excepciones al deber de comparecer. Por diversos motivos contemplados por el legislador, el testigo queda autorizado para no comparecer al despacho del juez, pero no eximido de la obligación de rendir testimonio. Esos motivos son: por razón de altas dignidades de que están investidas algunas personas, podrán pedir que la declaración se efectúe en el lugar donde cumplen sus funciones o en su domicilio, para lo cual propondrán, oportunamente, la fecha y el lugar correspondiente. (Artículo 223 Código Orgánico Procesal Penal); por impedimento físico, el tribunal se trasladará al lugar en el que se halle el testigo para tomarle su declaración (Artículo 229 Código Orgánico Procesal Penal).

b) Deber de prestar juramento: El declarante, antes de rendir su versión, debe prestar juramento de decir la verdad. Este juramento generalmente se hace sin referencias a religiones, para evitar con ello inconvenientes con el testigo.

c) Deber de declarar: El deponente no sólo debe comparecer a la cita que le haga el funcionario, sino que está obligado a rendir la declaración que se le solicita (Primer párrafo, Artículo 222, Código Orgánico Procesal Penal).

d) Deber de decir la verdad: No es sólo una obligación social del testigo decir la verdad, sino también un deber legal. Por eso se le conmina, bajo la gravedad del juramento, antes de declarar, a que diga toda la verdad sobre los generales de ley y sobre lo que sepa en relación con lo que se investiga.

Excepciones, Excusas y Negativa al Deber de Declarar

Si bien es cierto que el testigo, en principio, está obligado a prestar su declaración cuando sea llamado por la justicia, este deber tiene sus excepciones y exenciones:

1.- Excepción: Oposición del demandado frente a la demanda, es la

contrapartida de la acción; en sentido restringido, constituye la oposición que, sin negar el fundamento de la demanda, trata de impedir la prosecución del juicio.

En el artículo 223 del Código Orgánico Procesal Penal, encontramos las personas que están exceptuadas de este deber, es decir, que quieran prestarse a declarar, pero que podrán pedir que la declaración se efectúe en el lugar donde cumplen sus funciones o en su domicilio, para lo cual propondrán oportunamente la fecha y el lugar correspondiente. Estas personas son:

- a) El Presidente de la República
- b) Los Ministros de Despacho
- c) Los Senadores y Diputados
- d) Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de la Judicatura, el Fiscal General, el Contralor General, y el Procurador General de la República
- e) Los Gobernadores, Secretarios Generales de los Estados y del Distrito Federal y los Diputados de las Asambleas Legislativas de los Estados durante el lapso de su inmunidad
- f) Los Oficiales Generales y superiores de las Fuerzas Armadas con mando de tropas
- g) Los Arzobispos y Obispos Diocesanos de la República residenciados en ella
- h) Los Miembros del Cuerpo Diplomático acreditados en la República.

2.- **Exención:** Privilegio que exime a la persona de una obligación. El artículo 224 del Código Orgánico Procesal Penal, define cuáles son las personas que no están obligadas a declarar, o sea, la exención de declarar:

a) El cónyuge o la persona con que haga vida marital el imputado, sus ascendientes y descendientes y demás parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, sus padres adoptantes y su hijo adoptivo.

b) Los ministros de cualquier culto respecto a las noticias que se le hubieran revelado en el ejercicio de las funciones propias de su ministerio.

c) Los abogados respecto de las instrucciones y explicaciones que reciban de

sus clientes.

d) Los médicos cirujanos, farmacéuticos, enfermeras, pasantes de medicina y demás profesionales de la salud.

En cuanto a la negativa a declarar, la ley adjetiva penal determina, en el Artículo 226 del Código Orgánico Procesal Penal, que:

Si el testigo no se presenta a la primera citación, se le hará comparecer por medio de la fuerza pública. Si después de comparecer se niega a declarar sin derecho a hacerlo, se comunicará ese hecho al Ministerio Público para que proceda a realizar la investigación.

Puede observarse en este artículo, a criterio de la autora, una reafirmación del criterio de obligatoriedad de la declaración del testigo, pues su incomparecencia injustificada supone la inmediata consecuencia de ser traído por la fuerza pública al debate.

Pero esta comparecencia forzosa se ve supeditada en la realidad, al acuerdo entre juez y partes: si la parte promovente considera que su testigo es esencial para probar los alegatos de sus promoventes y no comparece, se procede a traerlo en la forma indicada por el artículo en comento, pero, si la parte considera que no es relevante, simplemente se prescinde de él y se desecha.

Situación distinta se presenta cuando el experto o testigo, oportunamente citado, no ha comparecido. El Juez Presidente ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien le propuso que colabore con la diligencia, a fin de hacerlo comparecer y cumplir con la obligación del artículo 222 del Código Orgánico Procesal Penal.

Se podrá suspender el juicio por esta causa una sola vez conforme a lo previsto para las suspensiones y si el testigo no concurre al segundo llamado o no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará prescindiéndose de esa prueba (Artículo 357, Código Orgánico Procesal Penal).

Requisitos de la Prueba de Testigo

Para que un testimonio goce de credibilidad y sea eficaz, debe, a criterio de Ruiz (1986), cumplir con una serie de requisitos que le den ese carácter de prueba fundamental dentro del nuevo proceso penal y son los siguientes:

a) Judicialidad: En todas las diligencias judiciales, es obligatoria la presencia o dirección del juez o funcionario que la suscriba. Pero esto no quiere decir que el procesado, su defensor, el apoderado de la parte civil y las demás personas que tengan derecho de intervenir en el proceso, no puedan hacer a los testigos, cuando declaren, todas las preguntas y contra interrogatorios que quieran, para establecer mejor los hechos.

La declaración extrajudicial (la hecha ante autoridad o persona distinta de las acabadas de indicar), debe allegarse judicialmente al proceso. Si así no se hace, no conserva carácter de testimonio en el proceso penal si el declarante no llega a confirmarla oralmente; asume la naturaleza de documento y se le trata y valora como prueba documental.

b) Bajo Juramento: el testigo está obligado a prestar juramento. El juramento consiste en que el testigo diga la verdad con base en la religión que profesa o, en su defecto, por su propio honor o por otro valor que él le atribuya, con la única excepción del menor de quince años, pues, según el artículo 228 del Código Orgánico Procesal Penal, declaran sin juramento.

c) Oralidad y Publicidad: Ya que se realiza directamente en el juicio oral ante el juez del juicio y en forma pública.

d) Inmediata: Esto quiere decir que el testimonio debe provenir de percepciones sensoriales recibidas directamente por el testigo y no adquiridas por referencias de otras personas.

e) Objetiva: El testigo debe referirse a los hechos de que ha tenido conocimiento, sin perjuicio de que pueda hacer juicios lógicos para relatar o explicar lo ocurrido; lo que se le prohíbe al testigo es emitir juicio de valoración.

f) Retrospectiva: Esto significa que el testigo declara sobre hechos que ocurrieron y no sobre circunstancias que él conoce con posterioridad a esos hechos.

Es criterio de la autora que, para que una persona efectivamente sea considerada como testigo y su declaración o deposición sea tomada en cuenta íntegramente a la hora del dictamen final, no sólo debe cumplir con los requisitos arriba señalados, sino que, como complemento, debe demostrarlos y exteriorizarlos; esto es, convencer al jurado, escabinos o jueces que lo depuesto en el juicio es real, conocido por él, recordado tal como sucedió, presenciado por él y no una simple lección bien aprendida para favorecer a la parte que lo ofreció como prueba.

Clases de Testigos

El Código Orgánico Procesal Penal no hace una clasificación de los testigos, pero, en atención al carácter de sus declaraciones, los pueden clasificarse en:

1.- **Testigos Presenciales:** son aquellos que declaran sobre percepciones sensoriales (vista) que adquirieron frente al hecho que describen y son específicamente los testigos de visión, es decir, lo que vieron por estar presente en el lugar del suceso.

2.- **Testigos No Presenciales:** son aquellos que obtuvieron sus percepciones sensoriales en forma indirecta en relación con el hecho, pues, aunque no vieron el suceso, adquirieron conocimiento de él por estar cerca del lugar en que se realizó o también en él pero no pudieron presenciar, como quienes oyeron los disparos que ocasionaron la muerte o lesiones, quienes vieron huir al delincuente con el revólver o arma en la mano, etc.

3.- **Testigo Único:** es aquel que solamente él ha presenciado el hecho punible.

4.- **Testigos Plurales:** son los que han percibido las mismas impresiones sensoriales y declaran sobre el mismo hecho, aunque sus deposiciones no coincidan en algunos puntos. Entre éstos están los testigos contestes y los testigos no contestes; es decir, los que declaran en forma idéntica y los que lo hacen con derivaciones o variantes.

5.- **Testigos Referenciales:** son aquellos que no han adquirido un conocimiento de los hechos, por haber recibido de ellos impresiones sensoriales en

forma directa, sino a través de otras personas.

6.- **Testigos de Fe o Fidefacientes o Fedatarios:** son aquellos que se limitan a dar fe en materia de reconocimiento de alguna persona, cosa o lugar.

7.- **Testigos Instrumentales:** no es frecuente en el proceso penal. Éstos son quienes firmaban determinadas actuaciones, como era en algunos casos las actas que debía levantar el instructor; por ejemplo, cuando se realizaban visitas domiciliadas, debían firmar el acta que levantaba el juez, los testigos que concurrieron a la visita, estos son verdaderos testigos instrumentales.

Testigo Referencial

Desde el punto de vista probatorio, el testimonio es la declaración jurada de persona extraña a los hechos objeto del proceso, pero que depone sobre ellos cuando han caído bajo la acción de sus sentidos, cuando han sido objeto de su inmediata percepción. En este supuesto, el conocimiento surge del declarante mismo. El testimonio de éste es el que se acaba de analizar (testimonio en sentido estricto).

Pero existe otra clase de testimonio. En este sentido, refiere Mesa (1982), que no se refiere ya a lo que ha aprendido por su propia percepción el declarante, sino a lo que ha aprendido por lo que otros le refieren.

Es esta clase de testimonio, el testigo también informa lo que sabe de los hechos que interesan al proceso, pero sólo que sabe de ellos por la declaración que ha hecho otra persona, quien, a su vez, puede haber percibido directamente los hechos o saber de ellos por datos suministrados por tercera persona.

Pero en uno u otro caso, lo que el testigo dice haber oído narrar a un tercero acerca de los hechos, debe relacionarse con el delito del tercero y, en caso de contradicción de los testigos, sometérselos a careo. Si la persona mencionada por el testigo de oídas confirma lo que informa éste, el testimonio de oídas se refuerza en su verdad formal.

De todos modos, el testimonio de oídas no puede tener el mismo valor

probatorio que tenga el testimonio en sentido estricto y menos puede tener el mismo valor si el testigo de oídas recibió la información, no ya de la persona que percibió directamente los hechos, sino de un tercero que informa datos que a su vez le suministró otra persona.

Es natural que el testigo de oídas deba expresar la fuente de conocimiento de lo que informa; la persona cierta y determinada que le suministró el dato o de quien oyó la versión. Esto con el fin de no confundir tal clase de información con la que es producto de personas indeterminadas, de la voz pública o del rumor público, en donde las sospechas, conjeturas y decires, agigantándose a medida que circulan, se engarzan en forma de nudo unas con otras y terminan por asfixiar la verdad y la inocencia.

Es criterio de la autora, que este tipo de testimonio debe ser tomado en cuenta con mucho cuidado, pues este testigo, generalmente tiene una percepción indirecta del hecho, recibéndola por intermedio de otra persona que, al transmitirle el conocimiento sobre lo sucedido, agregará o quitará, consciente o inconscientemente, algún detalle a la narración, lo que produce distorsión al momento de llegar esa deposición al juez, siendo ésta con toda seguridad distinta a la versión original que obtuvo el testigo presencial al momento inmediato del conocimiento directo de los hechos, lo cual necesariamente viciará la sentencia por no basarse en los hechos verdaderos.

Testigo y Experto. Diferencias

Éste es un punto que ha resultado contradictorio y de constantes discusiones entre la Doctrina. Tomando como punto de referencia el Código de Procedimiento Civil, se tratará en las próximas líneas de establecer el momento en el cual el testigo adquiere dicha calidad, dentro del proceso.

Se ha conceptualizado al testigo como la persona que presencia los hechos o da testimonio de ellos. Pero dicha definición no basta para acreditar a esa persona como testigo, pues puede suceder que, aunque presencie los hechos, no sea

llamado a declarar o nunca se encuentre a los efectos de ser llevados a juicio para que realice su deposición.

Antes de establecer las diferencias entre ambos, se debe empezar por definir ambas figuras:

1.- **Testigo:** Como se dijo en puntos anteriores, es aquella persona que tiene conocimiento de algún hecho o circunstancia, bien sea porque lo presenció o porque tuvo conocimiento de él por terceras personas que sí lo presenciaron.

2.- **Perito:** Es aquella persona que tiene conocimiento en alguna rama de la ciencia o en alguna labor específica, que lo convierte en autoridad en la materia, el cual se encargará de analizar situaciones presentadas para su estudio, emitiendo un dictamen pericial al respecto. Tal sería el caso, en materia penal, del anatomopatólogo, del experto en balística, del experto en grafotécnica, etc.

Una vez conceptualizada cada figura, puede concluirse, tomando como referencia lo expresado por Maldonado (1989), que las diferencias principales entre ambas figuras son:

1.- El testigo trae al proceso su apreciación personal de los hechos, mientras que el perito trae sus conocimientos técnicos con el fin de evaluar ese hecho que se le presenta.

2.- El testigo referencial puede ser de escaso valor, mientras que el perito, aún cuando no presencia el hecho, es de gran importancia, pues mientras menos involucrado esté en el hecho objeto de estudio, más imparcial se supone su dictamen pericial.

3.- Por el sólo hecho de su conocimiento de las circunstancias traídas a juicio, el testigo se hace irremplazable, pues su participación en el proceso se determina por ese conocer de los hechos, mientras que el perito, aunque es indispensable, puede ser reemplazado por el Juez, pues lo que importa de él son sus conocimientos en la materia en la cual se especializa y no en los hechos debatidos.

4.- La deposición del testigo versa sobre hechos pasados o presentes relacionados con el caso a debatir en juicio, mientras que el perito se puede referir no

solo a hechos pasados o presentes, sino que puede pronunciarse además sobre hechos futuros, emitiendo diagnósticos o predicciones sobre el desenvolvimiento de las personas o de los acontecimientos.

5.- Actualmente, aquél miembro de un organismo de investigaciones penales (Policía, CICPC, Guardia Nacional, etc.), que de una u otra forma tuvieron conocimiento del hecho, bien sea porque dieron captura al autor o bien porque se hicieron presentes en el lugar de los hechos momentos después de cometido el crimen o cuando éste se realizaba, pasa a ser un testigo calificado, es decir, si bien no tiene conocimiento directo de los hechos, por su carácter de funcionario público, tuvo algún grado de conocimiento a la hora de aprehender al sujeto o recabar evidencias en el sitio del suceso, por lo que, sin ser experto, representa un testimonio de gran ayuda dentro del desarrollo del debate oral y público.

El Testigo en el Juicio Oral y Público

Recepción de la Prueba

Después de la declaración del imputado, el Juez Presidente procederá a recibir la prueba en el orden indicado en los artículos siguientes, salvo que considere necesario alterarlo (Artículo 353, Código Orgánico Procesal Penal). A su vez, el Artículo 354 señala:

Los expertos responderán directamente a las preguntas que le formulen las partes y el tribunal. Si resulta conveniente, el tribunal podrá disponer que los expertos presencien los actos del debate. Podrán consultar notas y dictámenes sin que pueda reemplazarse la declaración por su lectura. Esta disposición es aplicable, en lo pertinente, a los intérpretes.

La prueba de expertos o peritos en el juicio oral, tiene varias funciones: una, consiste en advenir los informes de las experticias practicadas en la fase investigativa, mediante el interrogatorio directo de los expertos que rindieron tales informes, a fin de que las partes puedan comprobar, desde su solvencia técnica como tales peritos,

hasta la eficacia de sus métodos.

Otra función de la prueba pericial en el juicio oral, es la confrontación de los resultados de las experticias de la fase preparatoria, con el testimonio de otros expertos, lo cual es perfectamente posible dada la libertad probatoria y el carácter contradictorio del juicio oral.

El testimonio de los peritos o expertos sigue las mismas reglas de los testigos, con la salvedad de que el testimonio del perito debe ajustarse estrictamente al campo de su capacidad. El Artículo 355 del Código Orgánico Procesal Penal, señala:

El Juez Presidente procederá a llamar a los testigos, uno a uno; comenzará por los que haya ofrecido el Ministerio Público, continuará por los propuestos por el querellante y concluirá con los del acusado. El Juez Presidente podrá alterar este orden cuando así lo considere conveniente, para el mejor esclarecimiento de los hechos.

Antes de declarar los testigos, no podrán comunicarse entre sí, ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurra en el debate. Después de hacerlo, el Juez Presidente dispondrá si continúan en la antesala o se retiran.

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

Escuchando el testimonio de los acusados, si se prestaren a ello, o no habiéndolo hecho, la inmensa mayoría de las legislaciones o usos consuetudinarios establecen que se deben escuchar a los testigos, aun cuando hay legislaciones que equiparán el testimonio de los peritos al de los testigos y, por tanto, se les puede situar en cualquier orden.

El Código Orgánico Procesal Penal, prefiere el examen de los peritos o expertos antes que el de los testigos, ya que los primeros son los técnicos en la materia a debatir, mientras que los segundos, a su modo, ratificarán o confirmarán las

posibles coartadas que se generen a partir de los expertos.

Los testigos pueden venir al juicio por dos vías distintas, ya que hay ordenamientos procesales que establecen que cada parte debe encargarse de traer al debate a los testigos y peritos que interese promover, pero hay otras legislaciones que determinan que las partes deben entregar al tribunal, junto con sus escritos de calificación y descargos, en la fase intermedia el listado de sus testigos y peritos, a fin de que puedan ser conocidos con antelación por las partes contrarias y evaluados en su pertinencia, el que se encargará de citarlos oficialmente para que asistan al juicio oral.

Una vez que el testigo es llamado a declarar, el que presida la sesión deberá interrogarlo acerca de las generales de Ley, para comprobar que se trata de la misma persona que ha sido propuesta o promovida. Tomará el juramento de rigor y a continuación, el Presidente suele imponer al testigo de la obligación de decir la verdad en sus deposiciones, so pena de incurrir en delito. Después, se le concederá la palabra a las partes para preguntas y repreguntas, comenzando por aquel que haya propuesto al testigo.

El orden de declaración de los testigos es siempre el siguiente: primero, declaran los testigos de cargo, es decir, los de la acusación y luego los de descargo, o sea, los de la defensa.

En algunos ordenamientos procesales se autoriza a quien preside las audiencias a preguntar primero, antes que las partes, al testigo e incluso a conminarle a expresar libremente y de inicio lo que sabe de los hechos debatidos. Es mucho mejor que cada parte se encargue de interrogar a su testigo y la parte contraria de preguntarlo, de manera precisa y certera, sobre los puntos concretos del debate.

Las preguntas a los testigos deben ser directas y concretas y estar estrictamente referidas a los puntos del debate, siempre dentro del campo concreto sobre el que puede ser eficaz el testimonio y nunca se debe solicitar del testigo juicios de valor o elementos referenciales sobre otros medios de prueba. Tampoco deben hacerse al testigo preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Bocaranda (1999),

señala:

Sugestivas: El concepto de pregunta sugestiva ya era conocido como tal, en tiempo de los Romanos. Devis Echandia cita un reescrito de Trajano, del año 117, que prohibía este tipo de pregunta: todo el que dirija un pleito debe preguntar especialmente si Lucio Ticio cometió homicidio, sino genéricamente quien lo cometió.

Capciosas: La pregunta es capciosa cuando, bajo la capa de palabras, esconde ciertos ardidés para engañar o confundir al testigo.

Impertinentes: Son preguntas impertinentes las que no guardan relación con los hechos debatidos a través del testimonio específicamente propuesto, es pertinente la pregunta que el interrogador formula al testigo de la parte contraria respecto de sus antecedentes, honestidad, veracidad, etc., para demostrar que no es digno de credibilidad.

Es sugerente la pregunta que lleva implícita la respuesta. Igualmente, una pregunta es impertinente cuando nada tiene que ver con lo que se discute, como sería una pregunta del fiscal, dirigida a un acusado de malversación (pp.121, 124, 133, 138).

Estas situaciones irregulares que se han señalado en torno a los interrogatorios de los testigos, evidencian la intención de quien formula tales preguntas, de obtener ventajas ilegítimas mediante la manipulación de los testigos que, sorprendidos en su buena fe, pueden emitir respuestas que favorezcan la postura procesal del interrogador. Es en estos casos, donde la parte contraria tiene derecho a interrumpir al preguntante para, dirigiéndose al Presidente, formular su objeción o protesta.

En este estado, el Presidente (aun cuando sea un tribunal colegiado y por razones de estricta economía de tiempo), debe resolver de inmediato sobre la

pertinencia de la objeción o no. En estos casos es donde se demuestra la vivacidad y reflejos de los buenos juristas, pues la objeción no debe esperar a que la respuesta comience a producirse, sino que se debe hacer notar la intención capciosa tan pronto el preguntante articule las primeras palabras.

Durante la prueba de testigos y cuando el tribunal lo considera 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.

Deberes Inherentes a los Testigos

1.- **Deber de Concurrir y Prestar Declaración:** Todo habitante del país o persona que se halle en él, 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 por la República, que establezcan excepciones a esta regla (Artículo 222 del Código Orgánico Procesal Penal).

Por su importancia como medio de conocimiento del hecho justiciable penal, el testimonio, tiene que ser obligatorio y de ahí que la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos penales del mundo establezcan el deber de testificar y sancionen su omisión con penas más o menos severas, excusando sólo de este deber a los ciudadanos en situaciones donde pueda verse comprometida una parte muy íntima de su esfera personal, familiar o profesional, como es el caso de la excusa de testificar contra familiares cercanos o sobre secretos obtenidos por razones profesionales (como secreto de confesión respecto a los sacerdotes, la protección de la fuente de información por los periodistas, del secreto confiado al abogado defensor o al médico tratante). La importancia política 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.

En el presente artículo, 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. Las normas de Derecho Internacional a que hace referencia el aparte de este artículo, son la Convención de Viena, sobre Relaciones Diplomáticas y la convención de Viena sobre Relaciones Consulares, ambas ratificadas por la República de Venezuela. También es necesario tomar en cuenta la Ley de Privilegios e Inmunidades Diplomáticas de 1943, vigente aún.

En esta norma están reflejadas las formas clásicas de profesionales dispensados de la obligación de denunciar y, por consiguiente, de declarar como testigos en estos mismos casos, con la excepción de la referida a los periodistas y sus fuentes informativas, ya consagrada en la Ley del Ejercicio del periodismo.

La dispensa de los profesionales de la salud, consagrada en el ordinal 4º, se refiere al respecto debido por éstos a sus pacientes habituales y está referido más que todo a psiquiatras y psicólogos, debiendo los jueces valorar casuísticamente otros casos.

- **Ayuda:** Si el testigo reside en un lugar lejano a la sede del tribunal y carece de medios económicos para trasladarse, se dispondrá lo necesario para asegurar la comparecencia (Artículo 225 Código Orgánico Procesal Penal).

- **Identificación:** Luego que los testigos hayan prestado juramento, se les interrogará sobre su nombre, apellido, edad, estado civil, vecindad, profesión u oficio y de sus relaciones de parentesco con el imputado y se les examinará respecto del hecho investigado.

- **Menor de Quince Años:** Los menores de quince años, declaran sin juramento.

- **Impedimento Físico:** Si se acredita que un testigo tiene impedimento físico para comparecer, el tribunal se trasladará al lugar en el que se halle el testigo para tomarle su declaración. Esta circunstancia se hará constar en acta.

2.- Incomparecencia: Cuando el experto o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, el Juez Presidente ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia.

Se podrá suspender el juicio por esta causa una sola vez conforme lo previsto para las suspensiones y si el testigo no concurre al segundo llamado o no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará prescindiéndose de esa prueba.

Examinados los expertos y testigos, se suele pasar a las consideraciones de las partes acerca de la prueba material y documental existente, como a la lectura de los resultados de la prueba anticipada si la hubiere, tras lo cual, en algunas legislaciones es costumbre autorizar el examen de testigos y documentos no propuestos originalmente por las partes, siempre a consideración del tribunal.

Es en este estado donde el tribunal puede preguntar a las partes si renuncian a los testigos incomparecientes, de aquellos originalmente promovidos a los que las partes podrán decir que sí o que, por el contrario, lo renuncian. Si alguna de las partes considera necesario el testimonio de un incompareciente y el tribunal así lo acuerda, se suspenderá el juicio para citar nuevamente o hacer comparecer por la fuerza pública al testigo de marras. Si el tribunal desecha el pedimento, el juicio continuará su curso.

Participación del Testigo en el Desarrollo del Juicio

El testigo en el desarrollo del Juicio participa en:

1.- **Reconocimiento:** Acción y efecto de reconocer o reconocerse.

El Código Orgánico Procesal Penal establece, en su Artículo 230, que:

Quando el Ministerio Público estime necesario el reconocimiento del Imputado, pedirá al Juez la práctica de ésta diligencia. En tal caso, se solicitará previamente al testigo que haya de efectuar la descripción del imputado y de sus rasgos más característicos, a objeto de establecer si

efectivamente lo conoce o lo ha visto anteriormente, cuidando de que no reciba indicación alguna que le permita deducir cuál es la persona a reconocer.

Esta diligencia del reconocimiento, se utiliza en la práctica poniendo a la persona que debe ser reconocida a la vista de quien haya de reconocerla, acompañada de por lo menos otras tres de aspecto exterior parecido. Este reconocimiento se practica previo juramento o promesa y la persona indicará si el que se va a reconocer se encuentra en la rueda o grupo puestos a su vista y si el señalado está en sus declaraciones y en caso afirmativo señalará cuál de ellas es.

- **Pluralidad de Reconocimientos:** Cuando se trate de varios reconocedores de una persona, esta diligencia se practicará separadamente con cada uno de ellos, sin que puedan comunicarse entre sí hasta que se haya efectuado el último de los reconocimientos; igualmente, cuando sean varios los que vayan a ser reconocidos deberá practicarse por separado respecto de cada uno de ellos. Cuando se trate de objetos, éstos serán exhibidos a quien haya de reconocerlos.

- **Otros Reconocimientos:** Cuando se trate de voces, sonidos y cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial, se realizarán de acuerdo a las disposiciones previstas para el reconocimiento de personas y se hará constar en acta y la autoridad podrá disponer que se documente mediante pruebas fotográficas, videográficas u otros instrumentos o procedimientos.

2. **Careo:** Acción de carear.

- **Carear:** Confrontar, poner en presencia dos personas para comparar sus afirmaciones. El Artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal nos habla del Careo, nos dice que podrá ordenarse el careo de personas que hayan discrepado sobre hechos o circunstancias importantes en sus declaraciones, aplicándose las reglas del testimonio, que son:

- a) El modo como ha percibido el acontecimiento
- b) El modo como lo ha conservado en la memoria
- c) El modo como es capaz de evocarlos

- d) El modo como quiere expresarlo
- e) El modo como puede expresarlo.

3.- **Declaración:** Acción de declarar o declararse. Explicación o manifestación de algo, disposición del reo o de un testigo o perito. Específicamente refiriéndonos al caso que nos ocupa, como es la Declaración de testigos, es la manifestación de éste o del reo ante el juez de lo que sabe acerca de lo que se le pregunta o expone; en el desarrollo del debate los testigos son llamados por el Juez presidente uno a uno, comenzará por los que haya ofrecido el Ministerio Público y luego por los que haya propuesto el querellante y concluirá con los del acusado; este orden puede ser alterado por el Juez Presidente si lo considera conveniente, para esclarecer mejor los hechos.

Los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni con otras personas, ni ver, ni oír o ser informados de lo que ocurra en el debate antes de declarar; sin embargo, el incumplimiento de esta incomunicación no impedirá que el testigo declare, pero el Tribunal apreciará esta circunstancia al valorar la prueba.

El testigo prestará declaración bajo juramento; el Juez Presidente le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba, después de concluir con el relato, dará lugar al interrogatorio, pudiendo ser interrogado primero por quien lo propuso, continuando las otras partes en el orden que el Juez Presidente considere conveniente y procuraran que la defensa interroge de último, luego el tribunal podrá interrogar al testigo.

Declaración de la Víctima en Ausencia de Testigos

- **Víctima:** Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita.

El nuevo sistema acusatorio permite que el Juez aprecie en todo su valor y como un conjunto los hechos y pruebas referidas a lo mismo, planteados en una causa penal. De allí que ya no es requisito Sine Qua Non para decretar una sentencia condenatoria contra un acusado, que el hecho tenga que haber sido presenciado por terceros, que con su testimonio ilustren y comprueben al Juez la culpabilidad del

sujeto en mención, aspecto que era mayormente ponderado en el pasado sistema inquisitivo, lo cual permitía en una gran cantidad de casos, especialmente en los delitos sexuales que los mismos quedarán impunes por falta de testimonios de terceros que, aunados al testimonio de la víctima, permitieran constituir la llamada plena prueba.

El Artículo 22 de Código Orgánico Procesal Penal, señala: "Las pruebas se apreciarán por el Tribunal según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas experiencias", con lo cual queda consagrado el principio de la Sana crítica que le permite al Juzgador ponderar, junto a otros hechos o elementos que aún en ausencia de testimonio de tercero le permitan considerar la comisión de un hecho delictivo por un sujeto, encontrándose en ese momento a solas éste con la víctima.

Interrogatorio del Testigo

Después de juramentar e interrogar al experto o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para apreciar su informe o declaración, el Juez Presidente le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba.

Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo, iniciará quien lo propuso, continuarán las otras partes, en el orden que el Juez Presidente considere conveniente y se procurará que la defensa interroge de último.

Se presenta, en este caso, a criterio de la autora, una situación de desigualdad dentro del proceso. Ateniéndose estrictamente a lo pautado por la norma, cuando la defensa propone un testigo, ésta comienza el interrogatorio, sigue el Fiscal, el querellante si lo hay y, en algunos tribunales, se le concede de nuevo la palabra a la defensa para que interroge. Esto permite una ventaja de la defensa respecto a que, si no ha formulado alguna pregunta de importancia en el primer interrogatorio y observa dudas en su testigo, pueda hacerlo en el segundo intento.

Caso totalmente distinto ocurre cuando el promovente del testigo es el Fiscal o

el querellante. En este caso, comienza el promovente su interrogatorio y la defensa interroga de último.

Es criterio de la autora que, en este caso, si bien es cierto que es principio fundamental del proceso el derecho a la defensa, se está violando otro principio no menos importante, como lo es la igualdad de las partes en el proceso. No puede pretenderse por respetar un derecho violar otro, pues si se le concede la palabra de nuevo a la defensa en la circunstancia primeramente descrita, por igualdad de tratamiento debe concedérsele al Fiscal o querellante en su caso, puesto que de lo que se trata es de la búsqueda de la verdad.

Si esta situación no se corrige, se está discriminando al representante del Estado en el proceso y al representante de la víctima, no permitiéndosele un efectivo ejercicio de sus deberes dentro del desarrollo del juicio. Caso contrario, si no se le da la segunda palabra a la defensa, no se está violando su derecho a ejercerla, puesto que él ya ha interrogado a su testigo y, en todo caso, para salvaguardar la disposición, debe entonces, de común acuerdo entre las partes, permitir la defensa que el fiscal y el querellante interroguen primeramente a su testigo, para luego ella, al final, proceder al respectivo interrogatorio. Luego, el tribunal podrá interrogar al experto o al testigo.

El Juez Presidente moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas.

Las partes podrán solicitar la revocación de las decisiones del Juez Presidente cuando limiten el interrogatorio, u objetar las preguntas que se formulen.

Los expertos y testigos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento (Artículo 356 del Código Orgánico Procesal Penal). En cuanto a los expertos y los peritos, valen los comentarios para el orden de interrogatorio hechos para los testigos, pues se presenta igual situación.

Cantidad de Testigos y Preguntas

1.- **Limitación en la Cantidad de Testigos:** Dentro de la planificación, la defensa debe contabilizar el número de testigos posible, los cuales deben ser calificados, clasificados y jerarquizados por ella, teniendo en cuenta los testigos de primera línea y los testigos de reserva.

Para proceder a dicha clasificación, debe atenderse a la cantidad y calidad de información que posee el testigo y a su capacidad para expresarla y transmitirla.

Otro punto que debe tomarse en cuenta como criterio clasificador, es el peso de la información. Debe tomarse muy en cuenta el principio de la no redundancia de testigos, ya que las declaraciones o respuestas de algunos de ellos pueden llegar a repetir lo dicho por otros, de tal forma que se produce una sobreabundancia de información, la cual termina por producir contradicción en relación con un mismo punto, conllevando ello a la incidencia negativa sobre el interés procesal promovido por la parte.

2.- **Limitación en Cuanto al Número de Preguntas:** Desde el punto de vista del interrogador y teniendo en cuenta lo hablado en el punto supra, éste debe evitar la sobreabundancia de información, es decir, debe evitar preguntas que:

- a) Hayan sido respondidas por otro testigo
- b) No repercutan en algún sentido, positivo o negativo, sobre el conocimiento de los hechos en debate.
- c) Se dirijan a probar hechos o aspectos no discutidos, o sea, los admitidos por las partes y los hechos notorios.
- d) Se refieran a hechos susceptibles de una prueba más adecuada.

En el Código Orgánico Procesal Penal, dentro del Capítulo II, Sección Segunda del desarrollo del debate, se establece, en el artículo 353 referido a la recepción de pruebas y en el 355 referido a la prueba de testigos, se determina que el Juez Presidente procederá a llamar a los testigos uno a uno, comenzando por los que haya ofrecido el Ministerio Público, continuando por los propuestos por el querellante y concluyendo con los del acusado y que él podrá alterar este orden cuando así lo

considere conveniente. Igualmente, el artículo 356 establece que el Juez Presidente moderará el interrogatorio.

De la lectura de los artículos citados, se deduce que no tiene el Código Orgánico Procesal Penal una forma que le dé facultad al Juez para limitar la cantidad de preguntas o la cantidad de testigos. Es criterio de la autora que, en la práctica, puede darse esta situación en casos muy específicos, en los que, por ejemplo, en el transcurso del debate oral, en el momento de la recepción de la prueba testimonial, pueda apreciarse claramente la sobreabundancia de información, de tal forma que el Juez pueda limitarlos.

En tal sentido, se observa que en la práctica sucedería que el Juez, en base a la facultad que tiene para dirigir el debate, puede limitar el exceso de preguntas cuando resulte más que probado el hecho que se pretende demostrar o el exceso de testigos cuando igualmente resulte en extremo probado lo que se pretende demostrar.

Ahora bien, estas situaciones arriba analizadas, pueden presentarse sólo en casos muy particulares, especialísimos, tomando en consideración la entidad del hecho o que el mismo no tenga relevancia de tipo social. En condiciones normales, lo que se persigue es no limitar preguntas ni testigos, pues lo que se busca es el esclarecimiento de la verdad de los hechos, analizando todos y cada uno de los testimonios posibles, para tomar una decisión ajustada a derecho.

En todo caso, la regla debe ser la no limitación de testigos y preguntas, porque tal situación atentaría contra principios fundamentales, como el de Contradicción, el cual está referido a la facultad que tienen los sujetos procesales de aportar uno de los aspectos que conforman el debido proceso, por lo que su limitación constituiría la nulidad del medio probatorio.

Valoración de la Prueba de Testigo

En el artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, se establece el principio de la apreciación de las pruebas que expresa textualmente: “Las pruebas se apreciarán por el tribunal según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los

conocimientos científicos y las máximas de experiencia” (p.47).

Puede observarse que esta disposición, en opinión de algunos autores combina los sistemas de valoración de la prueba de la sana crítica. Según Couture (1990), la sana crítica: “Es el sistema de valoración de la prueba que se apoya en proposiciones lógicas correctas fundadas en observaciones de experiencias confirmada por la realidad” (p.376). Esto implica necesariamente la motivación de la sentencia.

El sistema de la libre convicción, al decir de Mesa (1982), rescata en el hombre su racionalidad en la valoración de la prueba. Este principio enseña al hombre a pensar, razonar, reflexionar, deducir, discernir, imaginar, a emplear su sentido común, su experiencia, sus conocimientos científicos, su habilidad mental, la historia, la Psicología, la sociología y analizar con lógica.

El autor Echandia (1993), señala que Sana Crítica y Libre Apreciación significan lo mismo, la libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio personal del Juez, sean aplicables al caso. En este punto existe unanimidad de conceptos.

Se entiende entonces por valoración del testimonio, la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido. Se trata fundamentalmente de una actividad del Juez, porque a él corresponde decidir sobre el mérito de convicción que le merezca esta prueba. La valoración está orientada principalmente por la imparcial función pública del Juez, de encontrar la verdad en cuanto esto sea posible, para administrar justicia en el caso concreto; por esta razón, procesalmente la valoración de la prueba es exclusiva del Juez.

Dentro de la función valorativa del testimonio, el juez sigue un orden lógico y conveniente que debe ser el siguiente:

1.- **Examen de la Fuerza probatoria Formal de Testimonio:** Esto se entiende por el cumplimiento de los requisitos de forma en el ofrecimiento, admisión y recepción del testimonio. Respecto a esto, el artículo 199 del Código Orgánico Procesal Penal, dispone: "Presupuesto de la apreciación. Para que las pruebas puedan

ser apreciadas por el tribunal, su práctica debe efectuarse con estricta observancia de las disposiciones establecidas en este Código”.

2.- **Examen de la Fuerza Probatoria Material del Testimonio:** Al decir de Pérez (1968), es indispensable examinar los requisitos de fondo; éstos son de dos clases, extrínsecos: son circunstancias separadas del testimonio tales como la pertinencia de los hechos narrados, la capacidad del testigo y la ausencia de impedimentos legales e intrínsecos: porque contempla el testimonio en sí mismo, su autenticidad, su sinceridad, su veracidad.

3.- **Examen de las Condiciones Mentales, Físicas y Morales del Testigo:** Sostiene Ortega (1980), que al momento de tomar en cuenta el testimonio en material civil (lo cual, a criterio de la autora, vale igualmente en el caso del proceso penal, especialmente el actual), se deben tener en cuenta ciertos factores, tales como:

a) **Condiciones Mentales:** Debe examinarse la capacidad jurídica del testigo en el momento de declarar, si no estaba afectado por demencia o imbecilidad, la edad, si el testigo ha declarado en una situación transitoria de insanidad mental, si ha declarado bajo los efectos de drogas o de bebidas alcohólicas o en razón de un choque emocional intenso.

b) **Condiciones Físicas:** Aquí se deben tener en consideración dos aspectos: La percepción del testigo del hecho, el cual puede ser correcto o deficiente, debido a la capacidad de los órganos de los sentidos, ejemplo: la capacidad de visión del testigo para observar un hecho a determinada distancia. Y la capacidad del testigo para comunicarse al momento de ser sometido al interrogatorio; ejemplo: un sordo mudo que se comunicó a través de un intérprete para explicar sus respuestas.

c) **Condiciones Morales:** Se debe tener en consideración del testigo su conducta, su fama, sus antecedentes, su forma de vida, su oficio.

4.- **Examen de las Relaciones del Testigo con las Partes:** Este aspecto tiene que ver con el valor probatorio del testigo por razones de parentesco, amor, odio, amistad o enemistad, odios políticos o raciales y otros.

5.- **Examen de las Relaciones del Testigo con la Causa:** Se trata de

determinar si existe algún interés personal del testigo en el resultado del proceso penal.

6.- Examen de las Relaciones del Testigo con el hecho sobre el cual Declara: Es la manera como el testigo afirma que conoció el hecho: Si es presencial, por percepción, por el relato de otras personas o por rumores o por fama pública. El valor del testimonio varía en cada caso.

7.- Examen del Contenido del Testimonio: Se deben tomar en consideración diversos aspectos:

- a) Que lo expuesto por el testigo no exceda los límites del objeto de la prueba.
- b) La verosimilitud del hecho de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar expuesto por el testigo.
- c) Los hechos narrados por el testigo en relación con otros testimonios y pruebas, analizados aisladamente y en conjunto.

8.- Examen Final Global: El juez debe examinar los testimonios libres de prejuicios y debe llegar a una conclusión final después de un examen reiterado de cada uno y del conjunto de los testimonios, sin adoptar decisiones precipitadas, ni dejarse llevar por la primera impresión, ni por simpatías o antipatías o presiones extrañas.

Este examen valorativo de la prueba de testigo bajo la normativa del Código Orgánico Procesal Penal, debe hacerlo tanto el juez profesional actuando unipersonalmente, quien debe motivar y razonar los testimonios recibidos en el juicio y, asimismo, la persona que participa en el ejercicio de la administración de la justicia penal, integrando un tribunal mixto como juez escabino y un tribunal de jurados, denominándose en este caso jurado, con la diferencia que éstos valoran la prueba sin motivarla.

No es cierto que como principio se otorgue al escabino libertad para separarse de las reglas de la experiencia y de la lógica, ni para acoger una conclusión que no le parezca razonablemente convincente, pues, por el contrario, son estas exigencias obvias e implícitas para todo escabino o jurado, sea o no capaz de cumplirlas según el

grado de su cultura.

Bien refiere Richani (1998), que el no tener obligación de explicar los motivos de la decisión, no significa que ésta carezca de lógica, de apreciación razonada, de crítica imparcial y serena, desprovista de pasiones y parcialidades, ni que la ley autorice la arbitrariedad.

El legislador presume el debido cumplimiento de sus deberes por el escabino, aún cuando la falta de motivación hace imposible su sanción y control.

9.- El Testigo Necesario y sus Limitaciones: Aun cuando el testimonio constituye, en materia penal, según Quintero (1997), el modo probatorio "...más fácil y más común" (p.77), nunca serán excesivas las previsiones para evitar que erija en factor de error o en fuente de mentiras judiciales. La gravedad y peligro que implica este modo de prueba crecen de punto cuando se debe admitir que los errores de la justicia penal no siempre son hijos de mala intención o de mala voluntad.

Sostiene acertadamente Pérez (1998), que las virtudes morales del individuo y, específicamente, las del testigo, no garantizan la salud psíquica o mental de éste. La intención de decir la verdad, nada tiene que ver con la realidad de un testigo sugestionable, emotivo, miope, sordo o incapaz de distinguir colores. "Para ser buen testigo —expresa el mismo autor— no basta querer sino que es preciso saber ser" (p.156).

Las ventajas de la oralidad y de la inmediación sobre el procedimiento escrito, se manifiestan, efectivamente, en el hecho de que los actos se realizan en la presencia viva, no sólo de los jueces sino también del público. En esa atmósfera candente, ojos y oídos se centran sobre la persona del testigo y sus actitudes, sus gestos, su voz y sus reacciones, se tornan elocuentes, permitiendo posiblemente inferir veracidad o falsedad, rechazo, duda o credibilidad. En dos palabras, si un testimonio es puro o no.

Criterios para la Apreciación del Testimonio

Como de buenas a primeras no se puede captar la presunción de que el deponente está inclinado siempre a decir la verdad y que de hecho la dice, se debe

hacer un estudio racional o de sana crítica del testimonio y, en especial, de las condiciones del objeto a que se refiere el deponente, de las personales y sociales del testigo, de las circunstancias en que haya sido percibido el hecho y en que haya rendido la declaración.

Ello para saber si el testimonio que se rinde es producto de lo que el declarante vio, oyó o captó por cualquiera de sus sentidos o, mejor dicho, si produce convicción, certeza, o si por el contrario con él se ha querido engañar (mentir conscientemente) o se ha incurrido en un simple error (faltar a la verdad sin quererlo). Se analizarán brevemente estas condiciones:

a) Condiciones del objeto a que se refiere el deponente: Al respecto hay que acreditar si del sitio que dice el declarante haber captado (por cualquiera de los sentidos) el hecho o los hechos objeto de la investigación, ello era posible según la naturaleza de lo observado, de las condiciones de luminosidad existentes, del estado del tiempo y demás circunstancias ambientales en que se observó el hecho. Al efecto, puede servirse el juez del deponente, de otros testigos, de la inspección, etc.

Por eso del traslado del testigo al lugar donde se desarrollaron los hechos puede resultar definitivo en la investigación. Estando allí, en prolongación de su declaración o en la inspección que al efecto se decreta, el testigo, al evocar recuerdos o al asociar ideas, hará una descripción más fidedigna de lo sucedido, bien mediante el relato espontáneo o bien mediante el interrogatorio detallado a que lo someta el juez.

b) Condiciones personales y sociales del testigo: Estas condiciones comprenden una serie de aspectos bien distintos. Comprende, en primer lugar, las generales de ley. Se reduce a lo siguiente preguntar si el testigo conoce a los protagonistas del suceso, si tiene noticia de éste, si es allegado del ofendido o agresor, cuál es su edad, nombre, apellido, apodo, ciudadanía, oficio, qué filiación tiene por parte del padre y por parte de la madre, qué grado de educación posee, etc.

Estas preguntas son importantes para averiguar la identidad del testigo, la imparcialidad con que deponen, los intereses que pueden tener en la investigación y

que pueden hacer faltar a la verdad, las circunstancias que de alguna manera pueda afectar su credibilidad y, en general, para apreciar más sopesadamente el valor que se le debe dar a la declaración.

c) Circunstancias en que haya sido percibido el hecho: Se concretan al momento en que el testigo dice haber captado el hecho o hechos objeto de la investigación: si el declarante estaba embriagado o sobrio, enfermo o en buen estado de salud, fatigado o somnoliento, de qué se ocupaba instantes antes del suceso, si era de día o de noche, si el día o la noche eran claros u oscuros, si llovía o hacia sol, etc.

d) El testimonio de los menores de edad y el juramento: El Código Orgánico Procesal Penal, establece, en su artículo 228, que: “Los menores de quince años de edad declararán sin juramento” (p.100). Por su no juramentación, debido a su edad y condición especial, puede tenerse como un testimonio relativamente fiable, puesto que, al declarar sin ningún tipo de restricción, se pone, analógicamente, en la posición del imputado, es decir, nada lo obliga a decir la verdad, por lo que sus dichos pueden ser tomados como indicios o fundamentos de convicción, siempre que estén relacionados y concatenados con otros testimonios que se hayan presentado y que sí hayan sido evacuados bajo juramento, pues de lo contrario causaría incertidumbre por el poco grado de confiabilidad del mismo.

e) El Testimonio Puro y la Deformación del Testimonio: Según Bocaranda (1998): “Es puro el testimonio no deformado de antemano por las partes que intervienen en el proceso” (p.59).

- Deformación del Testimonio por la Parte Promovente: Supone la deformación del testimonio que puede ser resultado de una franca o tácita incitación del abogado a que el sujeto:

- a) Mienta absolutamente, por cuanto no le consten los hechos
- b) Distorsione los hechos o los desdibuje
- c) Oculte parte de la verdad
- d) Oculte la verdad totalmente para no perjudicar a alguien en especial.

Esta incitación puede haber tenido lugar en la oportunidad en que el testigo

fue preparado por la parte promovente. En este supuesto, el testigo incurriría en la perpetración del delito de falso testimonio, previsto y sancionado en el Código Penal.

Este intento de deformación puede ser frustrado por un contra-interrogatorio, que evidencia la falsedad del testigo o la distorsión de los hechos.

- **Deformación del Testimonio por la Parte Contraria:** Puede suceder que la deformación del testimonio pretenda llevarla a cabo la parte contraria, en el momento en que se efectúa el contra-interrogatorio, a través de preguntas sugestivas, capciosas o impertinentes.

Este intento de deformación puede ser evitado si el promovente del testigo pone en juego la habilidad, atento a la forma de las preguntas para objetarlas.

f) **Las Causas de la Inexactitud del Testimonio:** Es criterio de la autora el que resulta muy importante resumir en esta sección de ideas expresadas por Mira y López, en relación con las causas más corrientes de inexactitud del testimonio. Estas causas son:

- **La Tendencia Afectiva:** Inevitablemente se engendra en el sujeto frente a toda situación y le hace sentir simpatía o antipatía no sólo hacia las personas, sino hacia todo lo existente.

Agrega Mira que es casi imposible librarse de la influencia deformante que el tono afectivo ejerce en el proceso psíquico que culmina en el juicio.

- **El Hábito:** Se tiende a describir los sucesos más comunes como acostumbran a ocurrir y no como pueden haber pasado o han pasado en realidad.

- **La Sugestión:** Vendría a ser el automatismo engendrado por la presencia en las preguntas de elementos que condicionan la contestación en sentido determinado.

- **La Confusión Temporal o Transposición Cronológica:** En virtud de ésta, el sujeto cree sucedidos después de acaecidos antes (y viceversa) de la situación a testimoniar.

Es indiscutible, cómo influye sobre el testimonio la personalidad de cada testigo, en cuanto a la veracidad y a la precisión y según el grado de extroversión. Todo ello, aparte de los individuos inclinados a rendir falso testimonio, debido a una

tendencia fabulatoria irrefrenable o al predominio que en ellos tienen los procesos catatímicos y de proyección (como anota el ilustre científico), cuyas ideas debe tener presente el interrogador, a objeto de estudiar y de precisar la evaluación de sus posibles testigos (Bocaranda, 1999).

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

TIPO DE INVESTIGACIÓN

En el presente trabajo, debido al tema escogido y lo técnico del mismo, se utilizó el tipo de estudio documental, apoyado en el método bibliográfico y la técnica de las fichas.

Define la Universidad Nacional Abierta (1979), este tipo de estudio como: “...el tipo de investigación que permite obtener conocimientos a partir del análisis de datos que ya han sido recolectados o analizados en otras investigaciones y que extraemos de distintas fuentes de consulta” (p.37); reafirmando más adelante sobre el mismo que: “...constituye un procedimiento científico y sistemático de indagación, recolección, organización, interpretación y presentación de datos e información alrededor de un determinado tema, basado en una estrategia de análisis de documentos” (ibidem).

Considera la autora que es éste el método más apropiado para emprender la investigación planteada, puesto que se adapta perfectamente a ella. Por medio de la realización de este método, se puede perfectamente revisar todo el material existente respecto al tema y, como no se trata de un trabajo de campo, se amolda a satisfacción el tipo de investigación escogida.

Desde otra perspectiva, Arias (1997) define la investigación documental estableciendo que: “ Es aquella que se basa en la obtención y análisis de datos provenientes de materiales impresos u otro tipo de documentos” (p.49).

Entonces, se puede caracterizar la investigación documental de la siguiente manera: Se caracteriza por la utilización de documentos, recolecta, selecciona, analiza

y presenta resultados, utiliza los procedimientos lógicos y mentales de toda investigación, análisis, síntesis, deducción, inducción, entre otros, realiza un proceso e abstracción científica, generalizando sobre la base lo fundamental, realiza una recopilación adecuada de datos, que permiten descubrir hechos, sugerir problemas y orientar hacia fuentes de investigación y puede considerarse como parte fundamental de un proceso de investigación y puede considerarse como parte fundamental de un proceso de investigación científica, mucho mas amplia y avanzada.

La justificación de que sea una investigación eminentemente documental, obedece a dos criterios; el primero tiene relación con el fin de la investigación el cual es aportar criterios de interpretación sobre la prueba de testigos a la que se hace referencia en el capítulo anterior, y la segunda tiene que ver con la novedad de la recepción de la prueba en la audiencia del juicio oral y público.

TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Las Técnicas e instrumentos de recolección de datos son las distintas formas o maneras de cómo se obtuvo la información.

En primer lugar, se recopiló la mayor información posible sobre los antecedentes relacionados a trabajos realizados sobre este tema, procediendo luego a la recolección de información sobre los antecedentes del Testimonio en general, hasta llegar a la época actual.

Una vez que se recopiló tal información, se procedió a realizar un esquema de trabajo, en el cual se plasmó el objetivo principal y se delimitó el tema a tratar, para luego pasar al acopio de la información necesaria, consistente en la selección del repertorio bibliográfico y otras fuentes de consulta, para la posterior lectura del material y elaboración de las fichas correspondientes.

Para la revisión de la literatura, según lo expresa Becerra (1997), debemos tener en cuenta que constituye:

...la base teórico-conceptual del estudio: En consecuencia, debe incluir la(s) teoría(s) en que se basa la investigación y un

análisis de los estudios más relevantes en el área. Finaliza con la formulación del sistema de hipótesis o preguntas de investigación con el sistema de variables, si fuere necesario (p.32).

Una vez recopilada esta información de distintas fuentes, la autora indagó en las fuentes bibliográficas de donde se recabó la información necesaria para la elaboración de la presente investigación, tanto a nivel nacional como internacional. Se debe también tener en cuenta que dicha revisión o selección de la bibliografía se realiza en dos fases, según Becerra (1997):

Una de tipo general que tiene por objeto ubicar al investigador en el contexto del tema...

Otra de tipo específico, que tiene por finalidad analizar los antecedentes del tema, lo cual permite saber: Qué se ha hecho... Cuándo se hizo... Dónde se hizo... (p.33).

Se organizó el material, escogiendo aquél más idóneo para adaptarlo a términos que puedan ser entendidos por cualquier lector, sin tergiversar el sentido esencial de los fundamentos teóricos del Testimonio; es decir, se utilizó el criterio para la selección del repertorio bibliográfico consistente en la pertinencia al tema, que se refiere, según la Universidad Nacional Abierta (1979) a que:

...en todo momento se deben recabar aquellos datos relacionados de manera directa con el tema que estamos investigando y que, además, sean importantes y valiosos, lo que contribuirá a enriquecer nuestro trabajo y otorgarle un soporte valedero al mismo (p.104).

Una vez que se analizó y clasificó el material bibliográfico disponible, se procedió a elaborar las fichas correspondientes para seleccionar y analizar así el material que, en definitiva, pasaría a ser el soporte de la investigación. La Universidad Nacional Abierta (1979), define la ficha como:

...un instrumento destinado al registro escrito de los datos que

se obtienen de las distintas fuentes de información... Las fichas facilitan la sistematización bibliográfica. Permiten la reunión y selección de los datos, el ordenamiento y clasificación de las ideas adquiridas y la organización de un fichero de trabajo como fuente permanente de información (p.125).

Para el tipo de investigación emprendido, se utilizó fundamentalmente la ficha bibliográfica, definida por la Universidad Nacional Abierta (1979), como aquellas en que: "...se registran los datos de referencia de una obra determinada. Su propósito es servir de fuente permanente de referencia para... la compilación de la bibliografía..." (pp.128-129) y la ficha de contenido que: "...permiten al investigador la recolección de los datos producto del análisis de las obras consultadas y seleccionadas como soporte de la investigación" (p.128).

Luego de la selección de la bibliografía, de la elaboración de las fichas y del análisis del material recolectado, la autora procedió a construir el marco teórico, delimitándolo dentro del campo de la Prueba Testimonial, tomándola como prueba dentro del nuevo proceso penal venezolano.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

El testimonio, como medio de prueba, siempre ha presentado controversias a lo largo de su desarrollo y utilización dentro de los diferentes procesos a nivel mundial. Se ha tratado de disminuirlo en ocasiones y en otras ensalzarlo, por lo que, con la implantación del nuevo sistema procesal penal venezolano, surge de nuevo la incertidumbre de su conveniencia o no dentro del nuevo sistema procesal penal. En este sentido, una vez realizada la investigación, la autora ha podido llegar a las siguientes conclusiones:

- 1.- El testigo, como medio de prueba dentro del nuevo proceso penal, adquiere

una relevancia inusitada, toda vez que su relato ahora no va a ser tipeado o inventado por los órganos sustanciadores, sino que debe ser expuesto públicamente.

2.- Evidentemente que el testimonio es la prueba que tiene más fuentes de error. Basta observar en cualquiera, mecanismos y particularidades de la impresión sensorial de los hechos; es la primera prueba que aparece, va evolucionando para luego aparecer el testimonio como medio probatorio.

Así se tiene que el objetivo de la prueba del testimonio son los hechos y éstos tienen mucha importancia, porque, conociendo que los objetos de la prueba son los hechos, personas, cosas, lugares y documentos, se están excluyendo las reglas de la experiencia y del derecho.

3.- El ofrecimiento de esta prueba se hace en la audiencia preliminar, mientras que en la etapa del juicio, el artículo 345 del Código Orgánico Procesal Penal, faculta para promover nuevas pruebas, que vendrían a ser aquellas de las que se han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia preliminar o retirar las promovidas inadmisibles.

4.- La prueba testimonial debe reunir ciertos requisitos, a saber: ser judicial, bajo juramento, oral, pública, objetiva, retrospectiva, existiendo testigos presenciales, no presenciales, únicos, plurales, contestes y no contestes. Así como el deber de declarar, la excepción y la exención.

5.- Es importante tener en cuenta que en el desarrollo del juicio el testigo participa, en la declaración, el reconocimiento, el careo, negativa a declarar y en la incomparecencia.

6.- Surge, de manera especial, la necesidad de preparación de los testigos en parte de sus promoventes, no solo en lo referente a las respuestas que deban dar, sino en el sentido de que deben y están obligados a deponer sólo la verdad y nada más que la verdad, pues resulta altamente riesgoso un falso testimonio en el juicio, no sólo por el delito en audiencia que se estaría desarrollando, sino por la credibilidad en estas nuevas instituciones que pretenden dar un paso agigantado y tratar de ponerlos un poco al día en lo que a materia penal se refiere.

Se han esgrimido las mejores armas para herir de muerte, sin ninguna clase de contemplaciones, al medio de prueba denominado Testimonio. Es cierto, que no es el mejor medio probatorio existente en las legislaciones de todo el mundo, pero, sin embargo, todos los procesos se alimentan y superviven de él. Era raro encontrar, en los expedientes de procesos penales, todo un diligenciamiento asaz, sin la presencia altiva, majestuosa e indestructible del testimonio, como si él no fuera la columna dorsal sobre el cual se levanta el edificio de la justicia social.

El hecho real e indiscutible de que haya testigos falsos en la mayor parte de los procesos penales, no significa que esta prueba esté o se halle en desprestigio. Sólo hace falta tecnificar este medio de prueba, si se desea que haya una mejor justicia.

RECOMENDACIONES

Para una mayor efectividad en la aplicación de la prueba del testimonio, la autora hace a continuación una serie de recomendaciones:

1.- Es criterio de la autora de esta tesis que, por la enorme importancia que tiene la prueba de testigos, se les debe brindar protección a los testigos como sucede en otras legislaciones extranjeras, como en los Estados Unidos, función que es encomendada y está bajo la responsabilidad de los denominados Marchals (alguaciles), por parte del Estado venezolano, para proteger al testigo desde el momento en que presencia un hecho y se hace necesario como tal.

Si bien es cierto que el Ministerio Público tiene, entre sus deberes, el de proteger a la víctima, nada dice la legislación sobre los testigos. Siendo necesario por la importancia que reviste un testigo a un juicio, que, así como se imponen sanciones como penas más o menos severas, sería recomendable una modificación a esta ley o que se agregue una normativa al texto actual, donde se le garantice esta protección al testigo.

2.- Debe establecerse algún tipo de restricción para el testimonio de los menores, especialmente en el caso de los adolescentes (de 12 a 17 años) ya que, por

el hecho de no juramentarse para declarar, pueden tergiversar la verdad, pero por no estar bajo juramento, no puede aplicárseles la figura del falso testimonio.

3.- En relación a la situación actual de negación de los ciudadanos a prestar testimonio en juicio, debe concientizarse la importancia de ese papel dentro del proceso, pues, en la medida en que los ciudadanos ejerzan este rol, se castigarán más frecuentemente los delitos que se cometan contra la sociedad.

4.- Aún cuando el juez tiene libertad en la apreciación de las pruebas, debe establecerse, en forma clara, lo relativo al testigo que no debe recibírsele declaración, como es el caso del testigo en estado de embriaguez, ya que resulta inútil recibir su testimonio si no merece credibilidad.

5.- Debe reglamentarse mejor el orden del interrogatorio de los testigos, pues a la defensa no puede otorgársele otra oportunidad de interrogatorio, pues esto va en detrimento de la igualdad procesal de las partes dentro del debate oral y público.

Hoy en día, con el advenimiento de la sicología judicial, la técnica investigativa, los descubrimientos científicos y buenos jueces investigadores, se podría obtener un buen testimonio, lo cual redundará en el mejor desenvolvimiento del nuevo sistema procesal penal venezolano y una mejor aplicación de la justicia.

ANEXOS

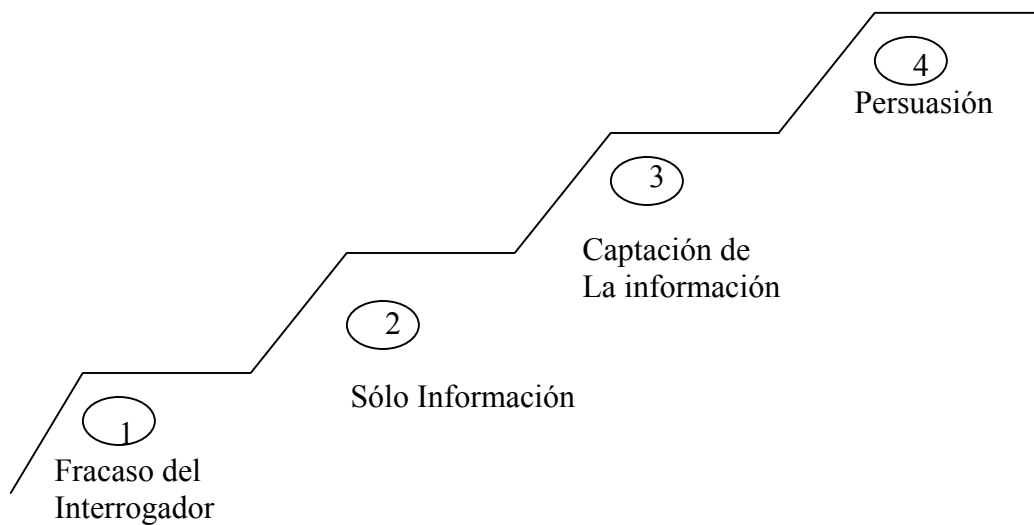
ANEXO A

ESCALA DE LA EFICACIA DEL INTERROGATORIO

- **Primera hipótesis:** que el testimonio sea un fracaso debido al hecho de que el testigo no aporte a los jueces la información requerida.
- **Segunda hipótesis:** que el testigo aporte información, pero los jueces no la acepten.

- **Tercera hipótesis:** que los jueces capten el "mensaje", comprendan la información, pero no queden persuadidos.
- **Cuarta hipótesis:** que los jueces queden persuadidos

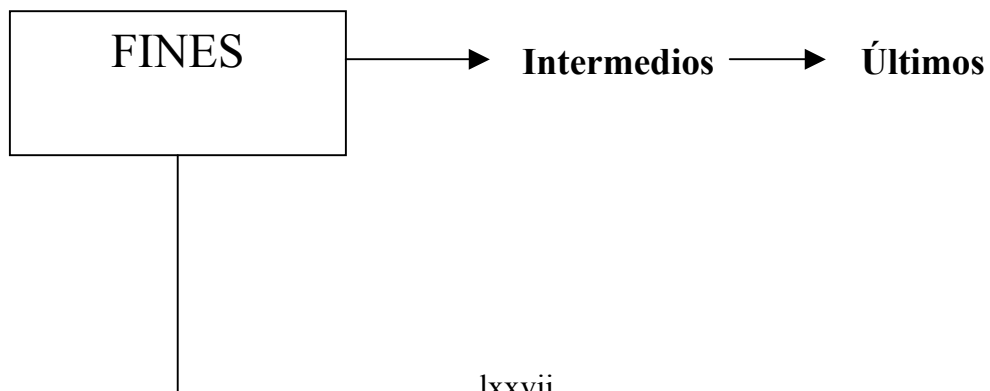
Vertemos estas hipótesis en esta escala:

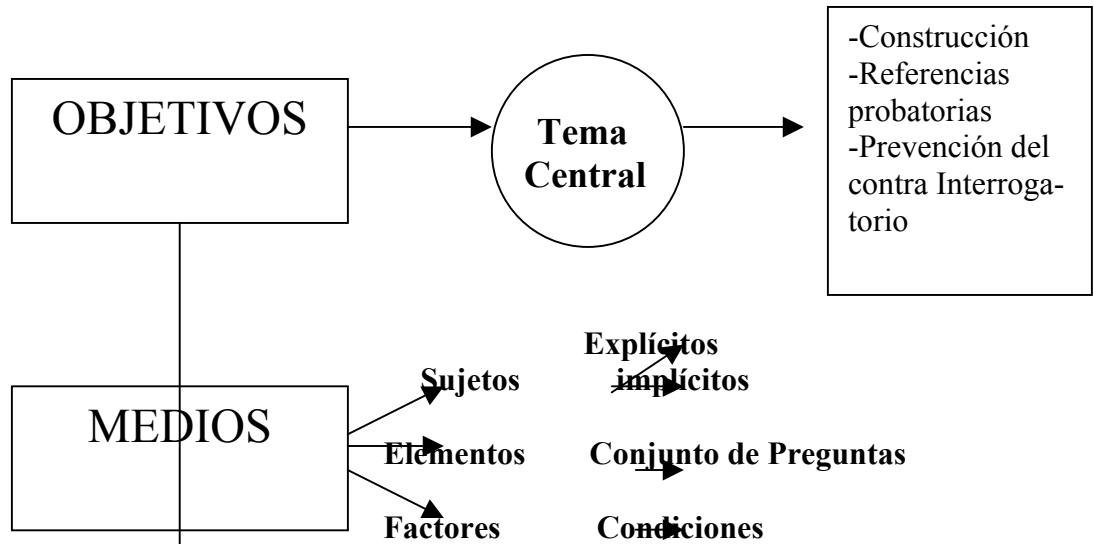


Fuente: Bocaranda (1999)

ANEXO B

PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA DEL INTERROGATORIO

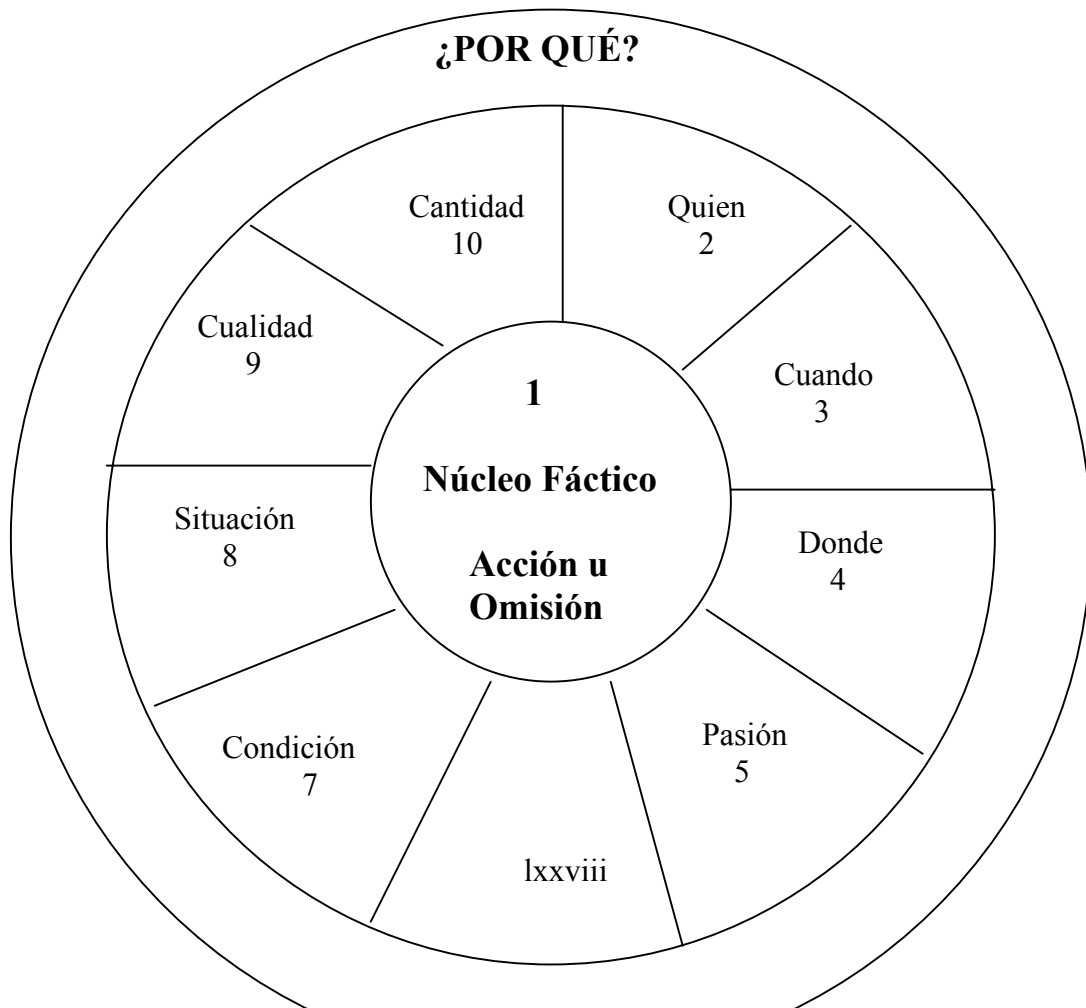




Fuente: Bocaranda (1999).

ANEXO C

EL SOL CATEGORIAL



FUNDAMENTO

Fuente: Bocaranda (1999)

EXPLICACIÓN GENERAL DEL ESQUEMA

- **Círculo central (1):** representa el **núcleo fáctico**, es decir, la acción u omisión penada por la ley. Ej. Dar muerte intencionalmente.

- **Segundo círculo (2-11):** representa la **periferia categorial** o indicación de los sujetos y pasivos y del conjunto de circunstancias en las cuales se perpetró el delito.

- **Círculo exterior:** fundamentación o razón del dicho del testigo, sin lo cual el testimonio carece de total peso probatorio. Se presenta en el por qué... ¿Por qué le consta a Ud., que...?

Necesidad del concurso de los tres círculos:

a) El núcleo fáctico, por sí solo, sin la periferia categorial, carece totalmente de peso o importancia. No hay sentido jurídico pleno cuando el testigo, con absoluta prescindencia de categorización, se limita a decir:

- "vi matar" ...
 - "vi matar a X"
 - "vi a Z matar a X"

Esto recuerda la observación de Couture cuando, refiriéndose a las preguntas sugestivas, plantea qué ocurriría si el interrogado se limitase a preguntar al testigo: "¿presenció Ud., un choque de automóviles?"

b) La periferia categorial resulta aun más jurídicamente inocua cuando no se le conjuga el núcleo fáctico. Por ejemplo: cuando el testigo sólo se limita a decir:

- "En la Plaza Sucre"
- "En la Plaza Sucre, de Catia"
- "En la Plaza Sucre, de Catia, a las tres de la mañana"

c) El núcleo fáctico más la periferia categorial no gozan del peso jurídico ideal, si no se le integra la fundamentación; esto es, si el testigo no expresa la razón de sus afirmaciones.

Goldberg se refiere en cierta forma a lo que nosotros llamamos **núcleo fáctico y periferia categorial**, cuando expresa: "El qué es el mínimo que debe obtenerse como puntual de una emoción en el veredicto dirigido; el resto de la lista constituye el desarrollo sustantivo pleno de la pregunta directa que pasa de la categoría "salió de la boca del testigo" a la categoría "los jurados entenderán".

SIGNIFICADO DEL CONTENIDO DE CADA CÍRCULO EN EL SOL CATEGORIAL

1. **Acción u omisión (núcleo fáctico):** qué es lo que ocurre previsto por la ley como delito.
2. **Substancia:** sujeto activo del delito.
3. **Tiempo:** cuándo se produjo el acontecimiento
4. **Lugar:** dónde se produjo
5. **Pasión:** cómo se encontraba la víctima poco antes de ser agredida
6. **Relación:** sujeto pasivo del delito.
7. **Condición:** con qué fue agredida la víctima.
8. **Situación:** estado en que se encontraba el agresor para el momento de la perpetración.
9. **Cualidad:** características personales del sujeto activo

10. **Cantidad:** número de sujetos activos.