



UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TACHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACION Y POSTGRADO

**EFICACIA PROBATORIA DE LA PRUEBA ANTICIPADA
EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO**

Trabajo de Grado para optar al título de Especialista en Derecho Penal

Autor: Charly Omaña Vivas

Tutor: Dr. Rodrigo Rivera Morales

San Cristóbal, Octubre de 2013

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERROCTADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

**EFICACIA PROBATORIA DE LA PRUEBA ANTICIPADA
EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO**

Autor: Charly Omaña Vivas
Tutor: Dr. Rodrigo Rivera Morales

San Cristóbal, Octubre de 2.013

San Cristóbal, Octubre de 2013

Ciudadana
Directora de Post grado
Presente.-

Formalmente presento el Trabajo de Grado titulado “**Eficacia Probatoria de la Prueba Anticipada en el Proceso Penal Venezolano**”, para optar el Título de Especialista en Derecho Penal, que otorga la Universidad Católica del Táchira. Indicando que mi Tutor fue el Dr. Rodrigo Rivera Morales.

Abg. Charly Omaña Vivas

C.I. V-17.931.814

Telf. 0424-7648666

APROBACION DEL TUTOR

Por la presente hago constar que he leído trabajo de grado elaborado por el abogado Charly Omaña Vivas, para optar al grado de Especialista en Derecho Penal, cuyo título es **“Eficacia Probatoria de la Prueba Anticipada en el Proceso Penal Venezolano”**, así mismo hago constar que el trabajo reúne los requisitos de método, sistematización y análisis, llenando los meritos suficientes para ser sometido a evaluación como tesis de grado.

En San Cristóbal, Octubre de 2013.

Dr. Rodrigo Rivera Morales
C.I. V-1.705.230

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

EFICACIA PROBATORIA DE LA PRUEBA ANTICIPADA
EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

Autor: Charly Omaña Vivas

Tutor: Rodrigo Rivera Morales

Año: 2013

RESUMEN

La Carta Magna de 1.999 reconoce el derecho a la prueba bajo el título “De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes”, de suerte que se erige en un derecho subjetivo en directa relación con el concepto de debido proceso y del ejercicio del derecho de defensa, y que constituye fundamento del proceso justo. El estudio de la interpretación de los Derechos Fundamentales, en los últimos 30 años, se ha convertido en centro de la investigación jurídica, especialmente en los campos del derecho Constitucional y Derecho Penal. Justificable en cuanto al primero, por el derecho a la Supremacía de la Constitución como resguardo de los Derechos Fundamentales, y con relación al segundo, en cuanto es allí que el Estado en ejercicio de la facultad del *ius puniendi* puede incumplir con las garantías y afectar arbitrariamente la libertad del ser humano. A ello responde la elección de este tema de trabajo. La elección concreta de la eficacia de la prueba anticipada en el proceso responde a razones de tratar de definir su alcance y de carácter práctico en cuanto a su aplicación en el proceso, qué requisitos debe cumplir y su diferenciación con otras instituciones que se tratan como equivalentes: prueba pre-constituida y aseguramiento de prueba. La presente investigación se planteó examinar el alcance de la aplicación de la eficacia de la prueba anticipada en el proceso penal venezolano. Para acometer tal objetivo se realizó un diseño de investigación documental bajo el tipo descriptivo, empleando la hermenéutica jurídica y el método comparativo. El estudio realizado ha permitido definir el alcance de la prueba anticipada y su distinción con la prueba pre-constituida y aseguramiento de prueba, señalándose cuáles son sus funciones y en qué condiciones procede su eficacia probatoria.

Descriptores: prueba, principios de prueba, formación de la prueba, prueba anticipada, eficacia probatoria.

Dedicatoria

A mis padres
Henry Omaña y Daisy Vivas,
por haberme dado la vida,
por enseñarme a creer en mí mismo y
transmitirme el valor de la perseverancia,
razones por las cuales hoy culminó
felizmente esta meta

INDICE GENERAL

CARTA DE PRESENTACIÓN	i
CARTA DE APROBACIÓN DEL TUTOR	ii
RESÚMEN	iii
DEDICATORIA	iv
INDICE GENERAL	v
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	
Garantías del régimen probatorio en el proceso penal venezolano	5
1.1 Aspectos generales	6
El derecho a utilizar los medios de prueba	8
Derecho a la admisibilidad de los medios de prueba	10
Derecho a practicar los medios de prueba admitidos	11
Derecho a una apreciación - valoración racional de los medios de prueba practicados	12
Derecho a motivar las decisiones sobre la actividad probatoria	14
1.2 Principios que rigen el sistema probatorio penal venezolano	14
Principio de oralidad	17
Principio de inmediación	19
Principio de publicidad	20
Principio de concentración	23
Principio relativos a la aportación probatoria en el proceso	24
Principio de oficialidad	24
Principio de aportación de aparte	25
Principio de valoración de la prueba	27
La aplicación de la sana critica o valoración racional	.27

CAPITULO II	
La formación de la prueba en el proceso penal venezolano	42
2.1 Los elementos de la actividad procesal probatoria	43
Medios de Prueba	44
Fuentes de prueba	45
Prueba	47
2.2 Momento de la formación de la prueba en el proceso penal	47
CAPITULO III	
La regulación de la prueba anticipada en la legislación penal Venezolana	52
3.1 La prueba anticipada	52
Prueba anticipada en el proceso penal	53
Requisitos para su tramitación	60
Medios probatorios anticipables en el proceso penal	64
La prueba preconstituida o preconstitucion de fuente de prueba	69
Características y requisitos	71
Preconsitucion de Fuente de prueba	73
Nulidad de la prueba anticipada	78
Nulidad de la preconstitucion de fuente de prueba	79
Nulidad del aseguramiento de evidencia	81
Eficacia probatoria de la prueba anticipada	82
CONCLUSIONES	86
RECOMENDACIONES	87
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	88

INTRODUCCIÓN

Venezuela asumió el Sistema Acusatorio en el proceso penal lo cual se plasmó en el Código Orgánico Procesal Penal de 1998, personificándose la liquidación del viejo el Sistema Inquisitivo que regulaba el Código de Enjuiciamiento Criminal que se aplicaba en el proceso penal en Venezuela.

En el proceso penal venezolano vigente diferenciamos diversos tipos de procedimiento entre los cuales se ubican el procedimiento ordinario, el procedimiento para delitos menos graves y el procedimiento abreviado. Específicamente en el procedimiento ordinario del proceso penal venezolano está dividido por tres fases: la fase preparatoria la cual tiene por objeto la preparación del juicio oral y público mediante la investigación y la recolección de elementos de convicción, la fase intermedia en la cual se realiza la denominada audiencia preliminar que tiene como finalidad el control de la actuación investigativa, la acusación y declarar la procedencia o no de la apertura a juicio y, finalmente, la fase de juicio en la cual se realiza el denominado juicio oral y público, que se le desarrolla al imputado sobre el hecho que se le acusa y donde van a dominar los principios de oralidad, inmediación y contradicción denominada también fase de debate.

El sistema probatorio en el proceso penal venezolano de acuerdo con la Norma suprema está regido por los principios de la tutela efectiva, debido proceso, contradictorio, oralidad e inmediación.

En el proceso penal venezolano los medios de pruebas se promueven en la fase intermedia ante el juez de control, para que ejerza el control judicial sobre la obtención de las fuentes de prueba y verificando cada una de las probanzas señaladas por las partes realizando un análisis para la admisión o no de la acusación así como la pertinencia y necesidad de cada

uno de los órganos de prueba; y es en la fase de juicio ante el juez unipersonal donde se va a presentar efectivamente en el juicio oral y público un verdadero contradictorio y debate sobre las pruebas que los actores procesales han promovido e incorporado al proceso. Es decir, la prueba para que sea eficaz debe formarse el debate oral. No obstante, el artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal, establece una excepción y prevé la figura de la prueba anticipada.

Existe en la doctrina, en la jurisprudencia y en la misma práctica procesal penal venezolana bastante discrepancia y discusión sobre la denominada figura de la prueba anticipada, pues constituye una forma excepcional a la práctica de las pruebas en el proceso penal que deben evacuarse durante la fase de juicio ante el juez de juicio. Se prevé la posibilidad un medio de prueba pueda ser practicado durante la fase preparatoria del proceso penal, por parte del juez de control en razón de que existen suficientes elementos que hacen presumir que el medio probatorio no va estar disponible para que se realice su práctica durante la fase de juicio oral y público del proceso penal, lo cual afecta los principios de inmediación y de concentración.

En realidad no ha existido debate acerca de la regulación de la prueba anticipada en el sistema procesal penal venezolano manteniéndose viejos criterios, propios del sistema inquisitivo. En la práctica hay una confusión con otros conceptos como son prueba preconstituida y aseguramiento de prueba, normalmente, entre los operadores de justicia confunden los actos de investigación con los actos de prueba, lo cual resiente el principio acusatorio y menoscaba los derechos y garantías procesales de las partes.

Frente a esta problemática que por la confusión se afectan los principios de inmediación y de concentración, además se resiente el principio acusatorio y se menoscaba los derechos y garantías procesales de las

partes, se propone esta investigación clarificar estos conceptos de prueba anticipada, prueba preconstituida y aseguramiento de prueba, en el marco de la teoría general de la prueba y los principios y garantías constitucionales. Este problema que afecta el proceso penal, en cuanto a la eficacia de las garantías procesales constitucionales, provoca, obviamente la cuestión de la atribución de valor probatorio a las diligencias realizadas fuera del debate oral, en especial. En este trabajo, la eficacia probatoria de la prueba anticipada.

Debe advertirse que sobre este tema de prueba anticipada en la doctrina nacional son pocos los trabajos realizados, además, están impregnados de viejos conceptos, especialmente por la ideología inquisitoria. Con la presencia de la Constitución garantista y el advenimiento del sistema acusatorio en Venezuela indudablemente deben revisarse los conceptos y redefinirse en el marco de un modelo procesal garantista y un proceso acusatorio de partes.

El caso es que, en la práctica judicial penal venezolana, en la fase preparatoria se ha hecho frecuente la solicitud y realización de prueba anticipada, alegándose siempre la posibilidad de perderse el medio. Los jueces de control la decretan sin examinar si se cumplen los extremos previstos por la ley, y sin reflexionar acerca de la finalidad de esta institución. De esta manera, se quebrantan principios rectores del proceso penal como: la inmediación y la concentración, pero además se resiente el principio del contradictorio. Esto plantea las siguientes interrogantes: ¿Existe en el sistema judicial venezolano una interpretación de este instituto de prueba anticipada conforme a los principios y garantías establecidos en la Constitución? ¿Qué requisitos deben exigirse para decretarse la realización de prueba anticipada? ¿Qué garantías deben cumplirse en la práctica de la prueba anticipada? ¿El incumplimiento de las formalidades de ley vicia de

nulidad a la prueba anticipada? ¿Qué requisitos debe satisfacer la prueba anticipada para que tenga eficacia probatoria?

Esta investigación está motivada y dirigida fundamentalmente a examinar el tema de la Prueba Anticipada en el Proceso Penal Venezolano y su ubicación en el contexto de la formación de la prueba. En este sentido se planteó como objetivo determinar el alcance conceptual de la prueba anticipada en el contexto de las garantías que rigen el proceso penal venezolano. Es decir, determinar lo más exactamente posible qué es prueba anticipada y cuándo y con qué condiciones se puede permitir que se genere válida y eficazmente, con aptitud para integrar prueba de cargo que sirva a la refutación de la presunción de inocencia. Secundariamente se persigue determinar con claridad sus límites en el marco en la teoría general de la prueba y conforme a la regulación legal del ordenamiento jurídico venezolano. Se pretende desarrollar un concepto de prueba anticipada conforme con los valores, principios y garantías constitucionales. Para ello, se comparó con otras instituciones y se delimitó conforme a su finalidad y los requisitos que le exige el debido proceso para que tenga eficacia probatoria.

El desarrollo de la tesis se ha dividido en tres capítulos, a saber: En el primer capítulo se trabaja lo relativo a los principios aplicables al proceso penal, tanto desde las normas constitucionales como desde los principios rectores consagrados en el Código Orgánico Procesal Penal. Se hace énfasis en aquellos que su inobservancia puede conducir a la nulidad del juicio o de la sentencia.

El segundo capítulo analiza los aspectos relativos a la formación de la prueba. Se inicia con la clarificación de algunos conceptos como fuente y medio de prueba, y se pasa a examinar cómo se ingresan los elementos probatorios al proceso, que derechos se garantizan a las partes y cuál es la finalidad de la prueba en el proceso penal.

El tercer capítulo se dedica a considerar lo relativo a la prueba anticipada. Se delimitan su figura con relación a la denominada prueba pre-constituida, se determinan los requisitos para su práctica y cuáles son las garantías que deben brindarse en la ejecución de la misma.

La presente investigación es descriptiva, puesto que se hace una descripción de la situación normativa y práctica de la institución estudiada, y es del tipo cualitativo, por cuanto su análisis se de carácter conceptual. Por ello se parte de un repaso de los conceptos generales de la teoría general de la prueba y los principios consagrados en la Constitución. La investigación se realizó aplicando los métodos de la investigación documental propios del derecho, en especial la hermenéutica jurídica, así como la jurisprudencia de conceptos. Por eso se usó el método comparativo, en especial de mirar comparativamente los efectos que se ocasiona por la ausencia de inmediación ante el juez de juicio, se utilizó el método histórico y la aplicación del análisis lógico en la interpretación jurisprudencial y conceptual.

San Cristóbal, Octubre de 2013

CAPITULO I

GARANTÍAS DEL RÉGIMEN PROBATORIO EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

1.1. Aspectos generales

En casi todas las constituciones contemporáneas se consagran la tutela efectiva y/o el debido proceso, incluyendo en ellos el derecho de defensa (vid artículo 24 CE, artículo 29 C. Colombiana, artículo 19, numeral 3º C. Chile, artículo 18 C. Argentina y artículo LV C. Brasil). Debe recordarse que el proceso no es un mero instrumento jurisdiccional atemporal acrítico y mecanicista sino, ante todo es un sistema de garantías que posibilita la tutela judicial efectiva. Es más, en la Constitución venezolana en el artículo 257 se dispone que “El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia”.

Aparentemente, como instrumental del genérico derecho a la defensa aflora el derecho de las partes procesales a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. En realidad se trata de un derecho fundamental el derecho a probar. Así en cualquier tipo de proceso las partes ostentan el derecho a proponer los medios de prueba que consideren convenientes para acreditar los hechos que fundamenten sus pretensiones de acusación o de rechazo¹.

No es un derecho absoluto, se trata de un derecho de configuración legal, en el sentido que puede ser regulado mediante ley el ejercicio de su contenido, por supuesto, sin afectar su núcleo, de manera que su alcance en el ámbito del ejercicio procesal está sometido al principio de legalidad, pero

¹ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Constitución y Derecho Procesal*, Navarra: Aranzadi-Civitas, 2009, p. 265.

debido a que se trata de un derecho fundamental constitucionalizado su interpretación debe ser amplia y flexible en orden a favorecer su máxima vigencia².

No queda duda, que hoy día, el derecho a la prueba “*ha dejado de ser conceptualmente un ámbito estructuralmente adjetivo de ejercicio en función jurisdiccional*”, para erigirse en derecho fundamental, con contenido y origen constitucional y garantista³. Así pues, que el derecho de presentar las pruebas pertinentes y relevantes es parte esencial de las garantías generales sobre la protección judicial de los derechos y del derecho a la defensa, pues

² PICÓ I JUNOY, Joan. *Principios constitucionales del proceso*, Barcelona: José María Bosch Editor, 1997, pp. 143-144. Vid. España: SSTC 1/1992, de 13 de enero (f.j. 4 y 5); 246/12994, de 19 de septiembre (f. j. 3º); 122/1997, de 1 de julio (f.j. 4º). VENEZUELA-TSJ-SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia N° 3332, de fecha 4 de noviembre de 2005, expediente N° 04-3023, magistrado ponente J. E. Cabrera Romero. “Estos preceptos constitucionales se materializan en el proceso, cuando se les permite a las partes aportar todos los medios de prueba atinentes a demostrar sus alegaciones para la mejor defensa de sus derechos e intereses. Siendo que el fin principal del proceso es la realización de la justicia (artículo 257 de CRBV, la función jurisdiccional del Estado en satisfacción del interés público) y la justa composición del litigio a petición del actor requieren para la consecución de tal fin, del contacto con la realidad del caso en concreto y eso se logra a través de las pruebas aportadas por los justiciables. En tal sentido, el Juez para conocer las características y circunstancias del caso en concreto, así como de la correcta aplicación de la norma, requiere del contacto con la realidad, que sólo se obtiene mediante la prueba, siendo éste el único camino a recorrer para que el Juez pueda conocer los hechos que le permitirán adoptar la decisión legal justa aplicable al caso en concreto, para la resolución del mismo. Por lo tanto, el legislador procesal cuando estableció (véase el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil) que las partes pueden hacerse valer de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, que consideren conducente para la demostración de sus pretensiones, lo hizo con el propósito de que el debate probatorio fuese lo más amplio posible, haciendo permisible de este modo una mejor apreciación de los hechos por parte del juez y la consecución de una decisión basada en la verdad real y no sólo formal; procurándose, además, de este modo de una justicia más eficaz. Por lo que el referido aparte 11 del artículo 19 de del Tribunal Supremo de Justicia al establecer como medios de pruebas, sólo a los allí previstos, limitó los derechos constitucionales a que se refieren los artículos 26 y 49 Constitución de Venezuela en los términos antes expresados, y que fueron considerados por en la sentencia dictada el 5 de octubre de 2004, donde desaplicó para el caso en concreto la referida norma. Ahora bien, en este sentido esta Sala Constitucional comparte el criterio expuesto por y considera ajustada a derecho la sentencia dictada el 5 de octubre de 2004. Así se declara”.

³ LORCA NAVARRETE, Antonio María (2009), *Estudios sobre garantismo procesal*, Navarra, Editorial Aranzadi, pp. 81- 82.

la oportunidad de probar las afirmaciones sobre los hechos que apoyan las pretensiones de las partes es condición necesaria de la efectividad de tales garantías⁴.

Indudablemente que las garantías constitucionales y procesales del debido proceso y la tutela efectiva de las partes serían meramente formales y vacías si se les impidiera presentar todos los medios de pruebas pertinentes y relevantes que necesitan para acreditar sus afirmaciones sobre los hechos en el proceso. Es obvio, el derecho a la prueba está íntimamente vinculado al derecho de defensa, a la igualdad de armas, de suerte que si se impidiese a las partes el derecho a traer al proceso los medios de prueba que justifiquen sus aseveraciones sobre los hechos, sus alegaciones o los que desvirtúan las de la parte contraria, se estaría quebrantando los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela efectiva⁵.

Sin embargo, debe precisarse que en tanto derecho fundamental que puede ser regulado por el legislador ordinario tiene un carácter limitado en su ejercicio. En este sentido, debe adecuarse a las regulaciones impuestas en las normas procesales⁶. Estas regulaciones tienen que ver con el modo, tiempo y lugar de su obtención de la fuente de prueba, promoción u oferta, de la admisión, de la práctica o evacuación y de la valoración. Así el derecho fundamental de prueba se puede establecer entre las siguientes actividades procesales.

El derecho a utilizar los medios de prueba

Este es un derecho subjetivo que corresponde a las partes y, por tanto, sólo lo pueden ejercer quienes sean parte en el proceso. Consiste en

⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba*, Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 56.

⁵ PICÓ I JUNOY, Joan. *Principios constitucionales del proceso*, ob. cit. p. 145.

⁶ RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba en el Derecho venezolano*, Barquisimeto-Venezuela: Editorial Librería Jurídica Rincón, 2009, p. 280.

utilizar todos los elementos probatorios de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundamenten la pretensión y resistencia. Las limitantes son relativas a la obtención, la cual debe ser lícita, pues si quebranta derechos fundamentales incurriría en ilicitud y debe aplicarse la regla de exclusión, y en cuanto su relación con el objeto procesal debe ser pertinente y relevante. Normalmente, algunos autores consideran equivalentes los términos pertinentes y relevantes, por lo que lo usan indistintamente. Otros prefieren utilizar sólo término relevancia. Asumimos la idea que representan en la actividad significaciones distintas.

Por pertinente vamos a entender que pertenece al proceso, esto es, en la actividad probatoria que el hecho que se pretende probar con ese medio probatorio propuesto pertenece al objeto probatorio de la pretensión procesal debatida. El examen de pertinencia se refiere a que el hecho a probar con ese particular medio probatorio tiene relación con el objeto probatorio de la causa⁷. Habitualmente, los ordenamientos jurídicos establecen normas que disponen que no deban ser admitidos los elementos probatorios que no guarden relación con el objeto del proceso.

En al concepto de relevancia probatoria debe indicarse que implica dos vertientes mutuamente relacionados. Una primera, que tiene que ver indudablemente con la relevancia jurídica del hecho a probar, es decir, sobre lo que la norma dice que es el hecho desde su punto de vista jurídico; la segunda, tiene que ver con la lógica de la inferencia que hace el juez para conectar los hechos, pues, pueden ser hechos periféricos o indirectos de los cuales hay una potencialidad de formular inferencias probatorias para determinar la probabilidad del hecho que necesita ser probado. Véase que se trata de un examen de razonabilidad de su potencialidad para producir

⁷ PICÓ I JUNOY, Joan. *Principios constitucionales del proceso*, ob. cit. p. 146.

conocimiento sobre el hecho a probar⁸. Todo elemento probatorio que no contribuya relevantemente a la determinación del hecho necesitado de prueba debe ser excluido. Por eso se define la inutilidad de los medios probatorios cuando según las reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.

Estos límites deben ser apreciados por las partes en su oferta probatoria y por el juez en el juicio de admisibilidad de los medios probatorios.

Derecho a la admisibilidad de los medios de prueba

Una vez propuestos los medios probatorios con la indicación de los hechos que se pretenden probar, el juez debe resolver sobre la admisión y ordenará la práctica de los medios admitidos en virtud de satisfacer las exigencias de admisión y procedibilidad⁹. Indudablemente que reviste gran importancia definir los presupuestos y límites del juicio de admisibilidad de los medios probatorios.

Hay dos presupuestos fundamentales: a) La proposición formal de los medios probatorios a cargo de las partes, debiendo observarse los requisitos de tiempo, modo y lugar conforme a las normas procesales. Una vez propuestos u ofertados los medios de prueba que las partes pretenden practicar en el proceso, surge el deber del órgano jurisdiccional de decidir sobre la admisibilidad¹⁰; b) La fijación de hechos controvertidos para posibilitar la delimitación del *thema probandi*, que no es otra cosa que el

⁸ RIVERA MORALES, Rodrigo. *Actividad probatoria y valoración racional de la prueba*, Barquisimeto, Editorial Librería Jurídica Rincón, 2010, p. 303.

⁹ BONET NAVARRO, José. *La prueba en el proceso civil*, Madrid: Editorial Difusión Jurídica, 2009, p. 170.

¹⁰ VELÁZQUEZ VIOQUE, David. "El juicio sobre la admisión de los medios de prueba", en obra colectiva *Aspectos prácticos de la Prueba Civil*, coordinada por Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, Barcelona: Editorial: J.M. Bosch, 2006, pp. 108-109.

llamado *presupuesto de la disconformidad de las partes*. Debe expresarse que la fijación de los hechos controvertidos contribuye facilitar el juicio sobre admisión de pruebas, además a la celeridad y economía procesal, pues se evitan los medios que no aportan probatoriamente conocimiento, pues, por ejemplo, los hechos admitidos vinculan al juez en su decisión final, salvo los procesos especiales no dispositivos. Por lo que es inútil practicar medios de prueba entorno a esos hechos admitidos.

Así las cosas, en el proceso de admisibilidad de los medios de prueba, una vez que las partes hayan hecho sus manifestaciones acerca de la oferta probatoria -admisión de hechos y oposición de admisión- el juez debe hacer un examen de admisibilidad en los términos que se han planteado. Su decisión debe ser motivada, pues el derecho a la admisibilidad está condicionado a que satisfaga los presupuestos de admisión, por lo que, en caso de inadmisión hay un verdadero derecho a la motivación de la decisión judicial. Debe advertirse que en el examen que haga el juez debe ser restrictivo en cuanto a los motivos de inadmisibilidad, pues debe operar con la máxima *in dubio pro probatione*, dado que una interpretación amplia afecta el derecho fundamental de probar y puede conducir a una denegación de prueba. Por supuesto, la aplicación de esta máxima no puede convertirse en una especie de *comodín* que supla la negligencia, innecesaridad e inidoneidad de los medios probatorios.

Finalmente, es incuestionable que las fuentes y medios de prueba obtenidos ilícitamente deben ser excluidos. Ello se ampara en la norma que establece que no podrán ser admitidos los medios expresamente prohibidos por la ley (artículo 49 numeral 1º CRBV, y artículo 181 COPP, en Colombia 178 CPC). Es una manera de proteger los derechos fundamentales y, en especial, el debido proceso y la tutela efectiva, pues ello conduce a la limitación positiva de la arbitrariedad, el abuso del poder y el uso de la fuerza

en franco quebrantamiento de los derechos y garantías constitucionales. Nos hemos mostrado siempre partidarios de que la prueba ilícita no debe ingresar al proceso y debe ser inadmitida en la primera oportunidad.

Derecho a practicar los medios de prueba admitidos

Es claro que no tiene sentido la sola admisión de los medios probatorios propuestos por las partes si ésta no va seguida de una efectiva práctica de dichos medios en el proceso y así pueda formarse la prueba en el debate contradictorio¹¹.

Sabemos que la práctica o evacuación de los medios de prueba está constituida por los actos del juez –fijación de la práctica, realización y registro- los cuales deben cumplir los requisitos de publicidad, control del medio, legalidad, inmediación y contradicción; actos de las partes y de otros sujetos procesales mediante los cuales se producen los medios de prueba para formar la prueba¹².

Es claro que una inejecución de práctica de medios de prueba admitidos por acto de juez u obstaculización de la contraparte constituye un quebrantamiento del derecho fundamental de prueba. Obviamente, tratándose de una omisión o decisión del juez, conforme a la doctrina y jurisprudencia esto produce indefensión. En cuanto a si se trata de la contraparte tenemos que produce lesión a los principios de buena fe, lealtad y probidad procesal, por supuesto, quebranta el derecho fundamental de probar. Lo que hay que examinar es si es obstaculización es consentida por el juez en cuyo caso hay un ilícito. En ambos, casos la parte afectada debe denunciar la situación en la primera oportunidad.

¹¹ FERRER BELTRAN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 55.

¹² ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*, 9ª edición, Navarra: Editorial Aranzadi, 2009, p. 361.

Así pues, la fuente de prueba obtenida ilícitamente, la oferta y práctica de medios probatorios ilegítimos y en forma irregular (quebrantando normas procesales) están afectados de nulidad.

Derecho a una apreciación-valoración racional de los medios de prueba practicados

El juez tiene que interpretar el resultado de la práctica del medio de prueba, debe formarse un juicio sobre el significado de las declaraciones – partes, testigos, expertos-, y de los datos que ofrecen los elementos materiales –documentos, cosas, entre otros.-¹³. La valoración supone la asignación de eficacia probatoria o grado de aporte de conocimiento del medio probatorio valorado en el caso concreto, con relación a la hipótesis fáctica contenida en la norma que se deba aplicar.

Forma parte del derecho de defensa y de prueba el que una vez practicados los medios de prueba, en el momento procesal se aprecien y valoren todos los medios practicados, que sirvan o no para formar convicción o sustentar la decisión. Es decir, las partes tienen derecho a que el juez realice una operación intelectual de apreciación-valoración racional para determinar la eficacia de los medios de prueba practicados para la fijación de los datos fácticos y pronunciar el fallo¹⁴.

En esta operación intelectual se debe hacer un examen de conexión entre los resultados de los medios de prueba practicados y la verdad y la falsedad de los enunciados por las partes, partiendo de determinar su grado de correspondencia con la realidad conforme a las verificaciones de prueba disponibles¹⁵.

¹³ Ibídem, p. 367

¹⁴ BONET NAVARRO, José. *La prueba en el proceso civil*, ob.cit. p. 237.

¹⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 132.

El derecho a la valoración racional se expresa en el uso de criterios y parámetros objetivos, lógicos y racionales. Radica en la utilización de razones lógicas y científica para determinar los hechos, y no se basará en una creencia que se opone a la idea de control por los tribunales superiores. Así pues, como límites y guías que puede utilizar el juez para la determinación de los hechos, se tienen a las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia, cuya infracción habilita el control de la valoración por los tribunales superiores de justicia, incluso en nivel de nulidad o casación, porque una sentencia que determine hechos en contradicción a tales conceptos constituye una infracción de ley. Debe recordarse que una creencia – al modo de la íntima convicción- no es controlable, y por ello resulta más adecuado un criterio como la aceptación justificada del hecho, concepto que se ajusta más correctamente al sistema garantista consagrado en nuestros ordenamientos jurídicos y que permite el control de la valoración por los tribunales superiores de justicia.

Derecho a motivar las decisiones sobre la actividad probatoria

De lo expuesto se infiere, indefectiblemente, que el juez debe motivar sus decisiones referentes a la actividad probatoria: admisión o inadmisión, si hay decisiones incidentales que suspendan la práctica de prueba y la valoración que hagan de la misma. La vieja fórmula escueta de *ha lugar* no tiene cabida en un sistema garantista, máxime que consagra el debido proceso como derecho fundamental.

La exigencia de motivación expresa y refuerza una debida relación entre razonamiento decisorio y razonamiento justificativo. Ella cumple una función de autocontrol del juez y de racionalización de la decisión. Justificar una decisión judicial significa que es jurídicamente debida.

Así que la motivación sobre los diversos actos que conforman o pueden surgir en la actividad probatoria requieren de motivación, como un derecho y garantía del justiciable, entendiéndola como la consideración objetiva de argumentos jurídicos relevantes a la luz de la situación presentada y del caso y la narración de la justificación de los criterios de valoración, así como satisfacer las condiciones de racionalidad lógica, substancial, científica y normativa.

1.2. Principios que rigen el sistema probatorio penal venezolano

Señala JEROME FRANK¹⁶ hace algún tiempo “*el problema de la prueba sigue siendo el punto más débil de la administración de justicia*”, cuestión que aún permanece vigente. Por ello, la doctrina y el constituyente han hecho énfasis en constitucionalizar los principios básicos aplicables a la actividad probatoria, erigiéndose como auténticas garantías. En el artículo 49 de la CRBV se establece el derecho al debido proceso con en igualdad de armas y con todas las garantías.

Expresa PICÓ i JUNOY¹⁷ que el derecho a la tutela efectiva implica el derecho a acceso a los tribunales, el derecho a un proceso con garantías de los derechos o con todas las garantías, a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, el derecho a la no indefensión, derecho a la defensa, derecho a la asistencia de letrado, derecho a proceso público, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derecho a la presunción de inocencia y derecho a no declarar contra sí mismo y declararse culpable. Puede apreciarse que es un derecho de estructura compleja, que está presente en el iter procesal en todas sus etapas.

¹⁶ FRANK, Jerome *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*. Princeton, 1950, p. 95. Citado por RIVERA MORALES, Rodrigo. Las pruebas en el derecho venezolano. ob. cit.

¹⁷ PICO I JUNOY, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, ob.cit. p. 46.

Se inicia este tema con algunas advertencias acerca de la proliferación de principios en el derecho procesal. En el derecho procesal hay cierta carencia de rigor al hablar de principios, y un amplio margen de dispersión sobre lo que debe entenderse por tal, toda vez que algunos postulados o reglas muy importantes se presentan como principios y algunas políticas, consignas o aspiraciones que revelarían un estado ideal, son asumidas, también, como principios¹⁸. En la doctrina se ha afirmado que todo derecho positivo posee unos principios rectores relacionados entre sí, en los cuales encuentra el orden jurídico su más alta expresión. Se ha escrito que la sustancia de los principios generales del Derecho consiste en que constituyen normas básicas reveladoras de las creencias y convicciones de la comunidad respecto de los problemas fundamentales de su organización. Por eso el significado jurídico de los principios reside en el valor intrínseco (ratio) que se le reconoce en la comunidad, el trámite de positivación va unido a su propia existencia (vigencia social). Véase que los principios han sido definidos *“como las ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, emanadas de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadora, interpretativa y supletoria respecto de su total ordenamiento jurídico”*¹⁹.

En los momentos actuales esos principios son recogidos en las constituciones como tradiciones, valores y normas, los cuales imprimen un sustento obligatorio al derecho positivo que se forma, como lo estipula la Constitución. Expresa DIEZ-PICAZO, a este respecto, que *“lo usual es que las leyes constitucionales modernas proclamen de forma solemne los*

¹⁸ VIILAMIL PORTILLA, Edgardo. *Teoría Constitucional del proceso*, Bogotá: Edit. Ediciones Doctrina y Ley, 1999, p. 44.

¹⁹ ARCE y FLOREZ VALDEZ, Joaquín. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madrid: Edit. Civitas, 1990, p. 79.

valores, creencias y convicciones del país"²⁰. Se puede afirmar que la Constitución al determinar cuáles son los valores, convierte en tema legislativo-constitucional el que, generalmente, sólo ha sido tema filosófico-científico. No ya el jurista teórico, sino el práctico, y más aún todos los destinatarios de las normas –los poderes públicos y los ciudadanos-, quedan sujetos a un ordenamiento que explicita cuáles son los valores en que se funda e inspira.

El proceso, en general, civil o penal, está signado por un conjunto de principios informantes, que emanan directamente de la Constitución. Doctrinariamente se han distinguido estos en: esenciales, técnicos y de eficacia. Son principios esenciales y por tanto necesarios aquellos que pertenecen a la esencia misma del proceso, de suerte que sin su presencia el mismo carece de justificación lógica, por ejemplo, principio de contradicción, de igualdad probatoria, de publicidad. Otros son meras técnicas, como la oralidad, pero el constituyente venezolano decidió asumirlo como principio, de suerte que al estar constitucionalizado el legislador debe plasmarlo en su desarrollo.

Principio de oralidad

Viene exigido por el art. 257 de la CRBV. Ahora bien, se tiene que examinar con relación al procedimiento. En este sentido se refiere a la forma de los actos procesales, es decir, estos deben ser prevalectivamente orales, lo que significa que no es excluyente la escritura. Propiamente, la oralidad se circunscribe a la audiencia preliminar y de juicio, en especial en lo relativo a la actividad probatoria.

²⁰ DIÉZ PICAZO, F. y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 1986, p. 156.

En el art. 14 COPP, se establece que "*el juicio será **oral** y sólo se apreciarán las pruebas incorporadas en la audiencia*". La oralidad es sumamente importante porque contribuye a la **transparencia y celeridad del proceso**. Lo que no fue ofrecido por las partes no puede ser objeto de debate. La profesora ESPAÑA VILADAMS²¹ sostiene que "*Las pruebas, las constituyen aquellas que se practican en el juicio, en el debate oral y público, previo ofrecimiento de las mismas por las partes*", de modo que sólo pueden ser practicados los medios admitidos y que sean practicados, por tanto formándose como prueba, en el juicio oral y público. Es el único escenario posible de la formación de la prueba en el proceso penal²².

Expresa el profesor VECCHIONACCE²³ que son pruebas solamente aquellas, al menos en sentido estricto (concepción asumida en el Código Orgánico Procesal Penal venezolano), que quedan sometidas al control de los fundamentales principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación. El trámite de la prueba, pues, se hará en todo caso bajo esos principios; cualquier prueba que se produzca en el juicio oral quebrantando, total o parcialmente, estos preceptos no podrá ser apreciada por el tribunal, a menos que exista norma legal que permita establecer límites, pero que bajo ningún supuesto puede afectar a las partes²⁴.

²¹ ESPAÑA VILADAMS, Rose M. "Los actos conclusivos de la investigación". II Jornadas de Derecho Procesal Penal. Caracas, UCAB. p. 205.

²² RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El Proceso Penal. Lectura Constitucional*, Barcelona. J.M. Bosch, 2000, p.221.

²³ VECCHIONACCE, F. "Motivos de la apelación de sentencia", en Terceras Jornadas de Derecho Procesal Penal, Caracas, UCAB. 2000, p. 150.

²⁴ SALA DE CASACIÓN PENAL, Sentencia Nº 67 del 03/ 02/ 2000 "Constituye un requisito procesal impretermitible para los jueces que han de conocer la causa, en cualquiera de sus grados, promover y presenciar el debate oral, garantía fundamental del fallo. En este sentido, el acto de informes, que otrora, en el viejo sistema de enjuiciamiento, tendía a ofrecer que las partes fueran oídas en la etapa final del juicio y a obtener la declaración solemne del juzgador, con el "Vistos", de que se encontraba en condiciones de dictar sentencia, fue sustituido, en el actual sistema procesal penal, por el debate oral y público, de máxima garantía en el establecimiento de la verdad, que constituye para las partes,

El trámite de la prueba se hará en forma concentrada, continúa y con inmediación. Es la única forma de garantizar el debate público y el seguimiento del tribunal del todo procesal. Las pruebas ofrecidas deben realizarse en el debate oral, es decir, deben debatirse en el debate público, no se trata de una simple ratificación, si no que los expertos o peritos, los testigos y las partes tienen que rendir su declaración en forma pública y responder los interrogatorios que hagan las partes²⁵. Si esto no ocurre, es decir, que el testigo o el perito no comparezcan no podrá apreciarse el testimonio o dictamen pericial; en el caso penal si aquellos no comparecen se suspende la causa y se citan, si permanecen rebeldes pueden ser llevados por la fuerza pública, caso que no aparezcan el juicio debe continuar y se prescindirá de tal prueba (art. 318 y 340 COPP).

Principio de inmediación

El vocablo inmediación expresa convencionalmente proximidad o contigüidad a algo, cercanía física a un objeto material que es susceptible de convertirse en un método de conocimiento e interacción con el objeto de que

oportunidad propicia para la incorporación al proceso de alegatos y pruebas y, para los jueces, la oportunidad para formar criterio y, mediante la estructura lógica de la sentencia, establecer la calificación jurídica aplicable”.

²⁵ JURISPRUDENCIA. SALA DE APELACIONES. Circuito Judicial penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Sentencia del 14 de Junio de 2000. Causa N° 00229. Agrega más adelante la sentencia que ut supra citamos: “Las dos primera citadas pruebas documentales son únicamente pericias médico forenses, y como pericias que emanan de un profesional necesariamente y por imperativo de los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, deben terminarse de construir en el proceso penal oral para lo cual quien dictaminó debe ratificarla. La decisión cita al profesor Cabrera Romero (ob. cit. p. 100): “por lo tanto, la pericia, autopsia o de cualquier tipo, emanada de la medicatura forense, a pesar de que su autor es un funcionario público, no se subsume en una prueba documental con valor probatorio prefijado, por lo que el autor del dictamen deberá concurrir a los autos como experto para responder por la prueba de pericia”. Continúa diciendo la Sala de Apelaciones: “igual criterio se aplica a la “trayectoria balística” y al “retrato hablado”, máxime que el art 335 del Código Orgánico Procesal Penal (354 código reformado, advertencia nuestra) indica que “los expertos responderán directamente a las preguntas que le formulen las partes y el tribunal”, lo que reafirma el sometimiento a los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, a la vez que preserva el derecho a la defensa y la igualdad entre las partes.

se trate. Es la presencia contextual de los interlocutores permitiendo el contacto entre los sujetos procesales. Desde una perspectiva procesal, la inmediación se ubica dentro de la categoría de principios atinentes a la forma de los actos procesales o principios de procedimiento, particularmente vinculado a los principios de oralidad y concentración, siendo asimismo apreciable un intento generalizado entre la literatura especializada de ampliar su alcance más allá del momento procesal en que tradicionalmente se viene imponiendo su preceptiva vigencia, esto es, en la fase probatoria. De esta manera, se establece contacto entre el juez y las personas cuyas declaraciones debe recoger y valorar. En definitiva se trata de la presencia de las partes y el juez en la formación de la prueba mediante el contradictorio²⁶.

El principio de inmediación se proyecta en dos direcciones: una pasiva o contemplativa, que comporta el contacto directo con las fuentes de conocimiento judicial, y otra activa o intervencionista, que posibilita las funciones directivas y su eventual iniciativa probatoria. Se ha afirmado que sólo el juez que ha asistido directa y personalmente a la práctica de la prueba puede pronunciar la sentencia, sin intermediarios como los jueces instructores o actuarios (art. 16 COPP). No obstante, debe re-contextualizarse el concepto de inmediación. El autor IACOVELLO²⁷ dice que “la oralidad-inmediación es una técnica de formación de las pruebas, no un método de convencimiento del juez”. No puede entenderse de ninguna manera como método de conocimiento de valoración probatoria. Esa proximidad temporo-espacial es para captar datos observables con relación a

²⁶ ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (2007), Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica) Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 330: “*inmediación significa presencia simultánea de los varios sujetos del proceso en el mismo lugar, y, por consiguiente, posibilidad entre ellos de cambiarse oralmente sus comunicaciones*”.

²⁷ IACOVELLO, F.M. (1997), *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano: Ed. Giuffrè, p. 151.

la práctica de la prueba en cuanto a su contenido de afirmación o negación de hechos, por lo cual no se trata de una apreciación *íntima* o de *intuición*, sino que es objetiva, por tanto no puede ser excusa para no razonar, ni mucho menos para que los superiores se nieguen a considerar la interpretación de los hechos²⁸.

Principio de publicidad

La oralidad posibilita un proceso abierto que permita el control de la actividad jurisdiccional y forense por las partes y la opinión pública, esto es, que refuerce la confianza del pueblo en la justicia. Como expresa MÓNICA BUSTAMANTE²⁹ *“La oralidad favorece el principio de publicidad teniendo en cuenta que a partir de ella los interesados en particular y la comunidad en general, adquieren conocimiento del contenido del proceso, del sentido y fundamento de las decisiones judiciales, garantizando un control respecto a la guarda de las garantías procesales”*.

La publicidad en el sentido procesal es hacer público -acceso y lugar- los actos del proceso (art. 13 COPP). En esta acepción la publicidad del proceso puede existir o bien respecto de las partes o con relación a terceros. Respecto a las partes, consiste en que los actos a través de los cuales se desenvuelve la relación procesal, deben necesariamente ser visibles para todos los sujetos de ella. En especial, la actividad probatoria debe ser pública, pues, por una parte, las personas sometidas a juicio tienen derecho

²⁸ Vid ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (2007), “Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica), en la obra *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 159. Vid. IGARTUA SALAVERRIA, Juan (2008), “Algunas incidencias de los principios de contradicción e inmediación en el razonamiento probatorio”, en obra colectiva *Oralidad y Proceso*, Medellín: Universidad de Medellín-Sello Editorial, p. 35.

²⁹ BUSTAMANTE, Mónica (2008), “Presentación”, en obra colectiva *Oralidad y Proceso*, Medellín: Universidad de Medellín-Sello Editorial, p. 7.

a conocer porque se les enjuicia; por la otra, la sociedad tiene derecho a conocer el sustento del fallo judicial.

El Derecho a un proceso público es requisito indispensable para hacer posible, entre otros principios, el de contradicción y el Derecho de defensa. Un proceso público permite que las partes involucradas se encuentren en igualdad de condiciones: para participar en el debate judicial, sobre la base de unas reglas procesales preestablecidas, dentro de las cuales está incluido poner en conocimiento de las partes y de los demás sujetos procesales los motivos que le dieron inicio, las pruebas que se espera sean valoradas por el juez y todos los demás aspectos sustanciales y procedimentales de su desarrollo, para hacer efectiva su concurrencia³⁰.

Especialmente en el proceso penal. Dice ROSELL³¹ que *“Por cuanto los asuntos penales son demasiado importantes no se les puede tratar secretamente, por ello los actos del proceso, salvo las excepciones legales, han de efectuarse en público, esto que constituye una garantía de la legalidad del fallo, permite el acercamiento del ciudadano común al sistema de administración de justicia y fortalece su confianza en ella, lo cual a su vez representa un control democrático de la actuación judicial. Así, al proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, se garantiza uno de los aspectos del debido proceso”*.

El juicio público no sólo es una garantía para el acusado, sino que es garantía también para los demás sujetos procesales y para la sociedad, pues se hace una justicia transparente, a la vista de todo el mundo y hay una especie de control social. La ausencia de publicidad, sin causa justificada de orden legal y decidida por el juez, es una violación al Derecho fundamental y

³⁰ JURISPRUDENCIA. COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-1012 de 1999.

³¹ ROSELL, Jorge (2009), “La oralidad en el proceso penal”, en obra colectiva Memorias del VIII Congreso venezolano de Derecho Procesal. San Cristóbal, p. 123.

constituye causa de nulidad en Venezuela³². Un quebrantamiento de tal naturaleza, como impedir el acceso del público, desarrollar el debate en privado y a puertas cerradas, sin fundamento en causa justificada y sin decisión legal, son causas para impugnar por vía de apelación.

En resumen tenemos que las actuaciones judiciales de pruebas deben ser públicas, factibles de ser presenciadas por todos y, en especial, que debe permitirse a las partes intervenir en la evacuación de la prueba para poder hacer las observaciones y objeciones que considere más conveniente para sus derechos e intereses. Expresa el profesor PARRA QUIJANO³³ que “la prueba puede y debe ser conocida por cualquier persona; ya que, proyectada en el proceso, tiene un carácter “social”: hacer posible el juzgamiento de la persona en una forma adecuada y segura. Agrega el ilustre procesalista que es de interés para ejercer el control democrático del proceso, por ello en la sentencia “los hechos y la prueba de ellos debe ser explícita, de tal manera que toda persona pueda entender, que fue lo que pasó desde el punto de vista fáctico y como se probó”.

En el juicio oral el art. 333 del código derogado disponía que el debate sea público, salvo que el tribunal decida realizarlo a puertas cerradas y señalaba causas específicas para que se adoptara tal medida. Con la reforma del COPP 2012 (ahora art. 316 num 5), se ha incorporado un quinto

³² JURISPRUDENCIA. TSJ-SALA PENAL, Sentencia N° 620 del 10/05/2000: "vulneraron el debido proceso y el derecho a la defensa de los referidos encausados, pues dictaron sentencia respecto a ellos, sin haberse llevado a cabo la audiencia pública del reo, acto en el cual, necesariamente tienen que estar presente el procesado y su defensor, pues, es en dicho acto en donde le son leídos los cargos formulados contra él por el representante del Ministerio Público, por el acusador, o por ambos, y en el cual el procesado los contradice o acepta quedando así precisadas las cuestiones que han de ser materia del debate." Tomado de página www.tsj.gov.ve. JURISPRUDENCIA. COLOMBIA. Corte Constitucional. Auto No. 223 de 2003. M. P. Manuel J. Cepeda Espinosa: "...no es válido para el operador aportar como prueba documentos que no cumplen con los requisitos de publicidad y contradicción"

³³ PARRA QUIJANO, Jairo. (2001), *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Edic. Librería del Profesional. p. 10.

numeral: *“Cualquier otra circunstancia que a criterio del Juez o la Jueza, perturbe el normal desarrollo del juicio”*. De esta manera, se otorga al juez una facultad discrecional que desvirtúa el sentido excepcional de esta medida. Calificamos de arbitraria e inquisitiva esta agregación.

Principio de concentración

El proceso debe realizarse en el menor tiempo posible y con la mejor unidad, sin que tenga que sacrificarse el derecho de las partes a la defensa y el ejercicio de los recursos. Se garantizan por cuanto las comunicaciones escritas entre personas lejanas están separadas por intervalos que permiten la respuesta correspondiente, mientras que entre los presentes que hablan la respuesta sigue a la pregunta. El debate oral es contextual y no admite interrupciones o reenvíos. A diferencia, el proceso escrito es disperso y desconcentrado, se fracciona en una serie de fases o episodios con la posibilidad de impugnar separadamente las resoluciones interlocutorias.

Este principio tiende a lograr la inmediación, la continuidad y la celeridad procesal. Pues, todo ello requiere que los actos procesales se lleven a término sin interrupciones y con conexión (art. 17 COPP). También, garantiza la identidad física, puesto que, si el proceso se desarrolla en una serie de etapas o fases prolongadas y distantes entre sí se corre el riesgo que el juez decisor cambie por incapacidad, vacaciones, muerte, traslado, ascenso o retiro. Lógicamente, la concentración alcanza las cuestiones incidentales que deben resolverse en las audiencias en que está concentrado el proceso. La concentración constituye la característica exterior emblemática de la oralidad y realiza los principios de celeridad, sencillez y economía.

La concentración, en relación a la actividad probatoria, comporta que ésta se desarrolle en una sola audiencia, o de ser imposible, en varias

próximas en el tiempo al objeto de que no desaparezcan de la memoria del juez los actos orales que él ha presenciado³⁴. La causa se debe sustanciar en un período único que incluya una sola audiencia o el menor número posible de audiencias sucesivas y, significa, especialmente, el dictado de la sentencia después de la clausura del debate oral.

Se debe advertir que la prueba anticipada y la prueba preconstituida menoscaban los principios de contradicción, oralidad, inmediación y concentración. Por ello, es esencial en el sistema acusatorio, establecer unos requisitos que garanticen su aplicación en la práctica de la prueba anticipada y minimicen la lesión a estos principios.

Principios relativos a la aportación probatoria en el proceso

Estos se refieren a la aportación de los hechos, de las fuentes y medios probatorios en el proceso³⁵. Debe saberse que los hechos no ingresan al proceso, sino percepciones de los mismos a través de las pruebas personales, o bien evidencias materiales que informan indirectamente sobre la ocurrencia, forma, lugar y tiempo del hecho. El proceso penal se divide en dos grandes bloques con relación al tema probatorio: el primero, se refiera a la investigación o fase preliminar (localización de fuentes de prueba) y el segundo a la formación de prueba (fase intermedia y fase de juicio oral).

Principio de oficialidad

Esta fase está supeditada a la determinación del hecho punible (hechos constitutivos y circunstancias) y la persona que puede ser imputada

³⁴ PICÓ I JUNOY, Joan (2004), "El principio de oralidad en el proceso civil español", Barcelona. Editorial Bosch, p. 6.

³⁵ BUJOSA VADELL, Lorenzo *et alia* (2006), *Derecho Procesal Penal*, Salamanca, Universidad de Salamanca, p. 33.

conforme a su grado de participación (actor, cómplice, colaborador, entre otros).

Corresponde al Ministerio Público la gestión de todas las actividades de investigación (propias y coordinación con los órganos policiales) que posibiliten la determinación del hecho y la atribución a persona. Se trata de localizar las fuentes de prueba que permitan la traslatividad representativa de los hechos, asegurar los elementos de prueba (evidencias materiales) y en *caso de urgencia y cumplidos los requisitos legales solicitar ante el Juez de Control prueba anticipada*. El cumplimiento de su labor está limitado el Ministerio Público por los derechos y las garantías constitucionales, la reserva legal y judicial, de suerte que cuando se vaya a producir restricción de derechos fundamentales sólo podrá realizar las autorizadas por la ley y con la autorización judicial.

Principio de aportación de parte

El sistema acusatorio impone un proceso de partes. En este sentido, ya en el proceso corresponde a las partes la alegación de los hechos y la aportación del material probatorio. En el sistema acusatorio, diseñado como adversarial, las partes son las únicas que pueden aportar fuentes de prueba al proceso, de suerte que el Juez se encuentra totalmente pasivo. En este sistema la prueba se entiende como algo exclusivo de las partes, y son ellas las que tienen la responsabilidad de la búsqueda de aquella³⁶.

No obstante, hay un derecho fundamental que condiciona la actividad probatoria en el proceso penal: el derecho a la presunción de inocencia. En el proceso penal la presunción de inocencia impera desde el inicio de la investigación, durante el juicio y en sentencia. Antes y durante el proceso

³⁶ GUERRERO PALOMARES, Salvador (2005), *El principio acusatorio*, Navarra: Editorial Thomson-Aranzadi, p. 93.

debe presumirse la inocencia del imputado. En el sistema acusatorio se da plena garantía de este derecho y el proceso penal se establece para que el Estado, mediante el reconocimiento y acatamiento de garantías, pueda demostrar la responsabilidad y culpabilidad del imputado. En este sistema la culpabilidad es de acto y no de autor, de lo que se deriva que la responsabilidad se genera por lo que hace el sujeto queriéndolo hacer.

El derecho a la presunción de inocencia supone el desplazamiento del *onus probandi* a quien sostiene la acusación. Esto quiere decir que en el proceso penal se parte de la inocencia del imputado, siendo quienes acusan los que deben aportar pruebas incriminatorias o de culpabilidad del acusado.

En principio tenemos que la Constitución al consagrar la presunción de inocencia como derecho fundamental, impone a la acusación la carga de aportar las pruebas incriminatorias; pero, además, la concurrencia del principio acusatorio que rige nuestro derecho penal y según el cual *no hay condena sin acusación* (arts. 308 y 345 COPP). La presunción de inocencia es un derecho fundamental consagrado en la Constitución (art. 49 numeral 2º), que otorga a la persona el *status* de inocente frente a cualquier imputación penal, por ello no tiene ninguna obligación de probar su inocencia o inculpabilidad. Corresponde, al Estado, a través del Ministerio Público, demostrar la responsabilidad penal del imputado, pero también tiene el deber (art. 111 COPP) de investigar todas las circunstancias de los hechos, pues su actuación debe estar presidida por un criterio objetivo de justicia³⁷.

En todo caso, se advierte que si bien el imputado puede adoptar una posición pasiva frente a la acusación fiscal, y que sea este quien deba probar fuera de toda duda razonable, no significa que el imputado no pueda generar

³⁷ CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*, Bogotá, Edita Temis, 1998, p. 35. MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*, Madrid, Edita Trotta, 2004, pp. 239-241. DELGADO SALAZAR, Roberto. *Las pruebas en el proceso penal venezolano*, Valencia, Edita Vadell Hnos, 2007, pp. 44-46.

actividad probatoria. Es más, conforme a su rechazo de la acusación asumirá algunas afirmaciones fácticas que el corresponderá probar para destruir la acusación.

Principio de valoración de la prueba

Este es un principio referido a la forma que debe emplear el juez para examinar la valoración de la prueba practicada en el proceso. En Venezuela por disposición expresa del art. 22 COPP las pruebas se apreciarán según la sana crítica.

El juez en el momento de entrar a juzgar sobre los hechos debe tomar en consideración los siguientes aspectos: a) si el material probatorio proviene de prueba conforme al debido proceso (art. 49, numeral 1 CRBV), bien sea por que hay irregularidad procesal (*en caso de prueba anticipada debe examinar si para su práctica se cumplieron las exigencias de ley*) o porque es prueba ilícita; b) análisis individual y conjunto con cada medio probatorio, c) aplicación de las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y el método científico para la obtención de las inferencias que posibiliten fijar los hechos y ofrecer convicción sobre los mismos; y d) motivación razonada de su decisión.

La aplicación de la sana crítica o valoración racional

En los ordenamientos jurídicos Iberoamericanos se establece la sana crítica como método de valoración de la prueba. Es un concepto de origen ibérico. En los ordenamientos del *civil law* continental europeo se habla de la libre valoración racional o valoración racional. No obstante, ambos sistemas son definidos en forma genérica y vaga, sin precisarse su significado y lo que comprenden en el sentido instrumental. En términos generales, ambos sistemas tienen en el mismo significado.

En todo caso debe expresarse que la tendencia actual es que los ordenamientos jurídicos deben ser racionales, lo que implica que todo el sistema debe converger hacia esa categoría. Con mayor razón en los subsistemas de juzgamiento, pues, allí de alguna manera se restringen o afectan derechos de la persona. En consecuencia, ningún sistema jurídico puede definirse como racional si no es capaz de producir decisiones judiciales que puedan definirse de alguna manera como racionales³⁸.

Dentro de los sistemas de convicción racional, que se aparta del sistema de libre convicción, dándole preeminencia a la justificación racional, aparece el sistema de sana crítica. Dice SENTIS MELENDO³⁹ refiriéndose al concepto *sana crítica*, “*el concepto y la expresión nos pertenecen: son netamente hispánicos. Fuera de nuestros países, la sana crítica, como sistema de valoración de la prueba, o mejor como expresión de esa valoración, no se encuentra*”. Este sistema, pues, proviene del derecho español⁴⁰, si se quiere es la conjunción de las reglas de experiencia con el método lógico de la ciencia, lo que significa que el juez y, en general los abogados, deben manejar el arte de la argumentación como corolario de la aplicación de métodos lógicos para la elaboración de los juicios (proposiciones)⁴¹.

³⁸ TARUFFO, Michele (2009), “El control de la racionalidad de la decisión, entre la lógica, retórica y dialéctica”, en obra recopilativa de escritos de Taruffo *Páginas sobre Justicia Civil*, Madrid, Edita Marcial Pons, p. 197.

³⁹ SENTIS MELENDO, S. *La prueba*, Bogotá, Editorial Temis, 1990, p. 48.

⁴⁰ La sana crítica se encuentra en la ley española de enjuiciamiento civil de 1855, concretamente en el artículo 317 de pautaba: “Los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos”. En América fue acogida desde hace tiempo por Argentina. Vid DUQUE CORREDOR, Román J. (1990), *Apuntaciones sobre el procedimiento Civil Ordinario*, ob. cit. tomo I, p. 294.

⁴¹ CSJ. Sentencia 18-12-90: “Se infringe la sana crítica cuando la sentencia se limita a describir los elementos de autos sin analizarlo en absoluto en su virtualidad probatoria o cuando su valoración de las pruebas está en franca contradicción con las pautas lógicas que

Ahora bien ¿qué es la sana crítica, además de una expresión idiomática? Nadie nos lo ha podido decir: ni las leyes, ni la jurisprudencia, ni la doctrina. Sentis Melendo⁴² dice lo siguiente: *Se identifica por algunos con la lógica; por otros con el buen sentido, extrayendo las reglas de la lógica, basándose en la ciencia, en la experiencia y en la observación; otras veces es la lógica crítica aplicada al proceso; el buen sentido; coincide con las reglas del correcto entendimiento humano; con la crítica o el criterio racional; se confía a la prudencia, rectitud y sabiduría de los jueces; debiendo en cada caso examinar las circunstancias que lo rodean.*

COUTURE define las reglas de la sana crítica como *"las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia"*.

Explayándose en el tema enseña que las reglas de la sana crítica configuran una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Las reglas de la sana crítica son, para él ante todo, *"las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana), con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo*

rigen la investigación de la verdad, o cuando se hacen aseveraciones apodícticas para el establecimiento de los hechos, de forma que revela una prematura o irreflexiva formación de la convicción del juez". PIERRE TAPIA. O. Ob. cit. Año 1990, N° 12, p. 290.

⁴² SENTIS MELENDO, S. *La prueba*, ob. cit. p. 52.

a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento"⁴³.

COUTURE destaca la diferencia entre la sana crítica y la libre convicción pues este último es *"aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizado por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos"*. El juez - continúa- no está obligado a apoyarse en hechos probados, sino también en circunstancias que le consten aun por su saber privado; y *"no es menester, tampoco, que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posteriori; basta en esos casos con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida"*⁴⁴.

En desacuerdo con la libre convicción o apreciación, la sana crítica supone métodos, reglas de lógica, reglas de experiencia, e incluso reglas sociales, costumbres, entre otros, que permitan al juez valorar y apreciar una realidad jurídica determinada. Esa realidad deviene de una situación histórica concreta que produce muchas determinaciones, por ello el juez tiene que hacer una apreciación integral, en la cual estén presentes los métodos del

⁴³ COUTURE, E. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial EJE, 1978, p. 270.

⁴⁴ *Ibíd*em, p. 273

pensamiento, todo el acervo probatorio y las determinaciones sociales, psicológicas e históricas.

Respecto de la relación entre la sana crítica y la lógica, COUTURE hace ver que las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica. Existen algunos principios de lógica que no podrán ser nunca desoídos por el juez. Así, dice, nadie dudaría del error lógico de una sentencia en la cual se razonara de la siguiente manera: los testigos declaran que presenciaron que Felipe (F1) disparó contra José; como Carlos es igual a Felipe, condeno Carlos. Evidentemente, está infringiéndose el principio lógico de identidad, según el cual una cosa solo es igual a sí misma. F1 es F1, son iguales a sí mismos, y no a otra persona. Varios son los ejemplos que se pueden citar con relación a la problemática de la lógica. En todo caso expresa que la corrección lógica no basta para convalidar la sentencia. La elaboración del juez puede ser correcta en su sentido lógico formal y la sentencia puede ser errónea. Por ejemplo, un fallo razona de la siguiente manera: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia, ha dicho la verdad. El error lógico es manifiesto, pero desde el punto de vista jurídico la solución puede ser justa si el testigo realmente ha dicho la verdad. Pero puede ocurrir otra suposición inversa. Dice el juez: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia es mentiroso. En este último supuesto los principios lógicos han sido respetados ya que el desenvolvimiento del silogismo ha sido correcto. Pero la sentencia sería injusta si hubiera fallado una de las premisas: si todos los hombres del pueblo no fueran mentirosos, o si el testigo no fuera hombre de ese pueblo.

Igual importancia asigna a los principios de la lógica y a las reglas de la experiencia en la tarea de valoración de la prueba ya que el juez no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento

del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas; y aun frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar. Lo anterior lo lleva a concluir que es necesario considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya⁴⁵.

Las reglas de la experiencia son instrumentos fundamentales para esclarecer el fenómeno de la credibilidad y la certeza. Sin ella no hay fundamento para construir el concepto de credibilidad ya que ésta está enraizada en la experiencia que el individuo y la sociedad sufren a diario y son generalizados en reglas. Las reglas de la experiencia pueden considerarse una herramienta característica de toda actividad judicial. Contra ellas se contrastan los hechos que consideramos creíbles en el sentido judicial.

El hombre se relaciona con el mundo a través de sus sentidos. Por medio de ellos le llegan al operador central (cerebro) informaciones variadas que le van generando una percepción y en la medida de su culturización va armando una comprensión. Todo eso es un proceso de socialización, en donde el hombre va aprendiendo saberes y la manera de desempeñarse

⁴⁵ Idem

frente a diversas situaciones. En ese proceso percepción-comprensión-proyección el hombre “captura hechos”, “conceptos” y “relaciones”, que la memoria retiene y conserva. Esta conservación le permite acumular experiencia y utilizarlas en nuevas situaciones, para evitar el peligro y mantener estable su medio social.

El hombre es historia en dos sentidos: uno, porque en él se va sintetizando la experiencia del pasado; el otro, porque él va afinando esas experiencias y esas relaciones mundo, que le van dando nuevas experiencias. Por supuesto, el hombre tiene sus propias experiencias que confronta con la experiencia de los demás y las particulares de sus semejantes y de allí extrae nuevas formas que le dan un saber de comunicación social y una manera de comportarse y supervivir. Por eso el diccionario nos define experiencia como la “enseñanza que se adquiere con el uso, la práctica o sólo con el vivir.

Las llamadas *máximas de experiencia* COUTURE las define como *"normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie"*.

FRIEDRICH STEIN, a quien se debe la introducción en el derecho procesal del concepto *máximas de experiencia*, dice que estas *"son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos"*⁴⁶.

⁴⁶ STEIN, F. *El conocimiento privado del juez*, Bogotá, Edita Temis, 1999, p. 27

Siguiendo al autor citado⁴⁷ las reglas de la experiencia tienen papel importante en el proceso, que se puede expresar así:

a) Para hacer valoración de los medios probatorios. Por ejemplo, para juzgar si un testigo pudo o no apreciar determinado hecho a ciento cincuenta metros.

b) Para que se puedan indicar hechos que están fuera del proceso, por medio de otros (indicios) y a los cuales se refiere así:... Los indicios son hechos, es decir, acontecimientos, o circunstancias, a partir de los cuales y por medio de la experiencia, se pueden concluir en otros hechos que están fuera del proceso y constituyen el objeto de la prueba.

c) En todo lo que tiene relación con el miramiento de si un hecho es imposible. Una tercera e independiente función de las máximas de experiencia, que por un lado todavía se refiere al derecho probatorio y por otro pertenece al enjuiciamiento del supuesto del hecho material, es la determinación de la imposibilidad del hecho.

d) En la formación de la sentencia.

e) Para integrar definiciones legales. Precisar el uso de determinados términos, como buena fe, etc.

Indiscutiblemente que en la valoración propiamente de lo sucedido y que es controvertido, se pueden distinguir tres funciones de las máximas de experiencia: a) Heurística: es un instrumento ideal para fabricar hipótesis, las cuales permiten construir *narraciones* hipotéticas referidas a los hechos del proceso; b) Epistémica: en cuanto son instrumentos de conocimiento, pues, su aplicación al caso concreto como premisa –*criterio cognoscitivo*- posibilita

⁴⁷ IBÍDEM. pp. 41-64.

implementar inferencias; c) Justificativa: se manifiesta en el contexto de la motivación de la decisión sobre los hechos del proceso⁴⁸.

Tenemos que la aplicación de las reglas de experiencia en la sana crítica se puede resumir en lo que enseña GUASP⁴⁹ como “Los criterios normativos (reglas, pero no jurídicas), que sirven al hombre normal, en una actitud prudente y objetiva (sana), para emitir juicios de valor (estimar, apreciar) acerca de una realidad”. El extinta Corte Suprema de Justicia, pero criterios que ha mantenido el Tribunal Supremo de Justicia venezolano, toma esas líneas doctrinarias sobre las reglas de experiencia y cita como ejemplos de ellas, los siguientes: El sol sale por el este; un cuerpo abandonado al vacío, cae; los frutos maduran en el verano; en Venezuela se conduce automóviles por la derecha; las personas ancianas caminan con lentitud, las aves emigran en el invierno⁵⁰.

CALAMENDREI, por su parte, las define como aquellas “...extraídas de su patrimonio intelectual (del juez) y de la conciencia pública...” y destaca su utilidad pues “las máximas de experiencia poseídas por él, por lo general, le servirán de premisa mayor para sus silogismos (por ejemplo, la máxima de

⁴⁸ TARUFFO, Michelle. “Consideraciones acerca de las máximas de experiencias”, en obra colectiva XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, obra colectiva XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal-Universidad Libre de Colombia, 2008, pp. 176-182.

⁴⁹ GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1998, p. 363.

⁵⁰ JURISPRUDENCIA. VENEZUELA. CSJ-SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia 9 de Junio de 1994. Expediente N° 92-204. Caso de Export Import Bank of the United States of America contra Horacio Guillermo Villalobos y otros. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Penal (Sentencia N° 301 del 16/ 03/ 2000) “En el sistema de la sana crítica, no basta que el juez se convenza así mismo, y lo manifieste en su sentencia, es necesario que, mediante el razonamiento y la motivación, el fallo tenga la fuerza de demostrar a los demás la razón de su convencimiento, basado este en las leyes de la lógica, los principios de la experiencia, y los fundamentos científicos de la determinación judicial, y cuya inobservancia, por parte de los jueces de mérito, amerita la censura de casación. (Tomado de página www.tsj.gov.ve).

que la edad avanzada produce en general un debilitamiento de la memoria, le hará considerar en concreto la deposición de un testigo viejo menos digna de crédito que la de un testigo todavía joven)...”⁵¹.

Empero, cualquiera que sea el concepto que se dé sobre las máximas de la experiencia, es posible encontrar ciertos elementos que les son comunes y tales son, según un autor los siguientes: 1° Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico; 2° Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica; 3° No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos; 4° Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar; 5° Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia.

No obstante, hay que señalar que las máximas de experiencia no se agotan ni en las reglas de sobrevivencia, ni en el conjunto de nociones que constituyen un patrimonio cultural en un determinado lugar y en un determinado momento histórico. Tampoco debe hacerse equivalente el concepto de sentido común con las máximas de experiencia. En el primero hay más raciocinio y aplicación de formas lógicas, por lo que hay menos generalizaciones, aun cuando se valga de estereotipos para interpretar la

⁵¹ CALAMANDREI, Piero *Estudios sobre el Proceso Civil*, Buenos Aires, Editorial EJEA, 1973, Tomo III, p. 322.

realidad. Las segundas, se basan fundamentalmente en generalizaciones y por tanto vienen enunciadas en forma de *reglas*⁵².

Aclara TARUFFO que las reglas de experiencia no deben confundirse con las reglas de la lógica y de la argumentación racional. Estas reglas no se refieren a un pretendido *conocimiento* sobre hechos y comportamientos, sino que *fijan* los criterios que deben seguirse para construir un razonamiento lógicamente correcto.

Por otra parte, es importante señalar que no todas las máximas de experiencia pueden tener el mismo valor de conocimiento –epistemológico– para fundar un razonamiento. Algunas reglas de la experiencia se basan en generalizaciones que pueden considerarse como *válidas* porque se corresponden a la forma en la que un cierto acontecimiento se produce efectivamente en la realidad⁵³. Hay que tener en cuenta que el fundamento cognoscitivo en esos casos no está en la experiencia perceptiva de los fenómenos que describe, sino en las leyes científicas o naturales que explican estos fenómenos. Sin embargo, algunas de ellas pueden derivar de la experiencia directa de estos fenómenos, pero si la persona no está al tanto del conocimiento científico sólo formulará su experiencia repetida.

⁵² TARUFFO, Michelle “Consideraciones acerca de las máximas de experiencia”, en obra colectiva XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, ob. cit. p. 169. Vid. NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2010, pp. 210-212. Este autor entre otras críticas dice “Y cuando se mencionan, no significan otra cosa que una referencia a una especie de imaginario colectivo que se toma como ejemplo de consenso social o científico de cuál es el *id quod plerumque accidit*”. Y agrega: “en realidad, se está haciendo referencia en ocasiones [...], a simples convenciones sociales que, por cierto, están llenas de prejuicios y no atienden en absoluto al método científico”.

⁵³ IBÍDEM, p. 170.

La jurisprudencia ha venido evolucionando en cuanto a la definición y a la aceptación de diversos tipos de máximas de experiencia con diverso valor epistemológico⁵⁴.

⁵⁴ JURISPRUDENCIA. VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia N° RC.00073, de fecha 8 de marzo de 2007, expediente N° 06-820, Magistrado ponente Luis Antonio Ortiz Hernández, caso Olga María Angelino Manzo contra Lina Romelia González de Angelino y otros: *En este mismo orden de ideas, tenemos que el concepto de << máximas>> de << experiencia>> y su técnica para denunciarla, quedo plasmado en sentencia emanada de la Sala signada con el N° 017 del 25 de enero de 2006, expediente No 04-029, señaló lo siguiente: "...En reiterada jurisprudencia ha establecido lo que se entiende por una máxima de experiencia y la técnica exigida para su denuncia en casación. En sentencia N° 324 de fecha 15 de octubre de 1997, caso: Régulo Antonio Tineo Arismendi c/ Jesús Fermín, establece lo siguiente: "En cuanto a estas últimas, en sentencia de fecha 25 de marzo de 1992, estableció lo siguiente: En la doctrina procesal, el concepto de máximas de experiencia>> o reglas de experiencia, ha sido explicado de la siguiente forma: (...) son ciertas normas de estimación y valoración inducidas de las realidades prácticas de la vida, que son fruto de la observación de los hechos que acaecen en la vida social. (de). (...) son juicios generales, no privativos de la relación jurídica de que se trate, fundados en la observación de lo que comúnmente acontece y que, como tales, pueden hacerse en abstracto por cualquier persona sana de mente y de un nivel medio cultura. (Chiovenda). (...) Son juicios hipotéticos de contenido general, sacados de la experiencia; sean luego leyes, tomadas de las distintas ramas de la ciencia, o aun simples observaciones de la vida cotidiana. (Stein). ...Omissis... (...) 'Las argumentaciones de derecho y de lógica que el fallo contiene no pueden ser calificadas de elementos extraños a los autos, ya que ellas son de uso corriente y permitido en la elaboración de los fallos para lo cual también se puede acudir a las << máximas>> de << experiencia>>, como lo hizo en este caso el sentenciador, pues tales máximas responden al saber o conocimiento normal o general que todo hombre de cierta cultura tiene el mundo y de sus cosas en el estado actual de información que poseemos (...)* (...) Algunos ejemplos de << máximas>> de << experiencia>> serían los siguientes: El sol sale por el este; un cuerpo abandonado en el vacío, cae (...) (...)..... Ahora bien, aun cuando la decisión del juzgador no esté fundamentada o apuntalada en una máxima de experiencia, puede suceder que en su sentencia éste emita pronunciamientos o criterios que estén reñidos con elementales << máximas>> de << experiencia>>, situación en la cual éstas se estarían violando por omisión, al dar por cierto el juzgador un criterio contrario al conocimiento común, lo que denota una conducta que debe ser impugnabile o controlable por la Sala...". "...De manera que, desde la fecha en que se publique la presente decisión, la violación de las << máximas>> de << experiencia>> se configurará en los casos siguientes: a) cuando el juez base su decisión en una máxima de experiencia y la viole o infrinja; y, b) cuando el juez no aplique en su decisión una máxima de experiencia y, sin embargo, emite pronunciamientos o criterios que están reñidos con ella, todo lo cual se traduce en que el quebrantamiento de las << máximas>> de << experiencia>> se puede producir por acción u por omisión, respectivamente...". "...De lo antes expuesto se colige, que el juez continúa facultado por la ley para fundar su decisión en << máximas>> de << experiencia>>, según su prudente arbitrio, sólo que cuando no las aplique en su decisión éste deberá abstenerse de emitir pronunciamientos o criterios que las contraríen, so pena de incurrir en violación por omisión de máxima de experiencia, con la consiguiente infracción de lo contemplado en el artículo 12

Digamos, finalmente, que por sus propias características a las máximas de experiencia no les rige la prohibición común de no admitir otros hechos que los probados en el juicio. La máxima *quod non est in actis non est in mundo* no es aplicable totalmente a ellas ya que implicaría rechazar juicios o razones que por su generalidad, notoriedad, reiteración y permanencia en el tiempo se tienen generalmente por aceptados por la sociedad.

Debe advertirse que un mal uso de las reglas de experiencia puede conducir a error, por ello deben tenerse presentes algunas reglas para evitar el error: a) No darle valor de regla general a una máxima cuando esta la tenga por no estar fundada en conocimiento científico válido; b) si una regla está formulada en términos generales, basta un solo caso negativo para demostrar su falsedad; c) no puede pretenderse validez a una máxima de experiencia si contradice una regla de conocimiento científico disponible, y d) una máxima de experiencia que sea contradicha por otras no puede aplicarse como fundamento de decisión⁵⁵.

del Código de Procedimiento Civil...". "...Sobre la determinación de la imposibilidad de un hecho, que corresponde a una de las funciones de las << máximas>> de << experiencia>>, autorizada doctrina ha señalado lo siguiente:...". "...Una tercera e independiente función de las máximas de la experiencia, que por un lado todavía se refiere al derecho probatorio y por otro pertenece al enjuiciamiento del supuesto de hecho material, es la determinación de la imposibilidad de un hecho...". ("...omissis...") "... Esta exclusión no es, como yo mismo creía antes, lo contrario de lo notorio, es decir, de lo conocido universalmente como verdadero. Estaba mal pensado: en este caso, lo opuesto es, más bien, lo conocido universalmente como falso, lo notoriamente falso, el hecho notorio negativo, algo semejante a la afirmación de que no existe ferrocarril entre Leipzig y Berlín....". "... "...Afirmaciones del Juez que contraríen una máxima de experiencia, no pueden pasar inadvertidas al control de de Casación Civil. Por tal motivo, reconsidera su doctrina y establece, como antes se expresó, que a partir de la publicación del presente fallo una máxima de experiencia puede ser violada, bien sea por acción u omisión, dependiendo de las circunstancias del caso. Así se decide..." (Negritas del texto). Atendiendo a la doctrina precedentemente transcrita, la violación de una máxima de experiencia por omisión en su aplicación, tiene lugar solo cuando el juez no aplique en su decisión una máxima de experiencia y, sin embargo, emite pronunciamientos o criterios que están reñidos con ella.

⁵⁵ TARUFFO, Michelle. "Consideraciones acerca de las máximas de experiencia", en obra colectiva XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, ob. cit. pp. 183-185.

A manera de conclusión, puede decirse que el **concepto mismo de sana crítica** se ha ido ponderando sustancialmente a través del tiempo, no habiendo hoy en día prácticamente discusión en cuanto a que fundamentalmente los elementos que la componen son: 1) *la lógica* con sus principios de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma); de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí); de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia); del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes), 2) *las máximas de experiencia* o "reglas de la vida", a las que el juzgador consciente o inconscientemente recurre, ya examinadas, 3) *los conocimientos científicamente aceptados socialmente* (según exigen los cánones de la comunidad científica mundial legales nacionales citados), y 4) *la obligación de fundamentar la sentencia*, exponiendo las razones de justificación de la decisión⁵⁶, que en otro capítulo trataremos.

Otro aspecto relevante es que lo que informa o inspira la sana crítica es la racionalidad. La apreciación o persuasión en este sistema debe ser racional, lo que la diferencia totalmente del convencimiento que resulta del sentimentalismo, de la emotividad, de la impresión. Los razonamientos que haga el juez deben encadenarse de tal manera que conduzcan sin violencia, "sin salto brusco", a la conclusión establecida y sus juicios deben ser susceptibles de confrontación con las normas de la razón. Por último, la adopción de un sistema de sana crítica tiene una relación primordial con la fundamentación de la sentencia, afectando la forma en que ella debe desarrollarse y que se enmarca en una visión de sistema que se relaciona

⁵⁶ GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. "La fundamentación de las sentencias y la sana crítica", Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005. Tomado de <http://www.derechoinforma.net>.

con una visión democrática del poder judicial. Así la fundamentación cumpliría una triple función: Permitir un control extraprocesal por la comunidad, ser una garantía para la parte al permitir a ésta conocer las razones de la decisión y facilitar un control endo procesal que respete las garantía de las partes a una revisión de la sentencia por los tribunales superiores de justicia.

De manera que el juez llamado a valorar la prueba en forma racional no tiene libertad para valorar, sino que debe atenerse en su labor de sentenciador aquellas exigencias de la sana crítica que se han expuesto. Si no los respeta se abre paso a la arbitrariedad judicial y a la incertidumbre de las partes.

Es conveniente admitir que en el sistema acusatorio se afirma con mayor intensidad la necesidad de una valoración racional de la prueba. Esto supone una claridad conceptual acerca de la totalidad de la actividad probatoria, pues una idea confusa acerca de una institución probatoria puede afectar el debido proceso. Por ejemplo, valorar como preconstituida un medio probatorio y asignarle un valor tasado desnaturaliza el principio acusatorio y quebranta la garantía del debido proceso en su manifestación del derecho de defensa y de la prueba lícita y conforme a las reglas procesales.

CAPÍTULO II

LA FORMACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

Para examinar este aspecto de la formación de la prueba es necesario formular unas breves consideraciones acerca de conceptos relevantes de la actividad probatoria. Tema en el cual ha insistido permanentemente el profesor RIVERA⁵⁷, expresando que la falta de claridad de los conceptos entre fuentes, medios y prueba origina confusiones en el momento del sustento judicial.

Partiremos de la idea que la prueba se forma en el proceso. Antes del proceso lo que existen son fuentes de prueba, nos parece conveniente recordar lo que ya se dijo sobre ella. Que fuente es un concepto metajurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso. Las fuentes preexisten al proceso. Así la *fuentes de prueba* existirá con independencia de que se siga o no el proceso, aunque mientras no se llegue a él su existencia carezca de repercusiones jurídicas. Ella contiene una impresión o percepción de hechos ocurridos. Hechos que pueden ser discutidos en un proceso. En el proceso se discuten son las afirmaciones sobre hechos del pasado.

A través de los medios de prueba se introducen las fuentes al proceso para verificar los contenidos materiales de las afirmaciones realizadas por las partes. Cuando las partes hacen oferta probatoria, en realidad lo que hacen es manifestar de que fuentes disponen⁵⁸, y a través de que medios

⁵⁷ RIVERA MORALES, Rodrigo. *Las pruebas en el derecho venezolano*, 6ª. Edición, Barquisimeto, Editorial Librería Jurídica, 2008, p. 11.

⁵⁸ SENTÍS MELENDO, Santiago. *La Prueba*, ob. cit. p. 152.

probatorios pueden trasladarlas al debate probatorio. En la admisibilidad el juez autorizará acerca de los medios para traer las fuentes al proceso.

Así se tiene que el hecho que fue observado por el testigo y percibido por su psiquis es preexistente al proceso y esa percepción del hecho existirá así no haya proceso. Esos testigos son fuente de prueba, y los llevaremos al proceso mediante la prueba testimonial. Su testimonio se produce en el debate probatorio, en este sentido puede decirse que se realiza o práctica en el proceso, conforme a las reglas procesales, en debate contradictorio y público, obteniéndose una declaración que tiene un contenido material, o datos o informaciones.

Puede observarse que la formación de la prueba es un proceso, pues pasa por una serie de etapas. El proceso judicial –como proceso de cognición- se nutre de las fuentes de prueba a través de la práctica de los medios probatorios y de allí el juez obtiene un conocimiento, Conocimiento que es relativo y parcial. Es así mediante la práctica de los medios en el debate probatorio que el juez puede llegar a conocer si un evento pasado ocurrió de tal o cual manera. Por ello, se tratará de clarificar estos conceptos elementales de fuente, medio y prueba.

2.1. Los elementos de la actividad procesal probatoria

Este es un tema ampliamente debatido. Fundamentalmente tiene que ver con qué se prueba y cómo se prueba. CHIOVENDA⁵⁹ diferencia como elementos constitutivos de la prueba: *los motivos, los medios y los procedimientos*; GUASP⁶⁰ habla de *elementos, fuentes, medios, motivos,*

⁵⁹ CHIOVENDA, J. *Principios de Derecho procesal Civil*, Tomo II, Madrid: Editorial REUS, 1977, pp. 299-300.

⁶⁰ GUASP, J. y ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 5ª Edición, Madrid: Editorial Civitas, 2002, pp. 346 y 364.

materias, tema y resultados; MONTERO AROCA⁶¹ se pronuncia por los de *medios, fuentes y prueba*.

Medios de prueba

Los medios de prueba son los caminos o instrumentos que se utilizan para conducir al proceso la reconstrucción de los hechos acontecidos en “la pequeña historia” que es pertinente al proceso que se ventila. Son aquellos que transportan los hechos al proceso. Es un concepto esencialmente jurídico.

Los medios son los instrumentos procesales que son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia de uno o más hechos, que nos sirven para reconstruir los acontecimientos y mediante los cuales se manifiestan las fuentes de prueba sobre el conocimiento o registro de los hechos⁶². Son medios: la pericia, la documental, la testimonial, etc. Los medios están regulados por normas procesales para ser aportados, admitidos y practicados.

⁶¹ MONTERO A., J. *La prueba en el proceso civil*. 4ª Edición. Madrid: Editorial Thompson-Civitas, 2005, pp. 136-139. Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*, Buenos Aires, Editorial EJE. pp. 67-68.

⁶² GOZAINI, Osvaldo. *Elementos de Derecho procesal civil*, Buenos Aires: Editorial EDIAR, 2005, p. 323. No compartimos el criterio de CARNELUTTI que medio de prueba es la percepción del juez, por cuanto eso implicaría una actividad psíquica (sensación-percepción-comprensión) que no es propio de un instrumento; en nuestra opinión es el instrumento a través del cual se percibe. En Venezuela, los autores DELGADO SALAZAR, Roberto *Las pruebas en el proceso penal venezolano*, ob cit. p. 30 y PÉREZ SARMIENTO, Eric. *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Caracas: Editorial Vadell Hermanos, 2005, p.47, manifiestan que hay otro criterio igualmente válido cual es considerar a medios de prueba como la actividad del juez para obtener conocimiento”. La doctrina mayoritaria se pronuncia en considerar a medio de prueba desde el punto de vista de transportación de la fuente. Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Medellín, Editorial DIKE, 1993, tomo I, p. 273; CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires: Editorial Depalma, 1998, p. 23; CABRERA ROMERO, Jesús E. *Contradicción y control de la prueba*, Caracas: Editorial Jurídica Alva, 1997, tomo I, p. 29: “La proposición de una prueba consiste en un alegato del promovente de que el medio anunciado por él va a traer a los autos determinados hechos. Por ello, toda promoción involucra una petición de admisión de un medio, a fin de que éste se forme o constituya dentro del proceso...”

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

Fuentes de prueba

Dice MONTERO AROCA⁶³ que fuente es un concepto extrajurídico, que se corresponde forzosamente con una realidad anterior al proceso y extraña al mismo, pues, existe independientemente de que llegue a realizarse o no un proceso. Sino entra al proceso no tiene consecuencias procesales, pero si puede tener efectos materiales. Las fuentes preexisten al proceso. En el proceso se discuten son hechos del pasado. Utilizando la terminología de MUÑOZ SABATÉ⁶⁴ los hechos al producirse dejan una huella o una impresión (material o psíquica), mediante los cuales se puede demostrar su existencia.

En este sentido se puede decir que fuente de prueba es el órgano⁶⁵, instrumento o circunstancia que conduce el hecho concreto al proceso porque en él está el hecho impreso. Es el elemento en el cual ha quedado estampada o grabada la huella del hecho histórico que vamos a intentar

⁶³ MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, ob. cit. p. 137.

⁶⁴ MUÑOZ SABATE, Luis. “Probática y Derecho Probatorio”, en *XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá: Universidad Libre de Colombia-ICDP, 2006, p. 479.

⁶⁵ Algunos autores hablan de órgano de prueba definiéndola como “toda persona portadora o formadora de la información que sirve para establecer la veracidad o falsedad de los hechos del proceso” vid a DELGADO SALAZAR, Roberto. *Las pruebas en el proceso penal venezolano*, ob cit. p. 30 y a PÉREZ SARMIENTO, Eric. *La prueba en el proceso penal acusatorio*, ob. cit. p. 49. No compartimos ese criterio porque deja por fuera elementos materiales – huella, marca, etc.-; los hechos existen o no, dejando cuando existen una impresión, así: si estuve en un lugar dejé una huella o me vieron, en ambos casos ese hecho de mi estadía quedó grabado en cosa o persona. Por otro lado, no se trata de ver la veracidad o falsedad de los hechos, se trata es de ver si ocurrieron o no, si existen o no, la veracidad o falsedad se predica es de la narración que hacen las personas sobre los hechos.

reconstruir en el proceso. Puede verse que la fuente es material, ya no es en abstracto. Así no es la prueba testimonial como medio, sino la testigo Celeste que presencié los hechos; no es la prueba documental en abstracto sino el documento *tal* que contiene el contrato de arrendamiento entre *Audrey* y *Gabriela*; ya no es el vehículo como cosa en abstracto sino el vehículo *placas tal* sobre la cual recae la pericia. Vale decir que la fuente es de donde se extrae el conocimiento de los hechos en su sentido integral.

Recuérdese que en el derecho se ha utilizado la metáfora de *las fuentes del derecho*, para significar el lugar de donde emana éste o de dónde está ubicada su producción, pues, incluye las llamadas fuentes materiales. De ello se deduce que su referencia es básicamente como fuente de conocimiento, esto es, a dónde hay que acudir para conocer el derecho. En este sentido, creemos que tiene mayor raigambre científica usar el término fuente de prueba.

Así pues, que fuente de prueba: el hecho propiamente dicho y, las personas y cosas anteriores al proceso que registraron el hecho. En ocasiones el hecho fuente es el mismo que quiere probarse. Cuando las partes proponen la prueba no están introduciendo la fuente de prueba en el proceso –se hará cuando se practique el medio- sino sólo mencionando o indicando la fuente. En el momento de la proposición no se sabe todavía la información que encierra la fuente de prueba. El juez en el momento de valorar su actividad se hace sobre la fuente. Nótese que en la valoración uno de los aspectos es determinar es la fiabilidad de las fuentes.

Es importante, distinguir entre fuentes de prueba y medios de investigación en razón del papel que jugarán en el proceso. Los actos o medios de investigación no son actos probatorios sino que tiene como tarea conseguir fuentes de prueba; por otra parte, los actos de investigación es una tarea extra-procesal, por lo general ante-procesal, pero está regulada

por las garantías constitucionales y legales con relación al tratamiento de las fuentes. Así pues, los actos de investigación están dirigidos a procurar reunir los elementos que permitan esclarecer el hecho delictivo y la identificación del autor⁶⁶.

Prueba

Es la concreción en el proceso de los hechos que en él se debaten que permite al juez formular la proposición “*Está probado que...*”. En este sentido es el resultado del acopio de la actividad probatoria en la realización de la fuente a través de los medios probatorios. Visto así la prueba como elemento procesal es el resultado de ese cúmulo de actividad probatoria. Se materializa cuando el juez fija los hechos, expresando que tal hecho está probado o existen elementos de convicción suficientes para dar por probado el hecho.

En el proceso penal la prueba sería toda actividad que han de desarrollar las partes acusadoras con el objeto de desvirtuar la presunción de inocencia y las que desarrolla el imputado para contradecir la prueba en su contra, teniendo el carácter de prueba sólo aquella practicada en el debate oral bajo la inmediación, contradicción, publicidad, igualdad y concentración. Es un acto estrictamente procesal que resulta de la práctica de los medios probatorios en la audiencia oral.

2.2.- Momento de la formación de la prueba en el proceso penal

Al respecto es indudable que debe plantearse la pregunta, “¿cuándo se prueba?”, la respuesta no puede ser otra que aquella que nos previene de que la decisión judicial sólo podrá estar fundamentada en la actividad producida en el juicio oral (art. 14 COPP), donde se manifiestan en toda su

⁶⁶ GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006, pp. 54-55.

plenitud los principios y derechos que han de presidir el enjuiciamiento, como son el principio de contradicción, la inmediación judicial, el principio de publicidad o el derecho de defensa, que, en definitiva no son sino garantías que contextualizan la “verdad judicial”.

Hay que llamar la atención sobre algunas reminiscencias inquisitoriales y la tendencia a “sumariar” el proceso penal oral. Esto práctica ha devenido en una perversión del procesal penal y, obviamente, en una transgresión permanente de los derechos humanos. Una de estas prácticas es la de prueba anticipada que se hace conforme el viejo esquema inquisitorial; además, la introducción de una figura muy antigua como es la prueba preconstituida que no tiene cabida en el sistema acusatorio y que, obviamente, con las garantías establecidas constitucionalmente está proscrita en el proceso penal. Esta tendencia hay que delatarla y combatirla, pues se viola la Constitución y los derechos fundamentales.

No obstante los preceptos que consagran el principio de oralidad, claros y precisos (arts. 257 CRBV y 1 y 14 COPP), desde muy recién instaurado el juicio oral se fue advirtiendo en la práctica judicial un señal de retorno del procedimiento escrito propio del código derogado.

Se empezó a confundir y persiste la confusión de los actos de investigación con los actos de prueba y la prueba documental con la documentación de los actos de investigación, es decir, con las actas, y por esa puerta falsa se fue introduciendo en el juicio lo que no podía ingresar por la aplicación seria de la oralidad, encubriéndose algunas de ellas bajo las figuras de prueba anticipada o prueba preconstituida..

Dice TIJERINO PACHECO⁶⁷: “Debido a esa gravísima confusión conceptual, se dan casos en que no se citan a los peritos para que informen de viva voz, sino que se leen sus dictámenes, sin posibilidad alguna de contradecirlos o cuestionarlos u obtener aclaración sobre algún punto oscuro o dudoso. No hay afán por hacer llegar a los testigos, porque se cuenta ya con sus declaraciones rendidas ante la fiscalía, tomados por escribientes cansados, deformados por la reiterada y rutinaria práctica del oficio, que interpretan o pretenden interpretar lo que el testigo, ya sea éste ilustrado o rústico, preciso o vago, veraz o mendaz, distraído o alerta, con buena memoria o desmemoriado, resuelto o tímido, sereno o nervioso, ha dicho o ha tratado de decir”.

En repetidas ocasiones se llega al extremo de que no sólo se incorporan al debate piezas enteras de la fase de investigación, sino que por acuerdo de las partes o, más bien, de sus abogados, se dan por incorporadas sin lectura previa. Se arrasa así respecto a esas pretendidas pruebas no sólo la oralidad, sino también totalmente la publicidad del juicio. La justicia vuelve a ser escrita y semisecreta, lo que equivale a decir opaca y sospechosa.

Se viola impunemente la contradicción, la concentración y la inmediación. No hay duda que la relevancia del principio de inmediación en la producción de las pruebas, aspecto vinculado pues al “¿cuándo?”, viene de su consideración como una técnica demostrativa aplicable a los medios de prueba personales, dimensión de sesgo objetivo conocida como inmediación en sentido material. Mientras que desde un punto de vista subjetivo, inmediación en sentido formal, facilita la consecución de los fines

⁶⁷ TIJERINO PACHECO, José María. “La mediatización de la oralidad”, Conferencia dictada el 28 de julio de 2005 durante la IX edición de la Escuela Judicial para Centroamérica y el Caribe “Juan Carlos I”, organizada por el Consejo General del Poder Judicial de España y la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), en La Antigua Guatemala.

del proceso pues sirve de sustento al método de conocimiento judicial por antonomasia, convirtiéndose en una de las vías fundamentales por la que se nutren la convicción del juzgador. Advertimos que no es concebible una proyección sin la otra⁶⁸.

Se abusa de la prueba anticipada, por lo general se quebrantan las garantías del debido proceso, con imputados abstractos y defensores de emergencia, sin posibilidad de designar defensor técnico que preste asistencia adecuada e idónea. Es más, hay una confusión entre prueba anticipada, pre-constitución de prueba y aseguramiento de evidencia, lo que incide en la violación permanente del debido proceso de la formación de prueba y de obtención de fuentes de prueba.

Lo que fue concebido como accesorio y preparatorio terminó convirtiéndose en lo principal y definitivo.

En consecuencia, es contrario a la oralidad:

a) Que las **pruebas personales** lleguen al tribunal sentenciador mediante actas o documentos, salvo en los casos de anticipo de prueba mediante diligencias realizadas con observancia del principio de oralidad **cuando no sea posible que el testigo o perito comparezca en la audiencia del juicio, por causa previsible y debidamente justificada;** pero si se supera esa posibilidad de indisponibilidad debe realizarse la prueba personal en la audiencia oral

b) La ya mencionada confusión entre **actos de investigación y actos de prueba**, con la consecuente incorporación de aquéllos al juicio para que sirvan de sustento a la decisión del juzgador, y,

⁶⁸ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp. 83 a 106.

c) Incorporar al debate en calidad de **prueba documental** a documentos que no tengan esa condición. No es prueba documental el documento en el que constan los resultados de los actos de investigación u otros actos procesales, como la denuncia, el informe policial o el informe de peritos. Excepcionalmente un documento procesal puede constituir prueba documental, como cuando se trata de demostrar el contenido de una sentencia dictada en otro proceso y se hace llegar al tribunal el expediente en que se encuentra. Y en cuanto a documentos ajenos al proceso o a la investigación que le precede también hay algunos que no constituyen prueba documental. Hay una diferencia sustancial entre una escritura en la que consta el traspaso de un inmueble y un instrumento notarial en el que constan unas manifestaciones de alguien sobre los hechos objeto del proceso. Igualmente, entre una certificación de un expediente médico y una certificación médica sobre lo que un profesional de la Medicina dice haber apreciado al prestar sus servicios profesionales a un paciente. Los primeros elementos de esta doble confrontación serían admisibles como prueba documental, si fueran pertinentes; los segundos no pueden serlo porque existe un medio específico de prueba para esas fuentes: el testimonio. Admitirlos como prueba documental significaría la corrupción de la prueba testimonial y de la oralidad⁶⁹.

El COPP en el art. 315 ratifica la exigencia del principio de inmediación y establece disposiciones concretas acerca de la presencia del imputado; en el art. 316 regula lo relativo a las excepciones de la aplicación del principio de publicidad. La resolución que se dicte para restringir este principio debe ser debidamente motivada. En el art. 318 se regula acerca de la excepción a la concentración y continuidad. La suspensión del debate implica el anuncio y la fijación del día y hora de continuación. En el art. 321

⁶⁹ TIJERINO PACHECO, José María. "La mediatización de la oralidad", ob. cit. p. 8

se concreta que los actos deben ser orales. El art. 322 define cuáles son los medios que pueden ser incorporados mediante la lectura y en qué situaciones.

d) Calificar actos de investigación como prueba anticipada o prueba preconstituida, como sucede con las pericias forenses o los reconocimientos.

CAPÍTULO III

LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN LA LEGISLACIÓN PENAL VENEZOLANA

3.1. La prueba anticipada

Lo normal es que las pruebas se aporten y practiquen en el curso del proceso y en la etapa prevista en el mismo. Esto se conoce como el principio de la regularidad probatoria, pues cumple con los lapsos que se han establecido en las normas procesales. Así que los momentos del procedimiento probatorio que se han examinado en sus aspectos generales, sufre una excepción con lo que se denomina la *prueba anticipada*, en lo que se refiere a la oportunidad de pedirla y practicarla. Practicar la prueba antes del momento procesal se conoce como la prueba anticipada. El legislador ha consagrado la posibilidad de que la parte interesada acuda al órgano jurisdiccional para pedir y practicar pruebas anticipadas, dentro del marco de las garantías del debido proceso.

La prueba anticipada es aquella que se práctica en momento anterior al del juicio (ordinario-escrito) o de la audiencia de juicio, ante el temor de que la fuente propia del mismo se pierda, haciendo imposible su aportación al proceso. Es claro que el medio que se pretenda practicar debe cumplir los requisitos propios de toda prueba: licitud, legalidad, pertinencia, conducencia y utilidad.

La finalidad básica de la prueba anticipada es impedir que la prueba se desvirtúe o pierda, o que el transcurrir del tiempo se alteren las circunstancias de hecho que han de probarse o se dificulte su reconocimiento, o bien para conservar las cosas que posteriormente se deben probar en el proceso. Es evidente que con la anticipación de prueba

se resienten o lesionan los principios de inmediación, concentración y contradicción, éste último cuando no se cita a la futura contraparte para que al momento de practicarse pueda conocerla, discutirla y controvertirla. También, por lo general, el juez que la práctica no necesariamente será el mismo que conoce el proceso en el cual se aporta dicha prueba. No obstante, el legislador para evitar un quebrantamiento a los principios que hemos señalados como lesionados, estatuye que puedan discutirse en la audiencia de pruebas, en el caso de los procedimientos orales, pero además, se ha ido elaborando una doctrina conforme a la Constitución, de tal forma que la práctica de prueba anticipada no se erija en una forma de sumarializar el proceso penal acusatorio.

Prueba Anticipada en el Proceso Penal

Previamente debe indicarse que hay una confusión entre prueba preconstituida y prueba anticipada. Ambos conceptos en el desarrollo del derecho procesal han sido polémicos⁷⁰. Especialmente, el primero, de preconstitución de prueba se elaboró en el marco del proceso civil, consistente en medio o fuente preexistente al proceso. Se prepara antes del proceso, con finalidad de probar un acto jurídico y acreditarlo en el futuro. En el proceso penal se ha dicho que es aquella preexistente al juicio oral, que se prepara con el objeto de acreditar luego en el juicio algunos de los hechos⁷¹. Por su parte, la segunda, tiene una función y alcance distinto, así como las garantías que la rigen son diferentes o más amplias que la primera, por ejemplo, requiere al órgano jurisdiccional y la intervención de parte. Su

⁷⁰ RIVERA MORALES, Rodrigo. Actos de investigación y pruebas en el proceso penal, Barquisimeto, Editorial Librería Jurídica Rincón, 2008. p. 378.

⁷¹ MONTAÑES PARDO, M. A. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 1999, pp. 93-94.

eficacia probatoria es diferente, en cuanto bastaría la lectura del acta en donde quedé registrada.

Debe advertirse que estos conceptos de prueba pre-constituida y prueba anticipada tienen un significado distinto en el proceso penal, mucho más cuando ellos se construyeron en el marco de un sistema inquisitivo y sin la vigencia de garantías procesales. Es obvio, que con la constitucionalización de las garantías procesales y la vigencia del sistema acusatorio, tales conceptos de prueba pre-constituida y prueba anticipada deben ubicarse en este contexto garantista vigente.

Hay quienes sostienen que la prueba preconstituida debe desterrarse del proceso penal, porque es un elemento distorsionador y a modo de subterfugio para justificar, en muchas ocasiones, la eficacia probatoria a actos de investigación quebrantando el debido proceso⁷². Esto básicamente debido la confusión reinante, pues, en algunos casos se confunde con la prueba anticipada y se minimizan los derechos del imputado, en otros se identifica con las diligencias de investigación de difícil reproducción en el juicio oral, y en otros como mecanismo para conceder eficacia probatoria a las diligencias preparatorias de la Fiscalía, que no constituyen actos de prueba, pero que se pretende, subrepticamente, formen elementos de convicción para la decisión judicial.

La discusión de estos dos conceptos expresa una tensión entre libertad y seguridad, entre el *ius puniendi* y las garantías y derechos constitucionales. Máxime cuando se trata del proceso penal, dado que en él confluyen dos grandes fuerzas: la del Estado como titular exclusivo del *ius puniendi* cuya aplicación es sólo posible en el proceso, y la de la garantía de que las personas sometidas al proceso penal queden a salvo de posibles

⁷² MIRANDA ESTRAMPES, M. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona. Editorial JM Bosch, 1997, p. 323.

abusos. Debe señalarse que no puede ejercitarse el *ius puniendi* sino a través de un proceso con todas las garantías.

Obsérvese que en el proceso penal hay una complejidad, en donde tiene que equilibrarse, por un lado el *ius puniendi* que busca la condena del culpable, pero debe protegerse al inocente, deben guardarse formas que impidan toda arbitrariedad y la decisión jurídica debe ser justa. No obstante, en un sistema constitucional democrático debe decirse que hay la supremacía de los derechos fundamentales y de la Constitución, por lo que el proceso penal ser realizado garantizando esos derechos y con eficiencia en la perspectiva de legitimar la actuación del *ius puniendi* estatal. No se trata de privilegiar a la impunidad, sino que efectivamente se sancione al culpable en el marco de las garantías tanto del imputado como de la víctima⁷³.

Clarificar los conceptos de prueba preconstituida y prueba anticipada, desde sus requisitos hasta su alcance, constituye una labor en defensa de la supremacía constitucional y las garantías del sistema democrático. Una y otra deben desarrollarse en ese respeto garantista y en interdicción de la arbitrariedad y del abuso del poder. Deben ser institutos claros para que se sepa su aplicación y efectos en un proceso con todas las garantías. Mantener la confusión o emplearlos acomodaticiamente es quebrantar la Constitución y afectar el sistema de derechos fundamentales.

⁷³ JURISPRUDENCIA ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 15/2008 de 16 enero RJ 2008\1399 La legitimidad constitucional de la prueba testifical anticipada -siempre que se aseguren los requisitos de contradicción y defensa- ha sido reconocida por una jurisprudencia del Tribunal Constitucional de innecesaria cita, de la que son buena muestra las [SSTC 137/1988, 7 de julio \(RTC 1988, 137\)](#) , [62/1985, 10 de mayo \(RTC 1985, 62\)](#) y 323/1993, 8 de noviembre (RTC 1993, 323). Tomado www.usal.es (servicio www.westlaw.es). Vid. SSTC.182/89,10/92, 79/94, 32/95, 200/96, 40/97. www.poderjudicial.es

Por supuesto, hay diferencias en cuanto al proceso civil y al proceso penal. En el primero, puede ocurrir que haya pre-constitución de prueba, pero no en marco de investigación, sino como prevención de las partes en futuros conflictos. En cambio en el proceso penal, normalmente, la pre-constitución se da en el decurso de una investigación y es probable que aun no se haya cometido delito alguno. Se ha manifestado en el desarrollo de este trabajo que el sistema acusatorio se basa en una diáfana y palmaria separación entre los que es investigación y juzgamiento, o de otra forma entre lo que son actos o diligencias de investigación y los que son actos de prueba y juzgamiento⁷⁴. Los primeros no integran actividad probatoria en sí, pero bajo ciertas condiciones de garantía pueden ser utilizables en el juicio oral; los segundos son propios del juicio oral y son los únicos que pueden fundamentar sentencia – en este sentido los primeros deben ser debatidos en el juicio oral para que puedan ser valorados-.

La prueba anticipada es aquella que se práctica en momento anterior al del juicio (ordinario-escrito) o de la audiencia de juicio, ante el temor de que la fuente propia del mismo se pierda, haciendo imposible su aportación al proceso. Es claro que el medio que se pretenda practicar debe cumplir los requisitos propios de toda prueba: licitud, legalidad, pertinencia, conducencia y utilidad.

La finalidad básica de la prueba anticipada es impedir que la fuente de prueba se desvirtúe o pierda, o que el transcurrir del tiempo se alteren las circunstancias de hecho que han de probarse o se dificulte su reconocimiento, o bien para conservar las cosas que posteriormente se deben probar en el proceso. Es casi similar su función a la de la preconstitución de fuente de prueba en cuanto a la conservación o

⁷⁴ GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ob. cit. p. 155.

aseguramiento. Es evidente que con la anticipación de prueba se resienten o lesionan los principios de inmediación, concentración y contradicción, éste último cuando no se cita a la futura contraparte para que al momento de practicarse pueda conocerla, discutirla y controvertirla. También, por lo general, el juez que la práctica (normalmente es el juez de control) no necesariamente será el mismo que conoce el proceso en el cual se aporta dicha prueba. No obstante, el legislador para evitar un quebrantamiento a los principios que hemos señalados como lesionados, estatuye que puedan discutirse en la audiencia de pruebas, y que en caso de haberse superado el obstáculo debe practicarse el medio.

Es importante señalar que la prueba anticipada configurada en el Código Orgánico Procesal Penal vigente no es la misma con la figura anteriormente establecida en el Código de Enjuiciamiento Criminal. Se confundía en ese tipo con el aseguramiento de evidencia y con los actos de investigación, debido a que no se había estatuido que la prueba se formaba en el debate procesal. De manera, que todos los actos de investigación se configuraban como prueba de cargo contra el acusado. Y aquellos actos en los cuales existían datos o informaciones previas, por ejemplo, una póliza de seguro, se consideraba como prueba preconstituida dándole el mismo tratamiento que se daba en lo civil. Obviamente, no existían garantías del contradictorio ni de la inmediación.

Por eso se juzga adecuada la consagración de prueba anticipada en el Código Orgánico Procesal Penal venezolano en el artículo 289 COPP, pues permite definir y distinguir realmente que es lo que es prueba y diligencias de investigación. Sobre esa base, no es ligero afirmar que lo recogido por el Ministerio Público, sin el procedimiento de prueba anticipada, no puede calificarse como prueba sino simplemente como diligencias de investigación e identificación de fuentes de prueba. Esto es importante a los efectos de la

valoración que deben hacer los jueces de control para dictar resoluciones: sea de privación de libertad, de sobreseimiento o prosecución de juicio. La prueba anticipada realmente es prueba y puede ser valorada en la sentencia si se ha incorporado al proceso mediante la lectura y se ha presentado para el debate.

En cuanto a la definición puede decirse que es la prueba que se practica con anticipación a la oportunidad procesal, establecida previamente en la ley procesal penal, con base a razones de urgencia o de necesidad de asegurar su resultado⁷⁵. Debe caracterizar a esta prueba la urgencia, inmediatez, la necesidad y la oficiosidad.

La prueba anticipada en el proceso penal se debe realizar en la fase preparatoria, pero no es excluyente, por lo que puede realizarse también en la fase intermedia o en la fase de preparación del debate⁷⁶. La condición es que se practique antes de la audiencia oral o de juicio. Es necesario destacar que debe haberse iniciado el proceso, es decir, que haya un acto de apertura y se haya participado la actuación al juez de control, teniendo oportunidad hasta antes del debate de juicio. De alguna forma puede decirse que esa prueba tiene el carácter de prueba instructora anticipada –dado que no ha llegado al juicio oral-, pero debe advertirse que participa de los mismos presupuestos de la prueba en juicio –contradicción, control, publicidad, licitud, legitimidad- y de los requisitos tanto de orden objetivo como subjetivo.

Debe agregarse, que los actos procesales de prueba anticipada corresponden, al igual que aquellos que son limitativos de los derechos

⁷⁵ DELGADO SALAZAR, Roberto. *La prueba penal anticipada*, ob. cit. pp. 37-38. PÉREZ SARMIENTO, Eric. *La prueba en el proceso penal acusatorio*, 2ª Edición, Caracas, Editorial Vadell Hermanos, 2005, p. 71. MALDONADO VIVAS, Osman. *Derecho procesal penal venezolano*, Caracas, 2003, p. 372.

⁷⁶ CABRERA ROMERO, J. E. “Algunas apuntes sobre el sistema probatorio del COPP en la fase preparatoria y en la intermedia”, en *Revista de Derecho Probatorio* N° 11, 1999, ob. cit. p. 184. “...sin importar cuando ocurre el peligro...”.

fundamentales, a la competencia exclusiva del órgano jurisdiccional –juez de control-, están sometidos al principio de exclusividad jurisdiccional.

Se insiste que es preciso distinguir entre *prueba anticipada* y *preconstitución de fuente de prueba y aseguramiento de prueba*. La primera implica, como se expuso, práctica de la prueba, por ejemplo, tomar declaración a los testigos ante el juez y en contradictorio, con asistencia jurídica y participación del imputado. Aquí lo que se toma en juego es que previsiblemente no se podrá disponer de la fuente de prueba en el juicio, porque se ausentará del país o porque es enfermo terminal.

Lo que se ha venido denominando aseguramiento de prueba en realidad tiene dos vertientes: 1.- Que es material y se trata del aseguramiento de evidencia que es la recolección de elementos probatorios definitivos e irreproducibles, por ejemplo, la escena del crimen, recoger un arma en el lugar del crimen, entre otros. Sobre ellos se fija la evidencia: fotografías, video, plano del lugar, entre otros, y se dispone la cadena de custodia. Así pues, tomar las evidencias materiales, por ejemplo, un cargamento de droga, tomar la muestra y establecer la cadena de custodia aquí lo que hay es aseguramiento de evidencia 2.- Es aseguramiento de la fuente, que trata sobre medios personales, por ejemplo, identificar los testigos y pedir su vigilancia o darle seguridad, es decir, se trata de asegurar una fuente de prueba, de conservarla. Pero, traer personas que testifiquen sobre evidencias recolectadas, como es el caso en un allanamiento se trata de preconstitución de fuente de prueba⁷⁷.

En cuanto a la evidencia material puede ser objeto de pericia (un arma de fuego a peritaje de balística), la evidencia se conserva mediante la

⁷⁷ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*, ob. cit. p. 204. GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, ob. cit. p. 426.

cadena de custodia para que pueda ser producida en el momento procesal o en caso de necesidad pueda repetirse el acto pericial.

Algo que debe quedar claro es el siguiente aspecto: lo que se anticipa es la ejecución o realización del medio de prueba transportador de la fuente de prueba, es decir, se trata de una aplicación anticipada de un medio de prueba. Así se trata de un acto procesal jurisdiccional en el cual se practica anticipadamente un medio de prueba, sin entrar a valorar su eficacia probatoria o su conexión con el acervo probatorio. Así como tiene que interrogarse al testigo en el debate oral, en caso que previsiblemente este no pueda concurrir al debate oral se practicara en forma anticipada su testimonio ante el juez. Pero, con la actual Constitución que reconoce unas garantías procesales las cuales son desarrolladas en el Código Orgánico Procesal para que ese acto pueda tener eficacia probatoria deberá cumplir requisitos, tanto desde el punto de vista de los principios constitucionales como de las exigencias de ley⁷⁸.

Requisitos para su tramitación

La solicitud debe hacerse en forma escrita expresando el hecho que se quiere probar, el medio probatorio con el cual se debe practicar y la fuente

⁷⁸ JURISPRUDENCIA. TSJ-SALA PENAL, sentencia N° 435, expediente N° 04-0504, de 16 de noviembre de 2004, Magistrado ponente Alejandro Angulo Ontiveros (caso María Corina Machado- SUMATE). Sentencia N° 97, de fecha 27 de febrero de 2007, expediente N° A06-0179, Magistrada ponente Deyanira Nieves Bastidas “En este sentido, advierte la Sala, que la actividad del juez de control al momento de la configuración de la prueba anticipada de testigos, es tan sólo, una intervención judicial de forma directa para controlar que tal prueba se forme en atención a los lineamientos constitucionales y legales con el debate y contradicción de las partes (subrayado nuestro), sin ser necesario para esto, la emisión de argumentos de fondo de valorización de prueba que ameriten su inhibición. La intervención del juez de control en la formación de la prueba anticipada, se limita al cumplimiento del artículo 356 del Código Orgánico Procesal Penal, relativo al interrogatorio de testigos, es decir, el juez interviene en la configuración formal de la prueba ya que su valoración se realiza en la etapa de juicio, momento en el cual sí es procedente considerar la inhibición o recusación del juez que participó en la formación de la prueba, por cuanto revisará el fondo y la valorizará conforme al artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal”.

de prueba; además, debe indicarse con claridad la justificación porqué debe anticiparse la prueba, expresando el motivo por el cual se considera que no podrá practicarse el medio probatorio en la debate oral o qué existen obstáculos severos para superar. No es contrario a derecho que se exija que se deban acompañar instrumentos que certifiquen las circunstancias planteadas o con argumentación sobre la base de hechos notorios, evidentes o máximas de experiencia que abonen a favor de la anticipación⁷⁹.

La solicitud debe ser dirigida ante el Juez de control que haya sido prevenido, o ante el juez de juicio, antes de realizar la audiencia pública oral pueda ordenar la prueba anticipada⁸⁰. Es un acto formal que debe satisfacer los requisitos comunes al acto procesal: competencia del tribunal ante quien se solicita, legitimación, fundamentos fácticos y jurídicos de la petición y tempestividad. En este último es claro que debe ser antes de la audiencia para el debate oral, por supuesto, respecto al juez de juicio tiene que solicitarse antes que se haya declarado la apertura a juicio.

La solicitud debe constar en las actuaciones del tribunal sobre el caso para que se satisfaga el requisito de publicidad en cuanto al conocimiento de las actuaciones y elementos probatorios como garantía de la defensa. Con base al criterio sostenido por el profesor CABRERA ROMERO⁸¹, con relación a la publicidad y salvaguarda relativa de la inmediación se considera que el acto debe cumplir con el requisito de publicidad en cuanto acceso público, además que puede registrarse a través de medio audiovisual. Como la palabra misma lo indica la anticipación es un adelanto de una actividad, la cual en su oportunidad normal es pública.

⁷⁹ DELGADO SALAZAR, Roberto. *La prueba penal anticipada*, ob. cit. p. 76.

⁸⁰ IBÍDEM, p, 80.

⁸¹ CABRERA ROMERO, J. E. "Algunas apuntes sobre el Sistema Probatorio del COPP en la fase Preparatoria y en la Intermedia", en *Revista de Derecho Probatorio*, N° 11, 1999, ob.cit p. 189-193.

La admisión de la práctica de la prueba anticipada debe ser motivada, indicándose las razones porque se admite, así lo ha reconocido la jurisprudencia nacional⁸². Esto es, debe indicar la pertinencia, la licitud, el objeto de la misma y porque encuadra en los requisitos de anticipación, es decir, porque considera que existen obstáculos para su realización en el debate oral, o porque es previsiblemente indisponible ese elemento probatorio en el debate de juicio.

La prueba anticipada es excepcional, debiendo reunir los requisitos de indisponibilidad e irreproducibilidad, porque son hechos o actos que pueden modificarse, desaparecer o no darse impidiendo su incorporación al proceso mediante el debate oral⁸³. Es importante indicar que la doctrina jurisprudencial nacional ha sostenido que la prueba anticipada se fundamenta en actos definitivos e irreproducibles, siendo acogido por el legislador este criterio (art. 289 COPP). Realmente se considera que estos conceptos de “definitivos e irreproducibles” son inadecuados. Debe tenerse en cuenta que en el proceso no se repite ni se reproduce ningún hecho, ni acto. Es imposible repetir un hecho, imagínense repetir un homicidio. Lo viable es que se reproduzcan las circunstancias, la forma, pero no dejaría de ser sino una actuación. El criterio apropiado es que la fuente de prueba en donde reposa la huella, el dato, el vestigio, marca o información no estaría disponible para el debate oral. A manera de ejemplo, se indican los siguientes: a) que el testigo este en enfermedad en fase terminal, b) que el

⁸² JURISPRUDENCIA. TSJ. SALA PENAL, Sentencia N° 334, expediente N° C10-117, de 04/08/2010, Magistrada ponente Miriam del Valle Morandy Mijares, caso Luis Payares Iguarán, reitera criterios de la Sala Penal (de sent. 406, de 2/11/ 2004). <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/agosto/334-4810-2010-c10-117.html>.

⁸³ DELGADO SALAZAR, Roberto. *La prueba penal anticipada*, ob. cit. p. 42. Cfr. Sentencia 20 de noviembre de 2003 del Juzgado Vigésimo Cuarto en Funciones de Control, del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas (Causa N° 2405-03). Sentencia de 10 de marzo de 2004 por la Sala N° 4 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, expediente N° 1274.

testigo sea extranjero y está de turista y tiene que regresar a su país de origen.

En fin las condiciones necesarias para que pueda acordarse la práctica anticipada de prueba, son: a) la imposibilidad de practicar la prueba en el acto del debate o juicio oral, b) que sea efectivamente previsible esa imposibilidad.

Así, sobre el primero, la imposibilidad puede ser absoluta o relativa. En el caso de imposibilidad absoluta ocurre cuando la naturaleza de la fuente o la evidencia es imposible de trasladar al acto de juicio. Por ejemplo, el reconocimiento o inspección judicial sobre bienes inmuebles. En caso de imposibilidad relativa, también conocida como sobrevenida, es cuando la fuente es sometida a circunstancias que impiden su traslado al acto de juicio, es el caso citado de enfermo terminal o turista que debe regresar a su país.

En cuanto a la previsibilidad, que sucede básicamente con relación a las fuentes de prueba personales, debe ser alegada por el solicitante indicando la racionalidad de esa potencial imposibilidad de traslado al acto de juicio oral.

Las pruebas anticipadas deben concederse con prudencia, tratando de evitar dos extremos igualmente perniciosos: que las pruebas se pierdan por el transcurso del tiempo si se las deniega, o que una de las partes obtenga una ventaja en desmedro de la otra.

La satisfacción de los requisitos expuestos implican diversas consecuencias, en primer lugar si cesan las circunstancias de excepción la prueba debe llevarse la fuente de prueba en la audiencia oral⁸⁴; en segundo lugar, el juez en momento de su valoración deberá apreciarla conforme a las

⁸⁴ VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magaly. *Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano*, Caracas, UCAB, 2007, pp. 157-158.

circunstancias en la que la prueba se practicó y sí se dieron y cumplieron las garantías a la parte contra quien obra la prueba.

En la doctrina extranjera⁸⁵ se ha sostenido –no es doctrina pacífica- en que puede ser presupuesto de solicitud de anticipación de prueba la inconveniencia de la suspensión del juicio oral, esto es, que su práctica en el juicio oral obligaría a suspender la audiencia causando lesión al principio de concentración. Así que en definitiva como presupuestos se asumen: asegurar la prueba porque no hay disponibilidad futura de la fuente de prueba, y porque la práctica de la prueba puede conducir a la suspensión del juicio oral.

Con relación a la práctica de la prueba anticipada el juez debe garantizar las partes el derecho de defensa, darle conocimiento de la práctica de la prueba (publicidad y notificación), el derecho a contradicción y control de la prueba y la asistencia jurídica. En caso de que la solicitud sea del Ministerio público esto supone con claridad meridiana que haya un imputado a quien debe dársele traslado para que ejerza su derecho a defensa y contradicción.

Apreciamos en el último párrafo del artículo 289 un quebrantamiento expreso de los derechos y garantías constitucionales al disponerse “*En caso de no haber sido individualizado el imputado, se citará para que concurra a la práctica de la prueba anticipada a un defensor o defensora pública*”. Darle el carácter de prueba anticipada un supuesto “*imputado en abstracto*” con un defensor, *prácticamente, virtual*, pues sin conocimiento de ninguna naturaleza sobre el caso no podrá ejercer el derecho de defensa ni contradictorio. Aquí el legislador ha primado la formalidad, cuestión no

⁸⁵ PEDRAZ PENALVA, Ernesto y otros. *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Editorial Colex, 2000, p. 267.

compatible con las disposiciones constitucionales. Se tiene la sospecha, que lo que hay es una confusión entre lo que es aseguramiento de evidencia o fuente de prueba con lo que es prueba anticipada.

Se considera que este último párrafo es inconstitucional y que en futura reforma debe proscribirse, o mientras, la jurisprudencia debe enderezar este entuerto jurídico interpretando conforme a la Constitución el alcance de esa disposición.

Finalmente, para que la prueba anticipada cumpla su finalidad y despliegue su valor probatorio en el convencimiento del juzgador, debe introducirse en el juicio oral mediante la lectura del acta. Obviamente, las partes pueden realizar las observaciones que consideren convenientes. Es más, si hay alteraciones materiales o ideológicas pueden impugnar el acta.

Medios probatorios anticipables en el proceso penal

En Venezuela el artículo. 289 COPP pauta cuáles son los medios de prueba que pueden tratarse anticipadamente, señalando el reconocimiento, inspección o experticia y las declaraciones –testigos, expertos-, bien que se consideren definitivos e irreproducibles o que haya obstáculos insuperables.

Debe insistirse que una cosa es la prueba anticipada y otra el de la preconstitución de fuente de prueba. Esto puede enmarañarse cuando se trata del reconocimiento, que además puede confundirse con la experticia. Por ejemplo, el procedimiento de reconocimiento de imputado en rueda de personas. Se trata de identificar sensorialmente por el testigo a una persona, reconocer en este sentido es identificar entre un grupo de personas a otra con base a unas características previamente percibidas personalmente. Repárese que este reconocimiento no es más que una declaración de

persona, puede ser de la víctima o de testigos⁸⁶, la cual tiene como finalidad el reconocimiento del imputado, cuestión necesaria para la investigación, lo cual por lo general se realiza como parte de la investigación (art. 217 COPP). La presencia del juez en el acto de reconocimiento no significa que sea una prueba anticipada, pues, no hay contradictorio ni publicidad.

Estos reconocimientos deben ser ratificados en la audiencia oral, salvo la circunstancia de imposibilidad de la indisponibilidad de la fuente, pero si se superó el obstáculo debe hacerse⁸⁷.

También puede haber reconocimiento de objetos, pero adviértase que se trata de identificar conforme a las percepciones sensoriales del declarante. Cuando hay que aplicar en el reconocimiento medios técnicos o científicos estamos en presencia de una pericia o experticia. Por otro lado asegurar los objetos para llevarlos al proceso no es una prueba anticipada, sino simplemente su protección para conducirla al proceso.

Estos actos que se han expuesto en este epígrafe son diligencias o actos de investigación que en ningún caso pueden asimilarse a prueba anticipada.

Cuando se trate de prueba anticipada, sea de testigos, pericia o inspección judicial, el solicitante debe expresar claramente que pide prueba anticipada sobre tal fuente motivando su solicitud. El juez dará trámite y

⁸⁶ HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Madrid, Edita Marcial Pons p. 220. En el mismo sentido DELGADO SALAZAR, Roberto, *La prueba penal anticipada*, ob. cit. p. 97.

⁸⁷ La doctrina ha señalado que el reconocimiento en rueda es una diligencia sumarial que tiene por fin la identificación del inculcado en cuanto sujeto pasivo del proceso y que para que tenga efecto probatorio es imprescindible, como regla general, que el mismo sea ratificado por quien hizo el reconocimiento en el acto del juicio oral. Cuando es anticipada debe leerse el acta y los fundamentos que expresen grave causa justificativa de carácter absoluto y obstativo, y que se ha realizado con las garantías del debido proceso. Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional español: SSTCC 283/1994, de 24 octubre; 103/1995, de 3 de julio; 148/1996, de 25 de septiembre

deberá producir un auto motivado en la que autorice la prueba anticipada, dando las garantías de contradicción, asistencia jurídica y publicidad.

En cuanto la inspección cuando se trata de prueba anticipada es la inspección judicial, que sólo puede realizarla el juez de control (artículo 289 COPP), tiene por finalidad percibir sensorialmente hechos, espacios, dimensiones que tenga relación con el hecho punible, con citación y participación de las partes; el otro tipo de inspecciones que pueden realizar el Ministerio Público o la policía de investigaciones no reviste el carácter de prueba anticipada, tratándose sólo de diligencias policiales o de investigación, por lo que su valor probatorio no tiene el mismo alcance.

Con relación a la experticia, cuando la misma se realiza en la fase instructora o de investigación es un acto propio de esa fase, sin que pueda erigirse en prueba. No se duda en calificarla como una pericia en diligencia de investigación y lo que se realiza en juicio es la declaración del experto⁸⁸. La doctrina extranjera ha expresado que para que la sentencia de condena se pueda fundamentar en un informe pericial emitido en fase instructora sin contradicción –se está en presencia de una preconstitución de fuente-, es necesario que dicho informe pericial sea ratificado en juicio oral ante el tribunal sentenciador⁸⁹. Debe someterse al contradictorio en la audiencia oral. De lo anterior debe concluirse que sólo podrá considerarse como experticia anticipada aquella que sea autorizada por el juez con traslado al imputado para que éste pueda ejercer el control de la prueba. Es decir, para que la pericia sea considerada como prueba anticipada debe reunir los requisitos de: a) solicitud motivada por parte legítima, b) autorización motivada e intermediación del juez de control, c) posibilidad de recusación de

⁸⁸ PÉREZ SARMIENTO, Eric. *La prueba en el proceso penal acusatorio*, ob. cit. p. 156. En el mismo sentido DELGADO SALAZAR, Roberto. *La prueba penal anticipada*, ob. cit. p. 104.

⁸⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: SSTC 42/1999, de 22 de marzo; 174/2003, de 29 de septiembre.

los expertos, y d) la citación y participación de las partes en la ejecución de la prueba de experticia.

En todo caso debe tenerse presente que la experticia tiene dos momentos: a) el trabajo de los expertos sobre el objeto para aplicar las técnicas y procedimientos correspondientes, de lo cual se obtienen datos empíricos, 2) El trabajo de interpretar esos datos a la luz de los conocimientos especiales (artísticos, científicos, y técnicos) apropiados y producir un dictamen. Este último es el que va al proceso para su discusión⁹⁰.

Por otra parte, debe tenerse claro que la recolección del cuerpo del delito entraña un acto de preconstitución de fuente que de alguna manera participa del concepto de aseguramiento de prueba, en todo caso debe garantizarse siempre la posibilidad de contradicción, incluso la parte que la impugne podrá pedir la repetición o nueva experticia⁹¹.

En este sentido, se comparte la opinión de PÉREZ SARMIENTO⁹² que lo que se conoce como prueba pericial en el código procesal penal venezolano y en la actividad judicial, esta seccionada en dos segmentos. Uno, la pericia llevada a cabo por los órganos de investigación y que forma parte de las diligencias de investigación y sobre la cual hay un informe escrito; el otro, la declaración de los expertos en la audiencia oral. En sentido estricto no es prueba pericial anticipada. Sólo es prueba de experticia anticipada aquella, como se indicó en páginas anteriores, que decreta el juez, bien a solicitud del Ministerio Público o de las partes (arts. 277 y 226

⁹⁰ VERBIC, Francisco. *La prueba científica en el proceso judicial*, Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 82.

⁹¹ GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, ob. cit. p. 377.

⁹² PÉREZ SARMIENTO, Eric. *La prueba en el proceso penal acusatorio*, ob. cit. p. 158.

COPP), tiene la intermediación del juez, la citación y participación de las partes y la posibilidad de recusación de los expertos⁹³.

Finalmente, el otro medio anticipable son las declaraciones de testigos o expertos. Los obstáculos deben ser ciertos y de tal gravedad que efectivamente sea prácticamente imposible ser llevados a la audiencia oral, por ejemplo, el enfermo de cáncer; el experto extranjero que debe ausentarse. Estas declaraciones tienen que ser recibidas con las garantías del debido proceso al imputado y en satisfacción de cumplir los requisitos propios de cada medio probatorio.

Las pruebas anticipadas, como todas las que se produzcan en el proceso penal, deben ajustarse a las disposiciones constitucionales y procesales, de lo contrario serán ilegales y deben ser excluidas de la actuación procesal, pues se obtienen sin el debido proceso, constituyéndose en prueba ilícita.

La prueba preconstituida o preconstitución de fuente de prueba

Conforme a la doctrina y lo dispuesto por el legislador (art. 14 COPP) la prueba se forma en el proceso, específicamente en el debate oral, salvo la prueba anticipada. De manera que en el sistema acusatorio y conforme con las garantías constitucionales es un contra sentido hablar en el proceso penal de prueba preconstituida.

Debe tenerse clara la idea que los actos de preconstitución son parte de los actos de investigación, que tiene como tarea básica la localización y el

⁹³ GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, ob. cit. p. 432, expresa además que los informes periciales, que, como actos de prueba preconstituida, pueden ser valorados como prueba, siempre y cuando no sean impugnados ni contradichos por las partes.

aseguramiento de las fuentes de prueba, con el fin de llevarlas al juicio oral a través de los medios de prueba y que formen convicción en el juzgador⁹⁴.

La fase preparatoria o de investigación está sometida a reglas constitucionales y procesales, de suerte que no puede ser cualquier manera la localización y la recopilación de las fuentes. La fase de preparación de juicio debe ejecutarse apegada a las normas de garantía constitucionales y procesales en la obtención de las fuentes de prueba que servirán de fundamento para la acusación y defensa.

La confusión entre prueba anticipada y prueba preconstituida, tiene dos fundamentos: 1) en que se llama prueba indistintamente a cualquier momento de la actividad probatoria, por ello, siguiendo la doctrina más moderna se tiene cuidado en distinguir: fuentes, medios y prueba⁹⁵, 2) el uso de los medios de prueba –experticia, testigos, entre otros.- en cualquier momento no significa que su resultado puede calificarse y valorarse como prueba anticipada⁹⁶.

⁹⁴ RIVERA MORALES, Rodrigo. Actos de investigación y pruebas en el proceso penal, ob. cit. p. 379.

⁹⁵ Vid MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, ob. cit. 136-139. RIVERA MORALES, Rodrigo. Actos de investigación y pruebas en el proceso penal, ob. cit. p. 73.

⁹⁶ JURISPRUDENCIA. TSJ-SALA PENAL, Sentencia N° 369, expediente N° C05-0336, de 2 de agosto de 2006, Magistrada ponente Miriam Mirandy Mijares, “Del análisis de las actuaciones se evidencia que el informe médico referido por la Defensa en el recurso, fue incorporado en el debate oral conforme a lo previsto en el numeral 2 del artículo 339 y 242 del Código Orgánico Procesal Penal cuya valoración determinó el tribunal en función de juicio por la deposición del experto forense durante el desarrollo del debate. En tal sentido, la Corte de Apelaciones al resolver el recurso de apelación no refiere que el reconocimiento médico legal practicado a la víctima adolescente se haya efectuado durante el proceso penal conforme a las reglas de prueba anticipada, por el contrario, consideró racional la motivación de la sentencia e indicó que el informe médico es un acto definitivo, lo que debe entenderse como una prueba preconstituida que las partes tuvieron oportunidad de controvertir durante el juicio. En consecuencia, lo procedente y ajustado a Derecho es declarar sin lugar la denuncia. Así se decide”. En nuestro criterio en esta decisión de la Corte de Apelaciones y la ratificación de la Sala se observa la confusión y lo peor es que le da el carácter de definitivo a la llamada “prueba preconstituida”.

El jurista ALMAGRO⁹⁷ manifiesta que en el uso de los medios se presentan diferencias así *“diferente función y naturaleza que cumplen los medios de prueba utilizados como medios de investigación, y los medios de prueba utilizados en su propia y verdadera función de medios al servicio de la prueba de la pretensión acusatoria”*.

Debe clarificarse, que en el proceso civil, prueba anticipada y prueba preconstituida aparecen claramente diferenciadas⁹⁸. Con mayor razón deben diferenciarse en el proceso penal. Son dos figuras con unas funciones y un alcance distinto, además las garantías que presiden su ejecución son también distintas. Así, en la prueba anticipada la práctica se realiza autorizada por el tribunal y ante la inmediación del juez, y con respeto al derecho de contradicción. En la llamada prueba preconstituida, si bien puede ser autorizado el acto de investigación por el juez en caso de intervenir derechos fundamentales, no se realiza ante el juez y además no hay garantía del contradictorio, porque por lo general es clandestina (intervención de llamadas telefónicas) o de urgencia (un allanamiento de morada para coleccionar evidencia material).

Evidentemente que el proceso penal requiere de una fase de investigación en la cual se puedan hallar los elementos de convicción que puedan sustentar la hipótesis acusatoria. Pero esta localización y formación de convicción en el Ministerio Público no es de ninguna manera sustentada en prueba formada, en virtud de que ella no ha pasado por el proceso de

⁹⁷ ALMAGRO NOSETE, José “Teoría general de la prueba en el proceso penal”, en obra colectiva *La prueba en el proceso penal*, Madrid, Edita Civitas, 1992, p. 19.

⁹⁸ DUQUE CORREDOR. Román José. *Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario* Caracas. Ediciones Alva, 1990, pp. 267 y ss.

inmediación, publicidad, oralidad y contradicción⁹⁹ para que puedan servir como elementos de prueba o sustento para la decisión del juez.

El problema que se plantea es como utilizar estas diligencias de investigación, puesto que no pueden usarse en forma directa como pruebas de cargo porque supondría la afectación del debido proceso y las garantías que éste comprende. Se trata de ver en qué condiciones los actos de investigación en los cuales se ha pedido autorización al juez para realizarlos (ej. Allanamiento de morada, interceptación de comunicaciones, entre otros) pueden alcanzar valor probatorio en el juicio oral, sin que se asuma la forma de prueba anticipada¹⁰⁰. Efectivamente, al respecto en los últimos años (desde 1990) se ha venido elaborando una doctrina en el marco de la tutela efectiva y el debido proceso conforme lo ha ido estableciendo el tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰¹ y La Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰².

Características y requisitos

En cuanto al primer aspecto debemos resaltar lo siguiente:

- 1) La preconstitución de prueba se da como acto de investigación.
- 2) La preconstitución de prueba es preexistente al juicio oral.
- 3) Se pueden utilizar medios probatorios para valorar un hecho.
- 4) Tiene una finalidad de aseguramiento de fuente de prueba.

⁹⁹ MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997, p. 145.

¹⁰⁰ DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, Emilio. *El Modelo constitucional de investigación penal*, Madrid, Edita Civitas, 2001, p. 27, citando a Hernández Gil señala que prueba preconstituida equivale a prueba anticipada.

¹⁰¹ ORTELLS RAMOS, Manuel y otros. *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Navarra, Editorial Thomsom-Aranzadi, 2005, pp. 743 y ss.

¹⁰² REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Ángela Margarita. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Editorial Nomos, 2005, pp. 68 y ss.

- 5) Es excepcional y su uso es restrictivo.
- 6) La no disponibilidad de la fuente para el juicio oral, esto es que el acto de impresión es irreproducible en el juicio oral¹⁰³. Se emplea este concepto de irreproducibilidad en el entendimiento que no tiene sentido que el acto se reproduzca porque eso es pasado y es imposible volverlo hacer. Es un hecho del pasado. Por ejemplo, si se grabó una conversación, no pretenderé que el imputado llame a quien estaba llamando y repita su conversación. Eso no es posible.
- 7) No requiere para su formación la inmediación, publicidad y contradicción.
- 8) Debe documentarse y asegurarse la fuente en donde quedé grabada o impresa el dato o la información.
- 9) No es esencial al acto la presencia del órgano jurisdiccional.

En cuanto a los requisitos la doctrina¹⁰⁴ está de acuerdo en que deben observarse los siguientes:

¹⁰³ GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ob. cit. pp. 208-215. Discute la idea que no puede hablarse de diligencia irrepensible o repetible. Ejemplifica, diciendo que no se cachea en un juicio oral, pero no porque el acto sea irrepensible sino porque es inútil a los efectos del caso el hacerlo en ese momento. Cfr. GIMENO SENDRA, V. (2004). *Derecho Procesal Penal*, ob. cit. p. 357. Este autor escribe que se trata de hechos irrepitibles. MIRANDA ESTRAMPES, M. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, ob. cit. p. 322. Sostiene Que la prueba preconstituida es una figura exclusiva del proceso civil, que se crea intencionadamente para acreditar el hecho sobre el que recae. Por lo que no tiene cabida, desde este punto de vista, en el proceso penal. Entre nosotros DELGADO SALAZAR, R. *La prueba Penal Anticipada*, Caracas: Editorial Vadell Hermanos, 2005, p. 31-35, sostiene, igualmente, que pertenece al proceso civil e inaceptable para el proceso penal, salvo que se trate de la documental. Sobre este último aspecto creo que el documento no es sino una fuente de prueba en el cual se hallan elementos probatorios.

¹⁰⁴ Por todos GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ob. cit. pp. 332-337.

1) Garantía jurisdiccional. Esto es, que las partes tengan la posibilidad de someter los actos de investigación al control judicial (artículos 67 y 110 COPP).

2) Garantía de la información. El imputado y la víctima deben tener posibilidades de examinar las actuaciones de investigación (artículos 127 numerales 1º y 7º, y 286 COPP).

3) Garantía de contradicción y publicidad: El imputado tiene derecho a contradecir los elementos probatorios que obren en su contra mediante su declaración y proponiendo diligencias de investigación (artículos 127 numeral 5º, y 132 COPP).

4) Garantía de las formalidades legales: Las actuaciones de investigación deben realizarse conforme al principio de legalidad y garantizar los derechos fundamentales para evitar se vicie la fuente o el dato que se proporciona. La recogida del dato o el aseguramiento de la fuente deben garantizar su inmaculación con miras al juicio oral.

5) Garantía de la fiabilidad de la recogida: La actuación debe estar claramente registrada en acta y si es posible con el auxilio de medios técnicos que permitan una visualización de la misma.

6) Garantía de la cadena de custodia: Aquí deben aplicarse medidas correspondientes a *lex artis*, esto es, el afianzamiento de las garantías en el proceso de manipulación de los elementos materiales – identificación, etiquetado, control de calidad, entre otros- de manera que se garantice que no sean contaminadas; o medidas de tipo procesal que se refiere a la custodia propiamente y la formación de la preconstitución.

Preconstitución de fuente de prueba

No cabe duda de la vocación probatoria de los hallazgos de evidencia o localización de las fuentes o fuentes en los actos de investigación. El problema radica en su traslado de las evidencias al juicio oral conforme a las reglas procesales y en respeto de las garantías puedan convertirse en auténticas prueba de cargo.

Se va a sostener la tesis que, efectivamente, en el proceso penal no hay preconstitución de prueba, sino lo que hay es pre-constitución de fuente de prueba¹⁰⁵. También se comparte el criterio de MIRANDA ESTRAMPES¹⁰⁶ de que en el proceso penal es inapropiado hablar de prueba preconstituida.

Cuando se mostraron los criterios de diferencia entre actos de investigación y actos de prueba en el proceso penal se señaló que, efectivamente, en la investigación deben precisarse los hechos constitutivos del ilícito penal. Esto es, pesquisar y asegurar los hechos que configuran el ilícito penal en cuanto a la conducta desplegada tanto externa como internamente. Esto significa, que en la investigación se deba reconstruir “esa pequeña historia del caso”, recogiendo las diversas impresiones que dejó esa conducta –conversaciones, informaciones, sustancias, objetos huellas, vestigios- entre otros

Tomando la tesis de MUÑOZ SABATÉ¹⁰⁷ que todo hecho, natural o artificial deja su huella, es decir tiene impresionabilidad, de alguna manera

¹⁰⁵ Se acoge en parte la tesis que propone VICENTE GUZMÁN FLUJA en el texto que hemos venido comentando Cfr. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ob. cit. pp. 285 y ss. No obstante, diferimos en que el medio de prueba no se puede preconstituir, pues éstos existen abstractamente, y la confusión que se ha dado es precisamente porque aplicados los medios se ha pretendido hacer valer el resultado como prueba.

¹⁰⁶ MIRANDA ESTRAMPES, M. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, ob. cit. p. 321.

¹⁰⁷ MUÑOZ SABATE, Luis. *Técnica Probatoria*, Bogotá: Editorial Temis, 1997, pp. 157 y ss.

queda registrado o estampado. Por ejemplo, su presencia en un sitio queda estampada por sus huellas dactilares, por sus pisadas o porque algún testigo lo vio, o suponiendo que ninguna de ellas porque fue muy cuidadoso puede haber caído algún vello o cabello, o saliva, o quizá en una agenda o una llamada telefónica. En fin puede quedar estampado de alguna forma, bien parcial o totalmente. En donde queda estampado es lo que se llama fuente de prueba, algunos autores lo llaman órgano de prueba¹⁰⁸. En ese sentido metafórico, porque de allí emanará el dato o información.

Por la complejidad del hecho delictivo, que a lo mejor solo se ve el resultado, y que es perceptible directamente la causa y el efecto, en la mayoría de casos esto no sucede, puesto que el delincuente en todo momento trata de cometer el hecho en forma clandestina, procurando no dejar huella o tratando de ocultarlas. Gran parte de los hechos punibles tienen momentos de planificación, sobre todo los delitos de crimen organizado: drogas, lavado de dinero, secuestro, terrorismo, entre otros. Se sostiene igualmente la tesis de la atomicidad del hecho-resultado, esto es que esta precedido y seguido de un conjunto de hechos simples los cuales pueden indicar hechos desconocidos.

Los actos de investigación además de localizar las fuentes tratarán de preconstituir algunas de ellas, bien para registrar el dato o información o bien para valorar tales hechos. En específico, con las evidencias materiales u objetivas, consistentes en objetos, huellas, residuos o vestigios, etc., se encuentra algunas que se degradan con el tiempo, de manera que pierden su esencia o terminan para desaparecer, por mucho cuidado que se ponga para su aseguramiento y custodia, por ejemplo drogas volátiles, etc.; o también algunas evidencias materiales pueden resultar alteradas o

¹⁰⁸ DELGADO SALAZAR, Roberto. *Las pruebas en el proceso penal venezolano*, ob. cit. p. 23.

modificadas o destruidas por el efecto de la acción de procedimientos técnicos para valorarlas o extraer información, por lo que dicha evidencia – fuente- se torna inutilizable en el juicio oral¹⁰⁹, en estos casos se utiliza la experticia, la inspección y la documentación –fotografía, videgrabación, etc.- También, cuando se trata de preconstituir el elemento de evidencia y la fuente, como son los casos de intervención telefónica o de comunicaciones, los testigos en entrada y registro, entre otros. Es decir, en realidad lo que se pre-constituye es la fuente de prueba para dejar registrada o impreso un dato o información, sin que pierda la naturaleza de acto de investigación.

El profesor GIMENO SENDRA¹¹⁰ aporta una interesante clasificación o quizá de modos de preconstitución en los diversos momentos de investigación, la cual la adaptamos a la tesis que sostenemos y a nuestro sistema procesal:

- 1) Preconstitución en diligencias policiales de prevención
 - a) Los métodos alcoholimétricos
 - b) Grabaciones de vigilancia
 - c) Registros en puestos móviles o fijos de vehículos
 - d) La inspección ocular
- 2) Preconstitución con control judicial
 - a) Circulación y entrega vigilada de drogas
 - b) Grabaciones y escuchas telefónicas
 - c) Intervención de comunicaciones
 - d) Agentes encubiertos

¹⁰⁹ GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ob. cit. pp. 221-222.

¹¹⁰ GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, ob. cit. pp. 357-358

- e) Entrada y registro
- f) Experticias
- g) La inspecciones e intervenciones corporales

No se acoge el criterio de la clasificación en cuanto a prueba preconstituida por el órgano jurisdiccional, porque eso es propio de un sistema inquisitivo y que no se ha formado con las garantías del debido proceso, además debe manifestarse que el juez en el sistema acusatorio venezolano no puede tener actividad probatoria propia, y cuando forma parte de la actividad lo que se está conformando es prueba anticipada, como ya se asentó es diferente a la pre-constitución de fuente de prueba. Tal vez con ejemplo ilustre mejor: El Ministerio Público solicita el allanamiento de la residencia de un investigado, el juez de control autoriza y se practica por el CICPC con presencia del Ministerio Público, conforme al ordenamiento jurídico (art. 196 COPP) debe efectuarse en presencia de dos testigos hábiles. Estos dos testigos observaran la práctica del allanamiento y estos van a percibir lo que sucede allí, los hallazgos en el lugar, el material recogido, el tipo de objetos, etc., serán testigos de las evidencias que se encuentren. Estos dos testigos han sido preconstituídos como fuente de prueba. Para que sea prueba su declaración deberá ser debatida en la audiencia oral con todas las garantías del debido proceso.

O bien, si es una experticia de una sustancia se va analizar qué tipo es, si es droga, sus características, esa experticia y su documentación se constituye en fuente de prueba que se aportará en el juicio oral para su debate.

Lo que debe tenerse claro es que la preconstitución de fuente de prueba –tradicionalmente llamada prueba preconstituida- es un acto de investigación que no constituye prueba sino que se forma como elemento de

convicción y sustento para la acusación, pero tendrá que debatirse en el juicio oral para se forme como prueba auténtica. Obviamente, la preconstitución se forma con vocación probatoria de estampar el hecho para ser trasladado el juicio oral.

Es evidente que la pre-constitución de fuente de prueba por su propia naturaleza es irreproducible (ej. Un allanamiento, una interceptación de comunicación), de manera que es un absurdo hablar de irreproducibilidad. En estos casos se han asegurado unas evidencias y se han pre-constituido unas fuentes que verificarán los datos o informaciones obtenidas. Por otro lado, cuando se trata de fuente personales es posible hablar de reproducir directamente su testimonio, mediante el traslado del testigo a la audiencia oral para que rinda su declaración, pero es un desatino hablar de irreproducibilidad¹¹¹. En definitiva, debe indicarse las fuentes son utilizables o no utilizables, disponibles o no disponibles. Trasladables o no trasladables.

Nulidad de la prueba anticipada

Establecen los artículos 174 y 175 COPP que la contravención, violación o inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstos en La Constitución de la República, el Código Orgánico Procesal Penal, las leyes y tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República.

Como se ha manifestado, en realidad, la particularidad de la prueba anticipada es que se practica fuera de las sesiones del juicio oral, en un momento anterior, por lo cual no rige plenamente los principios de publicidad, concentración e inmediación si la realiza el juez de control. No obstante, debe aplicarse la garantía plena del contradictorio, y la inmediación en

¹¹¹ RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: análisis racional y práctico*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2012, p. 78.

cuanto a presencia de juez, pero además deben concurrir los derechos y garantías inherentes al debido proceso (derecho de defensa, asistencia jurídica, conocimiento de lo que obra en su contra, juez natural, procedimiento adecuado, entre otros.

Al igual que cualquiera de los medios probatorios producidos en el proceso, desde el punto de vista de la teoría general de la prueba, el medio probatorio que se instrumente para anticipar la prueba debe cumplir los requisitos de existencia, validez y eficacia probatoria¹¹². Por ejemplo, si se trata de recibir anticipadamente declaración de testigo deben cumplirse los requisitos propios del medio testimonial, así: a) De existencia: que sea decretada por juez competente, estrictamente personal del testigo, que verse sobre hechos del objeto del debate procesal, b) de validez: que se haya fijado momento para recibir el testimonio, que sea en audiencia pública (salvo las excepciones de ley), que el testigo sea mayor de 12 años, debe estar precedido de juramento, el testigo debe estar consciente y con facultades mentales, cumplir con las formalidades de tiempo, modo y lugar; y c) de eficacia procesal: conducencia para dar datos o informaciones, pertinencia del testimonio respecto al objeto procesal, ausencia de interés del testigo en el caso, que de fundamento de sus afirmaciones y que no aparezcan contradictorios o inverosímiles los hechos narrados por el testigo. Estos son requisitos del medio probatorio como instrumento procesal. Cuestiones distintas a los derechos y garantías que deben regir al acto y al proceso.

De manera que si en el acto de prueba anticipada se quebrantan los derechos y las garantías reconocidas en el ordenamiento jurídico, o se quebrantan normas procesales sobre formas esenciales del acto de prueba

¹¹² RIVERA MORALES, Rodrigo. *Las pruebas en el derecho venezolano*, ob. cit. pp. 568 y ss.

anticipada se afecta de nulidad y es procedente la declaratoria del juez anulando la prueba anticipada realizada. Obviamente, no tendrá eficacia probatoria de ningún orden¹¹³.

Nulidad de la preconstitución de fuente de prueba

Como se ha sostenido en la presente tesis la preconstitución se refiere a la fuente de prueba con el fin de registrar elementos probatorios. Bien por exigencia de la ley, bien que correspondan propiamente a la investigación.

Obviamente, que toda diligencia o acto de investigación tiene vocación probatoria, en el sentido que se realiza con la pretensión de su entrada y eficacia en el juicio oral, pero para que efectivamente pueda alcanzar la realización de esa vocación probatoria tiene que respetar los derechos y garantías procesales y las reglas regulatorias procesales generales y específicas del medio probatorio.

Es claro que en una Estado social democrático y constitucional la ley regula las condiciones y requisitos con los cuales se asegura la regularidad y legalidad de las actuaciones de investigación e instrucción. Son diversos los pronunciamiento del más Alto Tribunal de Justicia en Sala Constitucional en

¹¹³ JURISPRUDENCIA. TSJ. SALA CONSTITUCIONAL, sentencia N° 823, expediente N° 09-0478, de 18/06/2009 , Magistrada ponente Carmen Zuleta De Merchan, caso: Jesús Alberto Zerpa Torres Que en el mismo sentido solicitó la nulidad de la prueba anticipada por no cumplir con los requisitos legales, solicitud que ni admite ni motiva “[...] sólo se convocó a una Audiencia para oír al ciudadano Jonathan Javier Guedez Rivas, por demás ilegal, pues como se (sic) explicado anteriormente el Tribunal de control no puede realizar actuaciones de fase de investigación, así lo expreso (sic) el máximo tribunal (sic). <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/823-18609-2009-09-0478.html>. SALA PENAL, Sentencia N° 346, expediente N° R06-0277, de 20/07/2006, Magistrada ponente Blanca Rosa Mármol de León, caso: Luis Antonio Goitía Sánchez y otro. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/julio/r06-0277-346.htm>.

los que se reitera la doctrina de que es una garantía el cumplimiento de los requisitos de los actos procesales¹¹⁴.

Así pues, cuando se preconstituye una fuente de prueba la idea es que pueda ser empleada en el proceso como elemento probatorio, para ello es imprescindible que se cumplan con las reglas procesales para tales actos. Por ejemplo, si se van a recaudar evidencias materiales en la residencia de un sospechoso o imputado debe solicitarse la orden judicial para producir el allanamiento y deben cumplirse con las formalidades establecidas en los artículos 196 al 199 COPP, si se produce un allanamiento sin orden judicial ese acto de investigación es nulo por manado expreso del numeral 1 del artículo 49 constitucional; si se produce el allanamiento y no hay testigos que presencien el registro y si se encuentran de evidencias no podrá dársele eficacia a ese acto por estar privado de uno de los requisitos de garantía del acto.

Es claro que la preconstitución de fuente de prueba es un acto de investigación con vocación probatoria que debe respetar los derechos y garantías de los ciudadanos para que pueda tener eficacia probatoria cuando se traslade al proceso en el debate oral. La preconstitución de fuente de prueba violatoria de los derechos y garantías es contraria al debido proceso

¹¹⁴ JURISPRUDENCIA. TSJ. SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia N° 1251, expediente N° 13-0521, de 16/08/2013, Magistrado Ponente Juan José Mendoza Jover, caso: Igor Eduardo Nieto Buitrago “En tal sentido, la garantía respecto del cumplimiento de un principio emerge de los requisitos que deben cumplirse para la realización de los actos procesales y su continuidad mediante las formas procesales, lo cual conlleva a que cuando no se cumple una forma, esto es: se incumple un requisito legal o se rompe una secuencia necesaria, la actividad procesal se vuelve inválida o defectuosa, y por ello, es que se afirma que: “las formas son la garantía”. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1251-16813-2013-13-0521.HTML>.

e incurre en nulidad conforme a la disposición constitucional establecida en el artículo 49 numeral 1.

Nulidad del aseguramiento de evidencia

La validez y eficacia de la evidencia material en el proceso penal estará ligado siempre, necesariamente, a las formas utilizadas en la construcción previa de la cadena de custodia de dichas evidencias dentro del sistema de garantías establecidas en la Constitución.

El orden jurídico venezolano posee un sistema de garantías que apuntalan a que no deben lesionarse jamás las normas jurídicas ni derechos fundamentales de los ciudadanos por parte de los encargados de la investigación en cada una de las etapas que componen la cadena de custodia, ya que de lo contrario se podría afectar la necesaria pureza probatoria.

Ante el supuesto de que en la investigación penal los sujetos intervinientes en el manejo de la evidencia no respeten –ya sea en forma dolosa o imprudente- los procedimientos técnicos específicos, se estará razonablemente en presencia de una *actividad defectuosa*, cuya consecuencia procesal podría acarrear la nulidad de esos indicios probatorios.

El artículo 187 del COPP y el reglamento de la cadena de custodia establecen con claridad el procedimiento para el aseguramiento de evidencia material. El artículo 187 citado reconoce que la cadena de custodia es una garantía legal, por tanto están obligados los investigadores a cumplir con los procedimientos establecidos. De manera que, el incumplimiento de los procedimientos de la cadena de custodia para el aseguramiento de evidencia conduce a que el juzgador deba declararla afectada de nulidad y

no darle eficacia probatoria, a pesar de que el contenido del elementos probatorio presuntamente pueda involucrar al imputado en el hecho investigado, ya que resulta contrario a la Constitución condenar a un ciudadano con prueba que resulta ilegítima¹¹⁵.

Obviamente, que cuando se invoque la ruptura de la cadena de custodia deben demostrarse los hechos que indiquen ese quebrantamiento. Por supuesto, la evidencia tiene que ser relevante con relación a los hechos constitutivos del tipo penal que se debate.

Eficacia Probatoria de la prueba anticipada

La eficacia probatoria tiene que ver con el valor que tiene el medio en el momento de la valoración probatoria para dictar sentencia. En el proceso penal la valoración probatoria debe hacerse conforme al sistema de sana crítica (art. 22 COPP). Es lógico que el análisis es el mismo que se practica a todos los medios, lo particular de la prueba anticipada es examinar si para

¹¹⁵ JURISPRUDENCIA. TSJ. SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia N° 313, expediente N° C07-0133, de 14/06/2007, Magistrada Ponente Miriam del Valle Morandy Mijares, caso: Maximino Carrero Rosales y Leonid Ilich Delgado Maldonado En el caso particular, la acción típica antijurídica que exige el artículo 31 de la citada Ley Orgánica no fue acreditada por ningún medio probatorio producido en debate, por cuanto solo se estableció la incautación por parte de los funcionarios adscritos a la Guardia Nacional de una sustancia de la cual se desconoce sus características físicas esenciales, incluyendo su peso y cantidad, en razón de no haberse preservado la cadena de custodia, como ha establecido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al señalar que: “...*hasta tanto no se destruyan por incineración las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, las mismas quedarán bajo la custodia del Ministerio Público, el cual, como órgano encargado de la investigación penal, podrá delegar en los órganos encargados de la investigación criminal, la custodia o aseguramiento hasta tanto se proceda a la destrucción, lo cual siempre será supervisado por el Ministerio Público*” (sentencia N° 2464, de fecha 29 de noviembre de 2001), igualmente en razón de no haberse constatado tales circunstancias, tanto en las pruebas de orientación, en el acta de verificación de sustancia realizada por el Tribunal en función de Juicio, como en el dictamen pericial químico. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/junio/313-14607-2007-c07-0133.html>.

que se haya formado fuera del debate oral se cumplieron los extremos exigidos por la ley¹¹⁶.

Es necesario distinguir dos fases en la valoración probatoria: a) análisis individual de cada medio probatorio, y b) el análisis global o conjunto, esto es, la interrelación, la verificación, coherencia y confirmación entre los diversos medios probatorios disponibles.

En lo que respecta a la **valoración individual** del medio se encuentra integrado por un conjunto de actividades racionales, a saber: a) juicio de fiabilidad probatoria, b) de interpretación fáctica, c) juicio de verosimilitud y, d) fijación fáctica¹¹⁷.

a) Juicio de fiabilidad probatoria

El juez debe comprobar si el medio probatorio fue incorporado cumpliendo los requisitos formales y materiales. Esto es, primero si cumplió los requisitos exigidos para formarse la prueba anticipada; segundo, si en la práctica del medio como tal se cumplieron las exigencias específicas (por ejemplo: si es testigo si se juramentó, declaró libre de toda coacción, entre otros). Por otra parte, se debe realizar el examen de pertinencia y licitud, así como todas aquellas circunstancias que habilitan el medio probatorio (por ejemplo: en el caso de testigo que no tenga interés en el asunto, etc.). Si hecho este examen no es fiable el medio, obviamente se desecha y se motiva el rechazo. Debe examinarse como se incorporó al debate oral y si en ese momento hubo o no observaciones de las partes.

b) de interpretación fáctica

¹¹⁶ JURISPRUDENCIA. TSJ. SALA PENAL, Sentencia N° 152, expediente N° C13-109, de 15/05/2013, Magistrado Ponente Raúl J. Aponte Rueda, caso: Franny Marcano: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/mayo/152-15513-2013-c13-109.html>.

¹¹⁷ RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: análisis racional y práctico*. ob. cit. p. 420.

Después de haber verificado la fiabilidad del medio debe procederse a la interpretación de la prueba practicada anticipadamente. El juez ha de fijar y determinar el contenido que se ha querido transmitir con el medio probatorio examinado. Mediante esta actividad se pretende extraer los datos, las informaciones relevantes que posee el medio sobre el tema debatido. Por ejemplo: de un testigo se puede extraer que vio, más o menos a 100 metros de distancia, al acusado a las 11 pm al frente de la casa de la víctima y que entró a esa casa e inmediatamente oyó disparos y vio salir apresuradamente a las 11.15 pm al acusado de la casa de la víctima. Se extrae lo que percibió con sus sentidos (vio y oyó), y ciertas condiciones (distancia y de noche). El juez con el auxilio de las máximas de experiencia interpretará ese contenido.

c) juicio de verosimilitud

Una vez interpretados los hechos expuestos en el medio el juez deberá realizar un examen de verosimilitud del medio. Esto es si los hechos narrados son posibles, si lógicamente pudieron acontecer de esa forma, si el medio no ha sido falseado, entre otros. En especial, en la prueba anticipada debe valorarse las circunstancias en las cuales se practicó el medio, tomando en consideración si efectivamente se condujo adecuadamente el contradictorio.

d) fijación fáctica

Respeto a este aspecto si se acepta la fiabilidad y la verosimilitud del medio anticipado, el juez deberá fijar que hechos pueden darse por determinados en ese medio. Por ejemplo: 1) el acusado estaba frente a la casa de la víctima a las 11 pm; 2) el acusado entró a la casa de la víctima; 3) el acusado salió de casa de la víctima a las 11.15 pm.

En lo que respecta a la **valoración conjunta** el juez debe tomar cuáles son los hechos controvertidos, cuáles los alegados por el Ministerio Público y la defensa, con el objeto de interrelacionar los hechos fijados en cada medio para examinar si se verifican y confirman entre sí. Esta es una labor de comparación entre los diversos medios probatorios con relación a los hechos que contienen cada uno de ellos. El juez deberá organizar los hechos que resulten acreditados sin contradicción entre los diversos medios, para determinar que hechos pueden declararse por probados, o que hechos pueden darse por probados en el sentido de la probabilidad porque existen elementos de convicción convergentes y no hay elementos de rechazo.

Como puede verse la prueba anticipada se juzga al igual que todos los medios, lo especial es su carácter y que debe examinarse su legitimidad y que haya satisfecho los requisitos de su excepcionalidad.

CONCLUSIONES

Primera: La prueba en el proceso penal está subordinada a las garantías constitucionales y a los principios rectores que informa al proceso penal, lo cual impone la oralidad, la inmediación, la publicidad y el contradictorio, de manera que cualquier otro método para incorporar medios probatorios al proceso es de carácter excepcional y debe vigilarse que no ha existido el quebrantamiento o menoscabo de las garantías y derecho constitucionales de las partes.

Segunda: La prueba en el sistema acusatorio se forma en el debate oral contradictorio, público y en inmediación, con igualdad de armas para las partes de manera que no puede existir prueba fuera de ese contexto, salvo la previsión de la ley con la prueba anticipada, cuando previsiblemente pueda determinarse que la fuente de prueba será indisponible para la audiencia oral.

Tercero: Sólo puede concebirse en el proceso penal acusatorio la prueba anticipada bajo cumplimiento de las condiciones que garanticen a las partes el debido proceso y la tutela efectiva y de manera excepcional, con autorización expresa y motiva del juez que la decrete. De manera que el concepto de prueba pre-constituida debe ser extraño al proceso penal acusatorio.

Cuarto: En la práctica judicial, tanto a nivel del Ministerio Público y los órganos de investigación penal, como en los tribunales de control, es de vital importancia para la satisfacción y respeto de las garantías de los justiciables la claridad de los conceptos de pre-constitución de fuente de prueba y aseguramiento de prueba con prueba anticipada.

RECOMENDACIONES

Primero: Estos conceptos de prueba anticipada, preconstitución de fuente y aseguramiento de evidencia merecen ser estudiados para evitar confusiones que inciden en el menoscabo de derechos y garantías de las partes.

Segundo: Sin caer en el casuismo, **es recomendable *lege ferenda***, que se clarifiquen estas figuras para evitar el manejo confuso de ellas en el proceso penal.

Tercero: La jurisprudencia debe re-plantear su interpretación de estas figuras para evitar añadir confusión conceptual en detrimento del sistema acusatorio, en especial de los principios de contradicción, concentración e inmediación, y menoscabo del sistema de garantías.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMENTA DEU T. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Cuarta Edición. Marcial Pons. Madrid. Barcelona. Buenos Aires, 2009.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica) Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007.

ARCE y FLOREZ VALDEZ, Joaquín. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madrid: Edit. Civitas, 1990.

ALMAGRO NOSETE, José. "Teoría general de la prueba en el proceso penal", en obra colectiva *La prueba en el proceso penal*, Madrid, Edita Civitas, 1992.

ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediar S. A. Editores, 1956.

BINDER A. Introducción al Derecho Procesal Penal. Buenos Aires. Editorial Ad-Hoc, 2000..

BONET NAVARRO, José. *La prueba en el proceso civil*, Madrid: Editorial Difusión Jurídica, 2009.

BUJOSA VADELL, Lorenzo *et allia*. *Derecho Procesal Penal*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006.

BUSTAMANTE, Mónica. "Presentación", en obra colectiva *Oralidad y Proceso*, Medellín: Universidad de Medellín-Sello Editorial, 2008.

CABRERA ROMERO J. E. Revista de Derecho Probatorio No 14. Ediciones Homero. Caracas, 2006.

----- . *Contradicción y control de la prueba*, Caracas: Editorial Jurídica Alva, 1997.

----- "Algunas apuntes sobre el Sistema Probatorio del COPP en la fase Preparatoria y en la Intermedia", en *Revista de Derecho Probatorio*, N° 11, 1999.

CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*, Bogotá, Edita Temis, 1998.

CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*, Buenos Aires, Editorial EJE, 1973.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*, Buenos Aires, Editorial EJE, 1973.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (2000). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5.423 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000

COUTURE, E. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial EJE, 1978.

CHIOVENDA, J. *Principios de Derecho procesal Civil*, Tomo II, Madrid: Editorial REUS, 1977.

DELGADO SALAZAR, Roberto. *Las pruebas en el proceso penal venezolano*, Valencia, Edita Vadell Hnos, 2007.

----- La prueba penal anticipada. Valencia, Edita Vadell Hnos, 2005.

DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, Emilio. *El Modelo constitucional de investigación penal*, Madrid, Edita Civitas, 2001.

DEVIS ECHANDIA, H. Tratado de la prueba judicial. Medellín Editorial DIKE, 1993.

DIÉZ PICAZO, F. y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Civitas, 1986.

ESPAÑA VILADAMS, Rose M. "Los actos conclusivos de la investigación". II Jornadas de Derecho Procesal Penal. Caracas, UCAB

FERRER BELTRAN, Jordi *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007.

GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Constitución y Derecho Procesal*, Navarra: Aranzadi-Civitas, 2009.

GIMENO SENDRA. Derecho Procesal Penal. Madrid. Editorial Colex, 2004.

GOZAINI, Osvaldo. *Elementos de Derecho procesal civil*, Buenos Aires: Editorial EDIAR, 2005.

GONZÁLEZ CASTILLO, Joel "La fundamentación de las sentencias y la sana crítica", Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005, Tomado de <http://www.derechoinforma.net>. Consulta Agosto, 2013.

GRISANTI AVELEDO, H. Lecciones de Derecho Penal Parte General Valencia Venezuela, 2003.

GUASP, J. y ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 5ª Edición, Madrid: Editorial Civitas, 2002.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1998.

GUERRERO PALOMARES, Salvador. *El principio acusatorio*, Navarra: Editorial Thomson-Aranzadi, 2005.

GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006.

HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Madrid, Edita Marcial Pons, 1998.

JEREZ, Y. Credibilidad y certeza en la prueba judicial. Leyer Editorial Bogotá, 2000.

LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Estudios sobre garantismo procesal*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2009.

IACOVELLO, F.M. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano: Ed. Giuffrè, 1997.

IGARTUA SALAVERRIA, Juan. “Algunas incidencias de los principios de contradicción e inmediatez en el razonamiento probatorio”, en obra colectiva *Oralidad y Proceso*, Medellín: Universidad de Medellín-Sello Editorial, 2008.

MALDONADO VIVAS, Osman. *Derecho procesal penal venezolano*, Caracas, 2003.

MIRANDA ESTRAMPES, M. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona. Editorial JM Bosch, 1997.

MONTAÑES PARDO, M. A. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 1999.

----- La Prueba en el Proceso Civil, 5ª Edición, Madrid, Editorial Civitas, 2007.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997.

MUÑOZ SABATE, Luis. “Probática y Derecho Probatorio”, en *XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá: Universidad Libre de Colombia-ICDP, 2006.

----- . *Técnica Probatoria*, Bogotá: Editorial Temis, 1997.

MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*, Madrid, Edita Trotta, 2004.

ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*, 9ª edición, Navarra: Editorial Aranzadi, 2009.

ORTELLS RAMOS, Manuel y otros. *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Navarra, Ediroail Thomson-Aranzadi, 2005

OSSORIO, M. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales 28º ed. Buenos Aires Editorial Heliasta, 2001.

PARRA QUIJANO, J. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá. Edic Librería del Profesional, 2001.

----- . Tratado de la prueba judicial. Indicios y Presunciones. Bogotá. Edic Librería del Profesional, 2001.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto y otros. *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Editorial Colex, 2000.

PEREZ SARMIENTO, E. La prueba en el proceso penal acusatorio. 2da Edición. Caracas. Editorial Vadell Hermanos, 2005.

PICÓ I JUNOY, Joan. “El principio de oralidad en el proceso civil español”, Barcelona. Editorial Bosch, 2004.

----- *Principios constitucionales del proceso*, Barcelona: José María Bosch Editor, 1997.

----- . “El principio de oralidad en el proceso civil español”, Barcelona. Editorial Bosch, 2004.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El Proceso Penal. Lectura Constitucional*, Barcelona. J.M. Bosch, 2000.

REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Ángela Margarita. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Editorial Nomos, 2005.

RIVERA MORALES, R. Las Pruebas en el Derecho Venezolano Civil, Penal, Oral, Agrario, Laboral y Lopna. Barquisimeto, Venezuela. Librería J. Rincón, 2008.

----- Actos de Investigación y Pruebas en el Proceso Penal. Librería J. Rincón. Barquisimeto-Venezuela, 2008.

----- .Actividad Probatoria y Valoración Racional de la Prueba. Librería – J. Rincón. Barquisimeto- Venezuela, 2010.

----- . La prueba: análisis racional y práctico. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2012.

RODRIGUEZ MORALES, A. Síntesis de Derecho Penal Parte General. Caracas-Venezuela, 2009.

ROSELL, Jorge. “La oralidad en el proceso penal”, en obra colectiva Memorias del VIII Congreso venezolano de Derecho Procesal. San Cristóbal, 2009.

STEIN, F. El conocimiento privado del juez. Bogotá, Editorial Temis, 1993.

SENTIS MELENDO, S. *La prueba*, Bogotá, Editorial Temis, 1990.

TALAVERA HERLIGUERA, P. La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Manual del Derecho Probatorio y de la Valoración de las Pruebas en el Proceso Penal Común. Corporación Alemana al Desarrollo GTS. Lima Perú, 2009.

TARUFFO, Michele. *La prueba*, Madrid: Editorial Trotta, 2008.

----- . “El control de la racionalidad de la decisión, entre la lógica, retórica y dialéctica”, en obra recopilativa de escritos de Taruffo *Páginas sobre Justicia Civil*, Madrid, Edita Marcial Pons, 2009.

----- . “Consideraciones acerca de las máximas de experiencias”, en obra colectiva XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, obra colectiva XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal- Universidad Libre de Colombia, 2008.

TIJERINO PACHECO, José María. “La mediatización de la oralidad”, Conferencia dictada el 28 de julio de 2005 durante la IX edición de la Escuela Judicial para Centroamérica y el Caribe “Juan Carlos I”, organizada por el Consejo General del Poder Judicial de España y la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), en La Antigua Guatemala, 2005.

VALLEJO M. J. Los Principios de la Prueba en el Proceso Penal, Bogotá, Colombia.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magaly. *Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano*, Caracas, UCAB, 2007.

VECCHIONACCE, F. “Motivos de la apelación de sentencia”, en Terceras Jornadas de Derecho Procesal Penal, Caracas, UCAB, 2000.

VELÁZQUEZ VIOQUE, David. “El juicio sobre la admisión de los medios de prueba”, en obra colectiva *Aspectos prácticos de la Prueba Civil*, coordinada por Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, Barcelona: Editorial: J.M. Bosch, 2006.

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Teoría Constitucional del proceso*, Bogotá: Edit. Ediciones Doctrina y Ley, 1999.

VILLAMIZAR LOPEZ, M. Obtención de Pruebas en el Proceso Civil en Europa, Madrid, Editorial Colex, 2005.