



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

TRABAJO ESPECIAL DE GRADO

**APRECIACIÓN DE LA PRUEBA Y LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ
SEGÚN LA LEGISLACION PENAL VENEZOLANA**

Presentado por

Parra Thania

Para Optar al Título de
Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas

Asesor:
Dr. Hely R. Socorro U.

Maracaibo, abril 2015



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

ACEPTACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada **Thania Parra**, titular de la Cédula de Identidad **6.830.169**; para optar al Grado de Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, cuyo título es: **Apreciación de la prueba y la discrecionalidad del juez según la legislación penal venezolana**; y que acepto asesorar a la estudiante, durante la etapa de desarrollo del Trabajo hasta su presentación y evaluación.

En la Ciudad de Maracaibo, a los 15 días del mes de abril del 2015

Asesor:
Dr. Hely R. Socorro U.

AGRADECIMIENTO

A aquellos personas que de forma directa o indirecta me brindaron su apoyo en el logro de esta meta, entre estas mi familia y amigos profesionales que en forma desinteresada me motivaron para consolidara este propósito.

DEDICATORIA

Para todos aquellos que aman la justicia transparente, la practican con equidad y la hacen posible con entereza y humanidad.



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

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA Y LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ SEGÚN LA LEGISLACION PENAL VENEZOLANA

Autora: Thania Parra

Asesor: Dr. Hely R. Socorro U.

Fecha: abril de 2015

RESUMEN

La apreciación de la prueba significa la fundamental función de ésta en el proceso. Su diseño corresponde a un estudio descriptivo con un tipo documental. La dinámica de pruebas se manifiesta en actividades específicas llamadas actos de pruebas, que en el derecho procesal penal son elementos de obligatorio cumplimiento para dar inicio al proceso originado por una acción punible. El objetivo se refiere a analizar la apreciación de la prueba y la discrecionalidad del juez en el proceso penal venezolano. Durante la averiguación correspondiente al hecho punible interviene primero el denunciante o víctima del delito y el Ministerio Público como titular de la acción penal. En su plan de análisis se utilizará la observación como técnica para luego utilizar el método inductivo-deductivo. Debe distinguirse que el fin de la prueba y de su valoración, son dos actividades contrarias, pues el fin de la prueba judicial no es otro que lograr el convencimiento o certeza del juez sobre la existencia o inexistencia, veracidad o falsedad de los hechos controvertidos; en tanto que el fin de la valoración de la prueba judicial, es el precisar el grado de certeza o mérito que el medio probatorio produce en el ánimo del juez, en otros términos, el grado de convencimiento que la prueba ha dado el decisor. La actividad a través de la cual se desarrolla la prueba en el proceso, es vital, la aplicación de los diversos medios al caso concreto llevan al ánimo del operador de justicia la convicción necesaria para que pueda decir el verdadero derecho ajustado al tema controvertido, atendiéndose a lo alegado y probado en autos. Este trabajo es de tipo documental y nivel descriptivo. Se espera como resultado colaborar con su información en la administración de justicia, para que exista una mejor aplicación de la discrecionalidad del juez en lo que a prueba se refiere.

Palabras Clave: Valoración de la prueba, discrecionalidad del Juez, dinámica de pruebas, acción punible, acción penal, prueba judicial, actividad probatoria.

Índice General

Agradecimiento	iii
Dedicatoria	iv
Resumen	v
Introducción	1

I. Relevancia del sistema de la libre y racional convicción del Juez

Aspectos generales del régimen probatorio en el proceso penal venezolano	5
El acto de apreciación de la prueba y la discrecionalidad del juez	9

II. Bases para la apreciación de la prueba

Pruebas permitidas o recabadas sin violación al debido proceso	25
Ilicitud de las pruebas	28

III. Aspectos generales del régimen probatorio en el proceso penal venezolano

Los medios probatorios en el Código Orgánico Procesal Penal	32
Características de la prueba en el proceso penal acusatorio	39

IV. Principios reguladores del sistema probatorio en el procedimiento penal acusatorio

Principios reguladores del sistema probatorio en el procedimiento penal acusatorio	54
Sistemas de valoración de la prueba	79
Conclusiones	91
Referencias bibliográficas	94

Introducción

El origen de la prueba depende de los hechos, de la conducta humana, de la condición de ser un ente pensante. Las razones que justifican el estudio de la valoración de la prueba y la discrecionalidad del Juez, tanto en lo científico como en lo jurídico, además; de ser imprescindible ya que nadie escapa a la necesidad de probar, de convencerse de la realidad o de la verdad de algo, conducen fundamentalmente, a la meta de la justicia que consiste en: darle a cada uno lo que se merece; verdaderamente se justifica el estudio de este tema por considerar que la valoración probatoria viene a ser una de las partes más importantes del proceso, porque de esta valoración depende que las pruebas puedan ser admitidas o no.

Aquí entra en juego la discrecionalidad del Juez porque es a él a quien le corresponde darle la valoración respectiva verificando a su vez que las pruebas presentadas hayan sido obtenidas sin menoscabar y sin trasgredir alguna norma, fundamentando el propósito de este trabajo puede visualizarse lo correspondiente a la justificación, ya que por el solo hecho de apreciar lo que se quiere probar o demostrar queda más que explicado el propósito de la misma; aún más podría agregarse que el propósito es fundamentalmente despertar el interés por lo que las pruebas significan dentro del proceso.

La importancia del estudio está basada en considerar que las pruebas en todo proceso representan el conocimiento dirigido a la verificación de un juicio, entonces la prueba no es más que la dinámica de probar y de considerar que la prueba es una operación, porque ella no viene en forma aislada, sino que está inmersa dentro de un conjunto de elementos, y es precisamente allí donde debe funcionar el acto de tomar la que mejor se adapte al hecho y de esta forma lograr que sea admitida.

En el desarrollo del trabajo se tomó en cuenta la parte metodológica, lo cual permite considerar la sistematización de los aspectos estudiados, cuidando en todo momento la relación entre uno y otro; muestra de esto es el marco teórico que está conformado por los elementos de íntima relación con el tema. El alcance de la investigación referida es coadyuvar a la mejor comprensión de lo que significan las pruebas en el proceso penal, y es allí donde los profesionales del derecho deben ser muy celosos al momento de manejar el medio probatorio. Sin la prueba, los derechos subjetivos de una persona quedarían sin poderse reclamar, su existencia depende de la prueba, ésta da vida al derecho, sin ella, sería vulnerado cualquier intento para hacerlos valer.

A través de la prueba se logra que los derechos, tengan solidez y eficacia, serían simples apariencias, diferente de lo que pudiera obtenerse por propia mano. Este concepto se expresa literalmente por medio de un viejo adagio que dice: tanto vale no tener un derecho cuanto no poder probarlo. En razón de la necesidad de la vida social, se requiere de la prueba para conocer la imputabilidad, inimputabilidad y culpabilidad del sujeto.

La existencia de la prueba es importante, no sólo en el derecho como ciencia social, sino en todas las otras manifestaciones del saber humano, en la vida cotidiana y aún en los asuntos más triviales. Sin la prueba el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional para amparar la armonía social y restablecer el orden jurídico. Es tan importante la prueba en la administración de justicia que sin ella no existiría orden jurídico alguno. Sin la prueba el proceso desaparecería. Como desaparecería el universo caso de abrogarse las leyes físicas que mantienen los astros en perfecto equilibrio y armonía.

El trabajo que se presenta es de tipo documental-descriptivo. Ha sido sustentado con fuentes bibliográficas especializadas y doctrinas que hacen referencias concretas respecto a la apreciación de la prueba y la discrecionalidad del juez según la legislación penal venezolana. Se ha organizado esta investigación en cuatro capítulos que permiten plasmar los conocimientos, partiendo de principios básicos sencillos hasta los más complejos y profundos, siguiendo una congruencia metodológica y de contenido teórico, en la siguiente forma:

El capítulo I referido a la relevancia del sistema de la libre y racional convicción del Juez. En este capítulo se tratan aspectos relacionados sobre los aspectos generales del régimen probatorio en el proceso penal venezolano y sobre el acto de apreciación de la prueba y la discrecionalidad del juez.

El capítulo II hace referencia a las bases para la apreciación de la prueba. En esta parte del trabajo se define lo que son pruebas permitidas o recabadas sin violación al debido proceso y lo que es ilicitud de las pruebas.

En el capítulo III se tratan aspectos generales del régimen probatorio en el proceso penal venezolano. En esta parte se hace referencia a los medios probatorios en el Código Orgánico Procesal Penal y a las características de la prueba en el proceso penal acusatorio.

En el capítulo IV se tratan los principios reguladores del sistema probatorio en el procedimiento penal acusatorio. En este capítulo se da una explicación de los principios reguladores del sistema probatorio en el procedimiento penal acusatorio y del sistemas de valoración de la prueba.

Por último se presentan las conclusiones y las referencias bibliográficas respectivas.

I. Relevancia del sistema de la libre y racional convicción del Juez

Aspectos generales del régimen probatorio en el proceso penal venezolano.

Sobre la base de los postulados que se han examinado, es posible afirmar la necesidad de plantear un cambio de visión de hechos que no ayudará a concebir el contenido del nuevo sistema acusatorio. La lucha por la consecución de formas óptimas y justas de enjuiciamiento penal, ha estado siempre estrechamente ligada al curso del desarrollo político de los pueblos, a la presencia de mayores o menores niveles de democracia en las distintas sociedades humanas a través de los tiempos.

Los sistemas de enjuiciamiento desarrollados por la humanidad son esencialmente dos: el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo. Absolutamente opuestos en esencia, estos dos sistemas son por su propia naturaleza, representativos de los momentos de mayor esplendor (el acusatorio) o el de mayor oscuridad (el inquisitivo), en la vida de las naciones. La adopción de nuevo sistema acusatorio, luego de haber vivido durante años la experiencia del llamado sistema ecléctico francés, que combina la parte inquisitiva o sumario y la fase plenaria o pública, el cual es producto de la herencia jurídica del derecho codificado napoleónico, que en su momento al principio del siglo XIX, fue considerado un gran logro, por cuanto humanizaba el sistema inquisitivo utilizado por la Iglesia Católica, como por los distintos reinos de la época y muy especialmente por el reino español.

El sistema inquisitivo puro fue adoptado en su forma más diáfana por los Reyes Católicos de España en el año 1478, como una forma de unificar el Reino y poder atacar a los herejes y los enemigos de la fe. No obstante el sistema inquisitivo mixto contempla la publicidad del expediente en la etapa plenaria, los elementos esenciales del juicio se devuelven y son determinados por lo que ha sido introducido durante la fase sumaria, por lo que la fase plenaria es casi inútil, debido al carácter definitivo

que adquiere la investigación sumarial durante el proceso, por lo que el auto de detención corresponde antes que a una decisión provisional, a una sentencia definitiva en un gran porcentaje de los casos.

En el sistema inquisitivo mixto predomina lo que introduce la investigación el órgano instructor que conduce a una investigación típicamente inquisitorial, por lo que cuando se tenga noticias de la comisión de un delito, el organismo instructor inquisidor debe abrir de oficio una investigación, debiendo todas las partes que participan en él, concurrir ante el juez a fin de que determine la verdad. Marcado bajo la presunción de culpabilidad este sistema coloca al procesado en una condición de minusvalía y desigualdad frente al Ministerio Público, que en la primera etapa del proceso es parte de buena fe, pero que en otra etapa asume un rol de acusador, a través de la redacción y la formulación del escrito de cargos fiscales a ser expuestos durante la celebración de la audiencia pública del imputado, denominación esta que se conserva aun cuando el procesado a quien se le leyeren los cargos se encontrase en libertad por el otorgamiento de una medida alternativa a la prisión.

De acuerdo a Fernández (2008):

Durante la etapa de investigación sumarial, el presunto indiciado permanece prácticamente indefenso, por cuanto en la declaración informativa por ejemplo, se efectúa sin la asistencia de un defensor, por lo que la persona no conoce los hechos que se le imputan ni le es posible la preparación de su defensa, por lo que no podrá determinar la pertinencia o no de talo cual pregunta que haga el juez o el fiscal de Ministerio Público, cuya respuesta podría ser incriminativa o errónea (p. 59).

Como quiera que un cambio de paradigma involucra una transformación radical de las transformaciones, reglas, conductas y visión del mundo, es de hacer notar, que han surgido muchos opositores a los cambios, por motivos que van desde posiciones cómodas que no creen en las nuevas normativas apegadas a los derechos humanos, y porque el viejo sistema constituía una gran fuente de ingresos económicos en los focos de corrupción que el mismo permitía, dentro de su hábitat oscuro en donde pocos podían ver la luz.

Como se ha expresado, se está al frente de un nuevo paradigma, con la implementación del Código Orgánico Procesal (COPP, 2012), entran en expresa vigencia toda una serie de institutos y de normas que sirven de marco de referencia, ayudará a la conformación de la acción legítima mediante la cual va a operar el Estado para lo persecución de los delitos. Según el mismo autor Fernández (2008) “Dicho marco de referencia se constituye en el marco conceptual, el cual, además de su utilidad en el origen funcional, se hace vinculante” (p. 28).

El sistema acusatorio permite la aplicación y el recordatorio de los principios que subyacen al proceso penal, cada una de las partes que interactúa en él, podrá exigir que se cumpla conforme a las disposiciones previstas y con garantía a los derechos establecidos, con lo que puede adecuar la conducta de los otros participantes en el nuevo sistema de valores jurídicos presentes en el nuevo modelo de procedimiento, fortaleciendo de esta manera, el estado venezolano su poder jurisdiccional, lo que es más importante aún, fortalece su funcionalidad en general.

Este nuevo paradigma requiere de un gran esfuerzo participativo. Cada ciudadano debe ser concientizado de su rol activo en el nuevo enfoque procesal. Lo que significa un nuevo concepto de ciudadano, al igual que se requiere de un nuevo jurista, un nuevo fiscal y de un nuevo juez. Esto acompañado del sujeto principal de la relación procesal: El pueblo, quien participará de manera abierta, franca y

transparente. Lo que se traduce en que en el nuevo proceso penal, convergen distintos elementos, diferentes actores, que dan mayor riqueza al proceso y que permiten que drene la sed de justicia tan dispersa en la sociedad.

Esta implementación de los nuevos esquemas procesales, dan como reflejo que el país se actualiza en materia de derechos humanos, lo que significa, el cumplimiento a compromisos internacionales que sobre esta materia le correspondió suscribir en momentos de la historia y de igual manera, garantizar a través de un sistema legal diáfano, la posibilidad de ofrecer a sus ciudadanos, un sistema jurídico que regule los mecanismos mediante los cuales debe regirse una sociedad.

Esta necesidad de dar cumplimiento a sus compromisos por parte del Estado, proviene de la serie de instrumentos internacionales suscritos por el mismo y aprobados además, con lo cual actualiza a la administración de justicia, cuyo funcionamiento se encontraba disperso a cualquier concepto de garantía constitucional, sumergiéndose en un sistema inquisitivo mixto, escrito y secreto, ya superado en otras latitudes y que forma parte de su historia muchas veces lejana y en otras remotas. La culminación del presente siglo tendrá como consecuencia para el país un nuevo rumbo que abrirá muchos caminos sobre la base de los principios procesales que regirán el destino de la sociedad que está viviendo este proceso de cambio, igualmente para las generaciones futuras.

Para Rivera (2008)

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. (p. 91)

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

El acto de apreciación de la prueba y la discrecionalidad del juez.

La actividad probatoria que realizan las partes antes y durante el proceso, que va desde la búsqueda, averiguación o investigación de las pruebas, aseguramiento, proposición o presentación, admisión y ordenación, y materialización o evacuación de la misma, culmina con su interpretación, valoración y apreciación por parte del operador de justicia, siendo ésta la última y fundamental función de la prueba judicial, la cual no es otra que la demostración de los hechos controvertidos en la contienda judicial, que brindarán al juzgador el conocimiento y convencimiento sobre la verdad de los hechos pasados y ocurridos en su ausencia.

Para Marín, (2003) pruebas son:

Los medios que sirven para dar el conocimiento de un hecho y, por eso, para proporcionar la demostración y para formar la convicción de la verdad del hecho mismo. Es pues, todo lo que puede servir para convencer al Juez de la existencia o inexistencia de un hecho (p. 274).

El medio de prueba tiene dos connotaciones igualmente válidas; por una parte se le define como la actividad del investigador de obtener convencimiento sobre determinados hechos, y por la otra parte, se considera así a los instrumentos u órganos que sirven de vehículo para llevar ese convencimiento al proceso. Para dicho

autor, prueba es sinónimo de medios probatorios pero también es el resultado que estos medios tratan de obtener.

Debiéndose distinguir que el fin de la prueba y de su apreciación, son dos actividades contrarias, pues el fin de la prueba judicial no es otro que lograr el convencimiento o certeza del juez sobre la existencia o inexistencia, veracidad o falsedad de los hechos controvertidos; en tanto que el fin de la apreciación de la prueba judicial, es el precisar el grado de certeza o mérito que el medio probatorio produce en el ánimo del juez, en otros términos, el grado de convencimiento que la prueba ha dado al decisor.

La actividad probatoria es consecuencia directa y lógica del principio de aportación de parte, quienes traen ante el juez en la secuela del proceso, todos los medios probatorios que consideren pertinentes para la demostración de los hechos controvertidos, lo cuales en vista a su cuestionamiento, deben ser valorados debidamente por el juzgador, para de esta manera obtener de su resultado y apreciación, la convicción suficiente para emitir la sentencia que refleje la verdad y que consecencialmente sea justa.

El acto de apreciación o valoración de la prueba como expresa Devis (2005),

Es un acto exclusivo del operador de justicia, que debe ser realizado al momento final del proceso, esto es, al momento de emitir el fallo definitivo, pues es en ese momento que debe analizar todo el caudal probatorio cursante en autos, para de esta manera fijar los hechos controvertidos que han quedado demostrados en la secuela de la litis a través de los medios probatorios aportados por las partes o que hayan sido incorporados al proceso como consecuencia de la actividad probatoria oficiosa desplegada por el decisor (p. 357).

Siendo éstos los requisitos que deben conjugarse para que la prueba en el proceso pueda considerarse como inmaculada, esto es, ausente de todo vicio que la invalide y que permita al operador de justicia valorarla y apreciarla al momento de emitir el fallo definitivo, en el presente capítulo se desarrollará cada uno de éstos elementos. La valoración o libre apreciación probatoria está sustentada por el legislador sobre las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas experiencias. Esto servirá para fundamentar la convicción de los hechos que se pretende mostrar, por lo cual es menester que las mismas se encuentren planteadas en forma precisa, cónsonas con la realidad y que conduzcan a formar ese criterio de valoración convincente en la mente del juez.

En este sentido, se determina en el artículo 22 del COPP, la sustitución del sistema de la libre convicción, por el de la sana crítica, para la apreciación o valoración de las pruebas por el Tribunal. Sobre esta cuestión se plantea una polémica tendiente a exagerar la diferencia entre ambos sistemas. En realidad, esta diferencia es si se quiere muy sutil y muchos tratadistas opinan que son métodos equivalentes. Couture (2007) sostiene que sana crítica es una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción.

En realidad, es una libre convicción condicionada ya que requiere ser motivada o fundamentada, razonada, al utilizarla el juez debe convencerse y convencer a los demás con sus razonamientos. Se puede aceptar que es un término más apropiado. Sin embargo, sin lugar a duda que exageraban sin razón alguna los críticos de la redacción anterior, cuando afirmaban que no podía dejarse la decisión al capricho del Juez.

Nunca fue la intención del legislador establecer tal situación, ello queda claro en la misma exposición de motivos del código, cuando dice, refiriéndose a la libre convicción descartándose la apreciación arbitraria, pues el tribunal deberá hacer un

juicio libre pero razonado. Por otra parte, se debe aclarar que entre lo que si existen diferencias es entre libre convicción e íntima convicción probatoria, pues ésta se refiere al veredicto del Tribunal quien dictamina de acuerdo a su criterio.

Con respecto a esto el régimen probatorio según el COPP contiene dos artículos, 184 y 185; que se refieren respectivamente a las llamadas estipulaciones o acuerdo entre todas las partes, acerca de no tener que presentar en el juicio oral la prueba demostrativa de un hecho determinado. El otro artículo innovador faculta al Fiscal del Ministerio Público para tramitar exhortos o cartas rogatorias. Las modificaciones introducidas en torno a los requisitos de la actividad probatoria, son notables. Esto se aprecia sobre todo en el artículo 186 del COPP; queda claro que la inspección puede ser realizada por la policía o el Ministerio Público, en lugares públicos, sin necesidad de autorización previa del Juez de Control.

Dentro de los requisitos de la actividad probatoria, en el caso de una inspección, en un lugar privado es lógico que se requiera tal autorización para no vulnerar la inviolabilidad del domicilio. El último aparte del artículo, dispone la elaboración por los organismos competentes de un manual para la colección, preservación y resguardo de evidencias físicas, con el fin de uniformar los procedimientos de los diferentes cuerpos de investigación científicas, penales, criminalísticas en tales casos.

Por otra parte esta la experticia, se le atribuye al Ministerio Público la facultad de ordenar y practicarla. Luego se establece la forma de designar a los peritos, estos deberán prestar juramento ante el juez, a menos que pertenezcan a algunos de los órganos de investigación penal, para los cuales el juramento no será necesario. El artículo 225 se refiere al contenido del informe pericial, y el 226 a la posibilidad de nombrar peritos nuevos, en casos de informes insuficientes, dudosos o contradictorios. En tanto, que el 227, establece la regulación o avalúo prudencial por

parte de los peritos, cuando no pueda establecerse el valor real de los bienes sustraídos o dañados.

También es importante considerar el contenido del artículo 326 en relación a la prueba complementaria, o nuevas pruebas que pueden presentarse en el juicio oral, por habérselas conocido después de celebrada la audiencia preliminar. Al respecto, se eliminó la posibilidad de reiterar la promoción de las declaradas inadmisibles. Esta prohibición tiene su fundamento en la idea de no retardar el debate, analizando de nuevo pruebas ya examinadas por el Juez de Control, o lo que es peor, que algún juez precisamente para no retardar el debate, admitiera con ligereza pruebas que no llenaran los requisitos para su admisión, aún cuando al final no las apreciara en la decisión.

Durante el proceso penal deben seguirse los siguientes pasos para hacer que todos los elementos probatorios puedan cumplir su cometido, entre estos:

a. Toda decisión acerca de los elementos del delito debe fundarse en la prueba. El principio de que toda decisión acerca de los elementos del delito debe fundarse en la prueba, emerge de la necesidad de obtener la certeza acerca de los elementos del delito.

b. El acto de valorar la prueba exige no solamente un conocimiento jurídico, sino un valor cultural en el intérprete. El principio consistente en que el acto de valorar la prueba exige no solamente un conocimiento jurídico, sino un valor cultural en el intérprete, se obtiene después de hacer una reflexión acerca de lo que varios autores estiman deben ser las cualidades que han de estar presentes en quien examina la conducta que se juzga, ya que no es condición suficiente ser abogado, para manejar la prueba. Esto es apenas natural, porque el acto de juzgar conductas, implica un acto humano, no de dioses (como equivocadamente se ha repetido, en innumerables

veces). Juzgar es examinar al ser humano; y ser juzgador implica actuar como ser humano.

Según Pabón (2007):

En la actividad probatoria así genéricamente considerada, constituye centro primario de atención la conducta humana; de suerte que para conocer el delito en su triple estructura típica, antijurídica y culpable, además de conocer con delimitación el objeto jurídico tutelado de los mismos... (p. 55)

El sujeto a quien se encomienda justipreciar el material probatorio no debe atender a ningún criterio legal preestablecido, susceptible de impedir la actualización de la verdad material. La variedad de los asuntos y sus peculiaridades conducen a concluir que ninguna prueba, en forma aislada, puede tener un valor superior a otra; es el concurso de todas lo que permite el esclarecimiento de la conducta o hecho.

Para llevar a cabo el juicio valorativo de las pruebas el juez empleará:

- Su preparación intelectual.
- Las llamadas máximas experiencias, enseñanzas o precedentes de la vida cotidiana, que en forma concreta, según Borrego (2006), se debe entender como definiciones o juicios hipotéticos de contenido general independientes del caso concreto que debe decidirse en el proceso y de las singulares circunstancias de él, conquistadas con la experiencia, pero autónomas de los casos singulares de cuya observación han sido deducidos y además de los cuales deben valerse para nuevos casos.
- El conocimiento de los hechos notorios (que por su propia naturaleza no están necesariamente sujetos a prueba), acontecimientos provenientes del hombre o de la naturaleza, que por su fuerte impacto quedaron grabados en la conciencia general.

En conclusión se considera, que en esta forma de apreciación de prueba la ley no le pide cuenta al juez de los medios probatorios que le han llevado a su conciencia la íntima convicción sobre la existencia de un hecho y sus modalidades. Ninguna regla legal le obliga ni le impone una medida. Se busca una creencia sincera. Lo que sucede es que su valor de convicción no está tasado ni medido de antemano ni por el legislador, ni el juez está obligado a dar cuenta de los medios por cuyo conductor se convenció, o de las dudas que, en la sinceridad de su espíritu, lo indujeron a absolver.

A mayor abundamiento, se ha de decir, que la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquéllas según su leal saber y entender. A esta característica debe agregársele otra, cual es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales; pero ello, no significa en modo alguno la autorización para sustituir la prueba por el arbitrio, ni para producir veredictos irracionales, sino un acto de confianza en el buen sentido (racionalidad) connatural a todos los hombres.

Sin embargo la legislación penal venezolana establecía tres sistemas para la valoración de la prueba, pero hoy solo tiene vigencia el sistema de la sana crítica:

- Sistema de la prueba tasada o tarifa legal. Se le conoce también con el nombre de sistema de la prueba legal o formal y consiste en el examen de la prueba hecho por el juez, según esquemas abstractos y apriorísticos consagrados en la ley sin atender a elementos concretos o modalidades especiales que inciden en la credibilidad del medio. Según este Sistema, la ley declara a priori a cada medio de Prueba un valor específico que el juez tiene que aplicar sin desviación, so pena de incurrir en error de derecho en la apreciación de la prueba, convirtiendo la actividad probatoria del juez

en una mera mecanización donde el juez sencillamente realiza una operación aritmética, sin pesar la prueba.

Según Delgado (2010)

Se sostiene que la valoración de pruebas es una tarea principalmente a cargo de los órganos jurisdiccionales, para la toma de sus decisiones, pero también se dice que corresponde a las partes al hacer sus alegaciones finales para tratar de convencer sobre la eficacia de las pruebas incorporadas. De tal manera que ese examen de mérito... (p. 90)

En este sistema el legislador sustituye al juez en la valoración de la prueba dictando reglas rígidas, mediante la cuales ha de fijarse su valor. Con respecto a esas pruebas legales, no hay casos particulares sino reglas generales, si lo dicho por un solo testigo carece de valor, será inútil que el juez se empeñe en atribuírselo; para ello hará falta también una norma legal. El método de la prueba legal se manifestó de formas muy diversas, pero la intervención de la Ley se podía traducir básicamente en dos formas fundamentales: positivamente (teoría de la prueba legal positiva) y negativamente (teoría de la prueba legal negativa). En el primer caso la ley prescribe que, una vez verificados ciertos presupuestos indicados por ella, determinado hecho debe considerarse como cierto por el juez, aunque no esté convencido de ello; en el segundo caso la ley prohíbe al juez considerar como verdadero un hecho, si no se tiene cierta prueba mínima, que ella misma establece.

Según Delgado (2010)

Los sistemas de valoración probatoria son los que rigen, en determinados sistemas o legislaciones, para establecer el mecanismo a través del cual deben ser apreciadas las pruebas al momento de sentenciar. La mayor parte de los autores distingue entre tres sistemas de valoración, a saber: el sistema legal o de la prueba tasada o tarifada... (p. 87)

Hablar de prueba legal quizás no constituya la denominación más adecuada, pues no comporta una verificación que conduzca a un resultado sino que por el contrario comporta una imposición directa al juez, cualquiera que sea su convicción, con la imposibilidad de apartarse de él. La investigación se concreta en la determinación de las facultades que la Ley le confiere al juez para la apreciación de las pruebas.

Es una total injerencia de la Ley, pues ella estima y aprecia previamente las pruebas y de este modo fija las reglas para la formación del convencimiento del juez este sistema tuvo su justificación dentro del contexto histórico donde se desarrolló, pues con el advenimiento de la Revolución Francesa se trató mediante la teoría de las pruebas formales de refrenar el excesivo y arbitrario poder discrecional de los jueces que tenían bajo el anterior sistema de los juicios de Dios y Ordalías, creando una mayor seguridad invocando la mayor racionalidad y uniformidad en las decisiones, sin embargo, hoy en día se considera como un sistema superado y obsoleto, en razón de una serie de críticas doctrinales.

A este sistema pueden hacerse las siguientes críticas:

1. El sistema de prueba legal mecaniza la función jurisdiccional, pues el juez se convierte en el receptor de la prueba, quien debe valorarla directamente.

2. Se produce una ruptura entre el derecho material y la sentencia; la cual se funda en juicios más o menos apriorísticos, más que en datos empíricos y criterios racionales y orientaciones de la experiencia.

3. La experiencia demuestra la completa imposibilidad de establecer esquemáticamente en la ley criterios rígidos y fijos en la gama compleja y variadísima de los hechos que la vida ofrece.

- Sistema de la íntima o libre convicción. Con el iluminismo, el enciclopedismo y la Revolución Francesa, se introducen nuevas ideas, nuevos valores y nuevos

conceptos jurídicos que llegaron a las legislaciones; los conceptos de liberas, igualdad, propiedad, seguridad, se trasladaron a los preceptos positivos, y obviamente la prueba y su evaluación no podía escapar de esa evolución.

Se determinó entonces que el juzgador no debía ser el legislador, pues apoyados en la creencia de los poderes absolutos y suficientes de la razón la verdad jurídica contenida en el fallo debía tener origen en la conciencia de los Juzgadores, en su conocimiento empírico y subjetivo, sin estar obligados a dar cuenta de los racionamientos y fundamentos que los guiaban en su decisión. En este sistema la Ley se despreocupa de los elementos de la convicción; basta que el juzgador se declare íntimamente convencido de su razón.

Se discute en la doctrina acerca de la existencia o no de este sistema, que es un método mediante el cual se otorga al juez plena libertad en la estimación de las Pruebas, sin restricción legal y sin necesidad de motivación, pues la certeza del juez no está ligada a un criterio legal, fundándose en una valoración personal, a solas con su conciencia, no necesitando motivar racionalmente sus conclusiones; pero no debe confundirse la libre convicción con lo que en algunos sistemas procesales se denomina la libre apreciación; pues esta última se asemeja más a la sana crítica.

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. Por tanto, el sistema de la libre convicción, otorga al juez amplia facultad para apreciar las pruebas sin restricción legal, virtualmente sin sujeción a norma legal y sin necesidad de motivación, lo cual quizás representa su mayor debilidad. Este sistema se encuentra consagrado en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil Venezolano (1990), que en cuanto a la valoración de la prueba expresa: "...El juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia..."; sin embargo, la

valoración libre de la prueba no significa que la facultad del juez para formar su convicción de manera subjetiva sea arbitraria; pues libertad quiere decir uso razonado de la lógica y del buen sentido, guiados y apoyados por las experiencias de la vida (máximas de experiencia).

Las máximas de experiencias son aquellos juicios de carácter general, formados sobre la observación de la vida de cada día, que le permiten al juez apreciar el significado, la atención y eficacia de una prueba, y para que el juez en la formación de la convicción sobre hechos utilice estas observaciones, es necesario utilizar la lógica para identificar y aislar las máximas que han guiado su razonamiento. A este sistema se le critica el subjetivismo que domina la valoración hecha por el juez y el relativo empleo de los recursos que la ley le otorga, ya que se dificulta la impugnación. El sistema de la libre convicción es sólo adaptable a ciertas materias muy especiales y no se muestra como aplicable al proceso civil.

- Sistema de la sana crítica. Este sistema se presenta desde el siglo XIX, los adelantos de la psicología, particularmente de la experimental, y un auge cada vez más creciente de todas las ciencias y las técnicas. Se piensa entonces en la necesidad de trasladarlas al campo jurídico, al proceso judicial, a la calificación probatoria. La lógica dialéctica hace su aparición y también el concepto de la relatividad. Dentro de esta nueva realidad, surge un nuevo sistema de valoración intermedio, en el cual el juez también es calificador, pero ya no movido por su conciencia como ocurría en el sistema de la libre convicción, sino por su discernimiento, su raciocinio, su análisis crítico, su apoyo en la ciencia y en la técnica, en la lógica dialéctica, en las reglas de la experiencia. Confluyen pues, su capacidad razonadora, su personalidad, su ilustración general.

Por tanto y de aquí una de sus características más importantes, el juez está obligado a motivar sus decisiones, a fundamentarlas racionalmente. Las reglas de la

sana crítica se originan en las de la lógica y las de experiencia del juez, que unidas constituyen ante todo las reglas del correcto entendimiento humano, cuya sistematización no ha sido posible. Pero, en todo caso unas y otras contribuyen a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón, ya a un conocimiento experimental de las cosas.

Todo esto se afirma, debido a que las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica, en virtud de lo cual algunos de sus principios nunca podrán ser apartados por el juzgador, pero tampoco puede olvidarse que la corrección lógica no basta para convalidar la sentencia, ya que la misma puede ser correcta en su sentido lógico formal y estar errónea al mismo tiempo. Por otra parte, porque el juez no es una máquina de razonar, sino que esencialmente es un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y que le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales, de todo lo cual se derivan las máximas de experiencia.

La sana crítica viene a configurar, como se señaló con anterioridad, un sistema intermedio entre la tarifa legal y la libre convicción; para Couture (2007) es el medio más eficaz de la valoración de la prueba, sin los excesos de la prueba legal, que lleva muchas veces a consagrar soluciones contrarias a la convicción del juez, pero también sin los excesos a que la arbitrariedad del magistrado podría conducir en el método de la libre convicción tomado en un sentido absoluto; reúne las virtudes de ambos, atenuando sus excesos.

La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento. Según lo afirma Pierre (2006), este sistema involucra una doble orientación sistemática: en su aspecto negativo, excluye toda regla jurídica que gradúe en abstracto el valor relativo de los medios probatorios;

y en el positivo, tiene sentido programático, pues le señala al juzgador y le prescribe que valore en forma razonada y reflexiva. El concepto de la sana crítica está necesariamente vinculado con el examen apoyado en la lógica, la equidad, la ciencia y la experiencia. De estas bases se desprenden sus características, entre las cuales pueden mencionarse las siguientes:

- 1) Es un razonamiento lógico.
- 2) Emplea las reglas de la lógica y la dialéctica, asimismo las enseñanzas de la ciencia y la experiencia.
- 3) Su razonamiento debe ser expresado en una motivación;
- 4) Implica un examen analítico y sintético de los hechos probados (análisis individual y conjunto de las pruebas).
- 5) Se debe tomar en cuenta la Equidad, los valores que protege el derecho y los principios que lo gobiernan.

Con relación a lo esbozado anteriormente, es posible afirmar según Feo (2009), que:

El acto valuator hecho por el juez dentro de este sistema participa de tres caracteres: Discursivo (por tratarse de un proceso intelectual); Legal (porque la evaluación tiene que someterse a las pautas que señala la norma positiva) y humano (porque el juez es un hombre y como tal no puede dejar de actuar). (p. 49)

Siguiendo la opinión del Pierre (2006), la sana crítica debe contener cuatro aspectos esenciales, a saber:

1. Las pruebas deben haberse practicado con arreglo a las disposiciones legales.

2. La apreciación debe tener puntos objetivos de referencia y dejarse constancia de ello en el fallo. (Artículo 509 del CPC).

3. Debe realizarse un examen integral de cada medio de prueba, entrelazado con cada uno de los medios que obran en el expediente; por tanto, hay que verificar si las pruebas verdaderamente concuerdan entre sí, y en caso de discrepancia, buscar la razón de la misma, resolver cuando se de la contradicción, o si es irreducible, elegir entre los datos contrarios. (Artículo 510 del CPC).

4. La apreciación de la prueba debe estar sujeta al Control del Superior (Tribunal de Apelación, Sala de Casación), excepto por la vía del Amparo de Garantías Constitucionales. La sana crítica exige dos condiciones esenciales para poder alcanzar con el fin propuesto:

5. Que la prueba se reciba en audiencia, se debe recordar que la valoración es una actividad procesal.

6. Que el juez tenga facultades oficiosas para dictar la práctica de cualquier elemento que estime conveniente. (Artículos 401 del CPC). En este sentido; el artículo 507 del CPC establece: “A menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica”. Es claro, que en esta disposición el legislador está remitiendo al sistema de la sana crítica.

El fin de la valoración de la prueba es siempre el convencimiento o la certeza del juez, es decir; su valor de convicción. Mediante la valoración, el juez podrá saber si la prueba ha cumplido con su fin propio; si su resultado corresponde o no a su fin; pues el resultado de la prueba se conoce mediante su valoración. Los elementos de convicción adquiridos para el proceso deben ser primeramente clasificados en función de su calidad, de su jerarquía y por el grado de convencimiento que produce; se les deberá ordenar con criterio sistemático, confrontándolos entre ellos, balanceándolos para integrar los unos con otros, con el propósito de obtener una conclusión, afirmativa o negativa, sobre la materialidad del objeto procesal o

cuestiones a resolver la valoración de la prueba constituye en sí la vía que conduce directamente a la decisión sobre el fondo de la cuestión alegada: resolución de mérito.

Las pruebas se recogen en el proceso con el fin práctico de suministrar el material para la Sentencia, esto es, para resolver el interrogante de si el hecho concreto, objeto de la imputación, realiza el supuesto abstracto y específico de la ley, de aquí que este materia se encuentre naturalmente sometido a la apreciación de las partes y el juez, aun cuando existen autores que opinan que la valoración de la prueba solo puede ser hecha por el juez; en tal sentido, Devis (2006) expresa que: “Se trata de una actividad procesal exclusiva del juez...” (p. 91), las partes o sus apoderados tienen únicamente una función de colaboradores, cuando presentan sus puntos de vista en alegaciones o memoriales.

Según esta posición, el juez es el único sujeto que dentro de un proceso puede valorar las pruebas. No se comparte esta opinión; pues si se deduce que la valoración de la prueba es la vía que conduce directamente a la decisión sobre el fondo de la cuestión alegada, la tarea valorativa se proyecta entonces en dos momentos claros y sucesivos: el primero corresponde a las partes; y el segundo al juez. Constituye una discusión bilateral sobre la causa, que se manifiesta en los informes, alegatos o exposiciones finales de las partes, producidos ante el tribunal de forma oral o escrita según el sistema de procedimiento adoptado. Se trata del paso inmediato siguiente al período de prueba, el introductivo de ella; si es un procedimiento escrito, y de recepción de la prueba si es oral, y es inmediatamente anterior al momento decisorio.

Cada una de las partes produce argumentaciones favorables al fundamento de sus respectivas pretensiones, con el propósito de convencer al tribunal y obtener de esa manera una decisión favorable a sus respectivos intereses. Entre sus argumentos y conclusiones, los alegatos finales de las partes contienen principalmente el análisis de los elementos de convicción introducidos al proceso. Durante el transcurso de este

momento procesal el tribunal asume una actitud pasiva. En un juicio oral el juez se limita a escuchar los argumentos y conclusiones de las partes, moderando las alegaciones y solicitando, en su caso, las correspondientes aclaraciones al exponente. En tanto que en el procedimiento escrito la intervención del tribunal se limita a la recepción de los alegatos o informes y una vez agregados los escritos respectivos al expediente, el proceso pasará a estudio para dictar sentencia.

II. Bases para la apreciación de la prueba

Pruebas permitidas o recabadas sin violación al debido proceso.

Los medios probatorios que se oferten deben cumplir con los requisitos de oportunidad procesal entre los que se encuentran el de pertinencia, idoneidad y legalidad. Se trata de que los hechos que se pretenden probar con esos medios pertenezcan al proceso o estén relacionados con el, sean capaces de llevar el hecho al proceso con plenitud y que no esté prohibido por la ley.

De conformidad con lo establecido en el artículo 13 del COPP, “El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, y a esta finalidad deberá atenerse el juez o jueza al adoptar su decisión”. Verdad que resulta del grado de certeza o convicción acerca de los hechos, adquirido por el Juzgador, bien personalmente, de manera directa, o bien, a través del conocimiento que sobre los mismos puedan suministrarle personas distintas.

De acuerdo al principio de libertad de la prueba según lo establece el COPP es admisible cualquier medio de prueba legalmente incorporado al proceso, que no esté expresamente prohibido por la ley y que sea pertinente y útil para el establecimiento de la verdad. En lo que respecta a medios probatorios, está el criterio de Moreno (2003), quien refiere, “los medios que se pretenden utilizar no podrán ser violatorios de derechos y garantías fundamentales” (p. 185). En este sentido, la búsqueda de la verdad en el proceso penal no puede ser a cualquier precio, por ello la prueba debe ser adquirida de modo legal, con lo cual se tiene por reafirmada la relación ineludible de la prueba lícita con el debido proceso, y se espera que haya un consenso unánime aclamando el respeto de esta institución democrática, en provecho de la paz social donde el proceso penal no sea un ritual frívolo.

En el mismo orden de importancia se coloca la regla de exclusión y la teoría de los frutos del árbol envenenado como control de la consecuencia procesal de la prueba lícita en el proceso penal, y en su defensa. Lo que se pretende tutelar a través de la exclusión de la prueba ilegal son las garantías constitucionales; por esto, el concepto de prueba ilegal (con sus dos criterios de la regla de exclusión y la doctrina del fruto del árbol venenoso) no resulta un mero tecnicismo jurídico, como algunos pretenden, sino que, por el contrario, consiste en reestablecer en toda su plenitud la garantía constitucional violada.

Existe una corriente detractora o aquellos que emiten juicios peyorativos referidos a la prueba lícita, avalando su admisión para rendir eficacia probatoria en el proceso penal, y la considera una estrategia para garantizar la impunidad, sin reconocer que en verdad, como asegura la fuente en análisis, lo que se pretende es el resguardo de las garantías constitucionales condensadas en el debido proceso para evitar el terrorismo estatal. En el marco de este planteamiento que busca la reprochabilidad de la prueba lícita no cabe argumentar que las normas del procedimiento son simple formalismo jurídico, pues es a través de esas disposiciones que el legislador materializa la protección de las garantías constitucionales.

La prueba lícita se encuentra vinculada al debido proceso, pues éste comprende las garantías constitucionales y procesales que en materia penal amparan al imputado. Al respecto, se define la prueba ilícita como aquella que siendo permitida ha sido recopilada con violación al debido proceso, cuya consecuencia procesal es su inutilización, y esto quiere decir que no es base legal para fundar una sentencia condenatoria. Visto desde una perspectiva de la noción violación al debido proceso, como dogmática para determinar la ilicitud probatoria, bajo la cobertura del debido proceso se encuentran todos los derechos humanos, comprendiendo parte de ellos el que alguien sea sentenciado con fundamento en elementos de convicción obtenidos y elevados al proceso de forma lícita.

En lo que respecta a pruebas permitidas, existen varios principios que según lo contemplado en el COPP son de estricto cumplimiento, entre éstos está el principio de legalidad probatoria, este principio de legalidad probatoria lo consagra el COPP en su artículo 181. Al ser el Ministerio Público, órgano de buena fe, lo que se quiere es la existencia conjuntamente con la jurisdicción, de dos órganos de control en relación a la legalidad de la prueba y la realización del debido proceso. El Fiscal que busca de cualquier y única manera una sentencia condenatoria, no es el fiscal que describe esta ley adjetiva procesal penal, pues está en la obligación, al igual que el juez, de hacer que se respeten las garantías procesales, evitando de esta manera cualquier acción que las violenten.

Por otra parte, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC) y demás órganos competentes de investigación penal están obligados a fijar el procedimiento científico necesario, que permita garantizar la cadena de custodia de las evidencias físicas, como modelo necesario dentro del desarrollo de la actividad criminalística. Las pruebas lícitas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999), se hallan reflejadas en el texto expresamente impedido de la norma del artículo 49, donde el legislador denota la inadmisibilidad en el proceso, de pruebas obtenidas por medios ilícitos, poniendo fin a la discrepancia entre la doctrina y la jurisprudencia.

En relación a las pruebas lícitas, se puede afirmar que la prueba está prohibida en sentido absoluto cuando el derecho prohíbe en cualquier caso su producción. Habrá prueba prohibida, en sentido relativo cuando, felizmente, admitido el medio de prueba, su legitimidad se condiciona a la observancia de determinadas formalidades. La violación de una prohibición siempre será ilegal, pero, la violación de una prohibición de naturaleza sustancial hace que el acto sea ilícito; en cuanto a la violación de un impedimento de orden procesal hace que el acto sea ilegítimo.

Considera la autora de este trabajo que cuando en su obtención se han violado normas legales o principios generales del ordenamiento jurídico, de naturaleza procesal o material, si se trata de una prohibición prevista en una ley procesal, la prueba es ilegítima o ilegítimamente producida y si la prohibición es de naturaleza material, la prueba es lícita; está tomando en consideración todos los aspectos que han sido formulados en lo que a legitimidad de prueba se refiere.

Para probar tiene que estar legitimado para ello, tiene que tener la condición de cualidad procesal, aquí vale referir la duda que existe sobre si la víctima tiene legitimación para probar, porque de acuerdo a lo establecido en el COPP en la parte referente a los derechos de la víctima se observa que ésta no puede o no tiene la condición o cualidad procesal para probar, el legislador no le ha concedido ese derecho, la víctima no puede promover la prueba sino simplemente puede adherirse a la acusación del fiscal o formular una acusación particular propia contra el imputado en los delitos de acción pública o una acusación privada en los delitos dependiente de instancia de parte (artículo 122 ordinal 5 del COPP).

Ilícitud de las pruebas.

La ilicitud plantea algunas situaciones que se debaten en la doctrina. En primer lugar hay que determinar si proviene de una prohibición procesal o se está frente a una prohibición de carácter substancial. Indudablemente que en el primer caso no debe ser permitida por el juez en virtud de una norma procesal, por ejemplo, secreto profesional, familiaridad. Procesalmente se le ha asignado un impedimento. En cambio la segunda es porque ha sido practicada o producida en forma ilegítima, haya sido o no incorporada al proceso. Allí estamos en presencia de la llamada prueba ilícita.

El artículo 49, en su numeral 12, de la CRBV establece que, “Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso”.

Por otra parte, el artículo 181 del COPP prevé:

Los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código.

No podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos.

Al ser el Ministerio Público, órgano de buena fe, lo que se quiere es la existencia conjuntamente con la jurisdicción, de dos órganos de control en relación a la legalidad de la prueba y a la realización del debido proceso. El Fiscal que busca de cualquier y única manera una sentencia condenatoria, no es el fiscal que describe esta ley adjetiva procesal penal, pues está en la obligación, al igual que el juez, de hacer que se respeten las garantías procesales, evitando de esta manera cualquier acción que las violenten.

Se consagra así el principio de la legalidad y licitud de las pruebas y consiste en que sólo pueden practicarse y ser incorporadas al proceso aquellos medios cuya obtención se haya realizado con sujeción a las reglas que la ley establece, lo que implica el cumplimiento de las formalidades esenciales establecidas para la obtención de las evidencias y para hacerlas valer ante el juzgador, a los fines de formar su

convicción, o sea que sería ilícita una prueba ilegalmente lograda, como ilegalmente incorporada.

Con fundamento en esas normas de la Constitución y la ley, se ha considerado, por ejemplo, que la prueba obtenida infringiendo la garantía de la inviolabilidad del domicilio o del derecho a la intimidad debe ser considerada ilegal, o ilícita y por ende sin valor probatorio para fundar una convicción judicial. No sólo lo que allí directamente se obtenga con la incautación y recolección de rastros, huellas o efectos del hecho, sino lo que indirectamente pueda obtenerse de ello, cuando es sometido ese rastro o efecto a peritación y su resultado puede servir para la identificación del autor de ese hecho.

Así, ninguna sentencia puede apoyarse, entonces, en datos probatorios obtenidos de elementos recogidos durante un allanamiento e incautación ilegales y por ende afectados de nulidad, donde se quebrantaron derechos y garantías en desmedro del debido proceso u omitieron formalidades esenciales, que no superfluas, así como los que inmediatamente de allí se deriven; ni debe fundarse en una confesión obtenida bajo juramento o mediante maltratos, coacción o apremios ilegales. Para esto se destaca cómo la última parte del citado artículo 181 del COPP el cual establece: “...tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos”.

El principio de la inadmisibilidad de la prueba ilícita responde fielmente al fundamento de que el proceso es la forma de tutelar los derechos y garantías del justiciable. Hay un derecho a la inadmisión de las pruebas ilícitas, y se erige como una garantía con las que el derecho procesal constitucional trata de proteger al ciudadano de la intervención coactiva del Estado a través del derecho penal. En este sentido la doctrina ha sostenido que sólo tendrán valor las pruebas obtenidas con el respeto de los derechos humanos y de las disposiciones legales vigentes. La violación

de tales normas produce una indefensión material, además de la arbitrariedad que comporta. Sin embargo, es un problema cuando están en conflicto derechos con relación a la finalidad de verdad de la prueba.

III. Aspectos generales del régimen probatorio en el proceso penal venezolano

Los medios probatorios en el Código Orgánico Procesal Penal.

El derecho fundamental de probar, también, tiene la faceta consistente en el derecho a que se practiquen los medios de prueba admitidos como pertinentes, idóneos y legales. Debe entenderse que el efecto de la inejecución de la prueba es o puede ser el mismo que el de su inadmisión. La no práctica equivale objetivamente a una inadmisión. Por esto, para que pueda ser calificada como auténtica lesión al derecho fundamental de probar, debe examinarse y valorar la relevancia de la omisión judicial de la prueba no practicada con los hechos sustentados en el fallo.

Para Rivera (2008) la prueba se hubiese realizado y el resultado esperado fuese el propuesto indudablemente se ha producido indefensión. Esto porque la indefensión que se proclama como prohibida por la Constitución ha de ser material por la relevancia misma de los hechos que se quisieron probar en la decisión final del juicio, ya que solo en tal caso podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho fundamental a probar.

Deben tenerse claro algunos aspectos fundamentales para conocer el significado de los medios probatorios, no sólo desde el punto de vista práctico legal; sino también desde el punto de vista formal lógico, filosófico y epistemológico. Para esto también se hace necesario comprender y visualizar aunque en lo más mínimo el significado de la verdad. Que más tarde pueden ser utilizados en un procedimiento formal, cargado de principios y normativas, para permitir su funcionabilidad, para encontrar y demostrar la información verdadera que debe ser utilizada con posterioridad en la demostración de un hecho; hecho importante para el Estado, por ser éste el protector y el vigilante de un proceso efectivo y lógico.

Por tal razón, es sano aclarar lo correspondiente al significado de la verdad procesal y por lo tanto se hace necesario, aunque parezca redundante; abordar de fondo en el término de verdad procesal; desde el punto de vista epistemológico en este campo, su significado arranca de su análisis; interesa analizar en este caso lo que se entiende por verdad.

Esta terminología hace su diferencia entre la verdad fáctica y la verdad jurídica se va a tomar el significado de la verdad jurídica, que se refiere al hecho de que el Estado implementa todo un mecanismo o un proceso que garantice la búsqueda de esta verdad adaptada a los preceptos de justicia, evitando de esta forma la presencia de la arbitrariedad cuando no se utiliza la verdad o cuando no se utilizan elementos de prueba ajustados a un sistema procesal que ha sido diseñado por el Estado, como garantía de una buena aplicación y administración de justicia. De no aplicar este sistema procesal en busca de la verdad verdadera, sin atadura, sin prejuicios se estaría incurriendo en la posibilidad de aplicar una verdad aparente que en el fondo es una falsedad.

No se puede desechar para una mejor interpretación lo que significa la verdad fáctica porque es a través de ésta donde los hechos pueden ser comprobables a través de las pruebas, del acaecimiento del hecho y de su imputación al sujeto inculcado en cambio la verdad jurídica es comprobable a través de la interpretación del significado de los enunciados normativos. En la verdad fáctica la comprobación de una de las proposiciones para encontrar la verdad es una *quaestio facti*, resoluble por vía inductiva conforme a los datos probatorios mientras que la verdad jurídica se considera una *quaestio iuris* resoluble por vía deductiva conforme al significado de las palabras empleadas por la ley.

En definitiva, en la primera existe una inducción, donde se coloca el hecho para inducir luego la búsqueda de la verdad, bajo cualquier causa o forma lo importante es

que exista una inducción que al traste con el logro de la verdad en la segunda, es diferente, se está en presencia de la deducción. Se presenta el hecho, se muestran los elementos que originan el hecho como prueba de esto, y se deduce quien originó, como se originó y qué cosas o elementos intervinieron para producirlo. Si se observa con detenimiento se determina que la inducción los coloca en el camino para la búsqueda de la verdad, como por simple intuición; mientras que la deducción es más amplia, más objetiva, más clara, lo que permite dilucidar un criterio más abierto de los hechos acontecidos.

Cuando se hace el estudio profundo, claro y preciso de la búsqueda de la verdad, surge el concepto de verdad procesal la cual depara la elaboración de una teoría del proceso, la cual surge o se origina cuando en definitiva se tiene un concepto claro de la verdad fáctica y la verdad jurídica, las que ambas por semántica tienen significados muy aparente; en la verdad fáctica está representada por los hechos ocurridos en la realidad, en cambio en la realidad jurídica las normas que hablan de la verdad deben estar sometidas a una formalidad que hace posible la presentación de la verdad como un hecho real; en consecuencia ambos conceptos dan origen a la verdad procesal como una verdad aproximativa, porque existe la posibilidad de formular un criterio seguro de verdad de las tesis judiciales la que dependen del hecho de que la verdad cierta, objetiva o absoluta representa siempre la expresión de un idea inalcanzable.

La idea contraria que se puede conseguir y aseverar una verdad objetiva y absolutamente cierta es en realidad una ingenuidad epistemológica que las doctrinas jurídicas ilustradas del juicio como aplicación mecánica de la ley comparte con el realismo gnoseológico vulgar. Tampoco las teoría científicas aún cuando generalmente compartidas y corroboradas por repetidos controles, son calificables nunca como verdaderas, en el sentido de que se puede excluir con certidumbre que contenga o impliquen proposiciones falsas.

La verdad de una teoría científica de cualquier argumentación o proposición empírica es siempre, una verdad no definitiva si no contingente, no absoluta sino relativas al estado de los conocimientos y experiencias llevadas a cabo en orden a las cosas de las que se habla; de modo que, siempre cuando se afirma la verdad de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son verdaderas por lo que se sabe, o sea, respecto del conjunto de los conocimientos confirmados que se posee.

Para expresar esta relatividad de la verdad alcanzada en cada ocasión se puede muy bien usar la noción de aproximación o acercamiento a la verdad objetiva, entendida ésta como un modelo o una idea regulativa que se es incapaz de igualar pero a la que se puede acercar; con la condición de que no se asocie a tal noción connotaciones desorientadoras de tipo ontológico o espacial, sino sólo el papel de un principio regulativo que permite aseverar que una tesis o una teoría son más plausibles o más aproximadamente verdaderas y, por tanto, preferibles a otras por causa de su mayor poder de explicación y de los controles más numerosos favorablemente superados por ellas.

Todo esto vale con mayor razón para la verdad procesal, que también puede ser concebida como una verdad aproximativa respecto del ideal ilustrado de la perfecta correspondencia. Este ideal permanece nada más como un ideal. Pero éste es precisamente su valor; es un principio regulativo o un modelo límite en la jurisdicción, así como la idea de verdad objetiva, es un principio objetivo o un modelo límite en la ciencia. En el plano semántico, en efecto, la verdad de las tesis judiciales no difiere en principio de la verdad de las teorías científicas.

En consideración de lo antes expuesto, puede notarse que las diferencias pueden registrarse, si acaso atendiendo a dos cuestiones; algunos límites específicos de este tipo de verdad se aparta del modelo ideal de la correspondencia también por causa de factores intrínsecos a los universos empíricos sobre los que versan las proposiciones

jurisdiccionales; y por otro lado, las condiciones semánticas y pragmáticas, también específicas de la verificabilidad y de la verificación procesal. Nunca se insistirá en esta diferencia. Ni las condiciones de uso de término verdadero, ni las condiciones para aseverar que una tesis judicial es verdadera, son independientes del modo como está formado el sistema legal con referencia al cual la verdad procesal es predicable, sino que están estrechamente ligadas a las técnicas legislativas y jurisdiccionales normativamente admitidas y practicadas por él.

Estas técnicas son las garantías penales y procesales en ausencia de las cuales no se puede hablar de verdad en el proceso ni siquiera en sentido aproximativo. De ello se sigue una específica responsabilidad civil y política de la ciencia y la teoría del derecho las cuales, a diferencia de las ciencias naturales, tienen la particular característica, por la influencia que ejercen sobre la legislación y la jurisdicción de contribuir a construir, y no sólo de representar o reconstruir su objeto de indagación. La prueba puede consistir en simples hechos jurídicos en sentido estricto; pero entonces se confunde el objeto de la prueba, que sería ese terremoto o esa inundación, con la prueba misma, que es inspección judicial, el dictamen de peritos o los testimonios utilizados con el fin de convencer al juez de su existencia presente o pasada.

Podría objetarse que los indicios pueden consistir en huellas o rastros de hechos no humanos ni provocados por un acto de voluntad humano esto es, en simples hechos jurídicos; pero esos hechos no adquieren categoría de indicios sino al ser aportados al proceso mediante su prueba por inspección el juez, por testigos o peritos y luego calificado por el juez en cuanto a su conexión con el hecho o acto que se pretende demostrar por ese medio, razón por la cual procesalmente no se puede considerar como prueba indiciaria al estar aislados de estos actos Jurídicos procesales será excepcional encontrar una prueba indiciaria conformada sólo por hechos de aquella naturaleza, pues normalmente entre ellos existirán actos humanos o rastros y

efectos de éstos, ya que en el proceso se juzga precisamente sobre conductas humanas.

La prueba puede tener por objeto, hechos o actos jurídicos, pero ella es siempre un acto humano, tanto en su origen, que puede ser extraprocesal y anterior al proceso (los elementos), como en su aportación o práctica dentro del proceso. Esta última observación conduce a distinguir la naturaleza de la prueba según se la considere en función del proceso o como formalidad para la validez o existencia de determinados actos jurídicos materiales, en el primer caso se trata, de actos jurídicos procesales, inclusive cuando se practica antes del proceso, como sucede con las inspecciones judiciales o declaraciones extrajuicio, pero ante funcionario judicial, en el segundo caso se trata de actos jurídicos materiales, puesto que forman parte del contrato o acto para cuya existencia o validez se ejecuta esa formalidad.

Según Pérez (2009):

El medio probatorio tiene dos connotaciones válidas, por una parte, se le define como la actividad del Juez o investigador a fin de obtener convencimiento sobre determinados hechos y, por otra parte, se consideran medios de prueba a los instrumentos u órganos que sirven de vehículo para llevar ese convencimiento al proceso. (p. 24).

Todo esto denota actividad, pues de nada sirve que las partes traigan documentos al proceso si el juez no los lee, como ocurre con harta frecuencia, o que se promuevan testigos si el juez no los escucha. Pero también es acertada la definición de medio de prueba como el instrumento u órgano que sirve para corroborar el estado de los hechos en el proceso. En este sentido, son medios de pruebas el testimonio, la confesión, la experticia, los documentos y otros; y así es común y pacíficamente aceptado en el lenguaje forense.

El COPP establece en su artículo 182 el sistema para la valoración de las pruebas en el proceso penal; sistema de la prueba libre, indicando que los hechos y las circunstancias de interés podrán probarse con cualquier medio, siempre que no estuviere prohibida por la propia ley. Por tanto, la prueba concebida en un ambiente de mayores libertades, ha de ofrecer unos resultados más confiables e identificados con el tema u objeto de prueba, que en definitiva es hacia donde debe encaminarse todo juicio. Al respecto el mismo autor Pérez (2009) considera, “el objeto de la prueba como la sustancia, cuerpo o cosa sobre la que se practica una experticia o que es por sí misma prueba material” (p. 30).

Cuando se dice que tales hechos no fueron objeto de prueba en este juicio, lo que se aduce es que no se articuló prueba alguna para ser demostrada, pero cuando se dice que estos hechos no pueden ser objeto de prueba, lo que se está significando es que no hay manera de probarlos. Es fundamental tener presente, que en el proceso penal, a la luz del COPP, el tema u objeto de la prueba debe referirse a la imputación, y este será el límite necesario de la actividad probatoria, cuyo perfil constituye una garantía para todos los intervinientes en la causa. Otro punto neurálgico con relación a la actividad probatoria lo constituye la serie de principios que informan tal actividad; por cuanto no requieren una mayor explicación, toda vez que han sido objeto de estudio en distintas asignaturas procesales.

Los medios de prueba constituyen el procedimiento establecido por este mismo texto tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso, su regulación legal tiende a posibilitar que el dato probatorio existente fuera del proceso penetre en él para ser conocido por el tribunal y las partes, con respeto del derecho de defensa de éstas. Con este ambivalente propósito, el Código referido establece separadamente los distintos medios de prueba que acepta, reglamentándolos en particular, a la vez que incluye normas de tipo general con sentido garantizador.

Características de la prueba en el proceso penal acusatorio.

El proceso penal acusatorio en materia de prueba, contiene una serie de características que lo diferencian del viejo sistema inquisitivo. Estas características contienen sus diferencias, y hacen que el proceso se adapte a una realidad procesal más democrática y objetiva. Dentro de éstas están las siguientes:

- La libertad de prueba dentro del proceso penal acusatorio, el principio de libertad de prueba, también conocido como principio de prueba libre, consiste en la posibilidad, legalmente consagrada, de crear convicción en el proceso sobre la veracidad o falsedad de cualquier clase de hechos, a través de cualquier clase de medios lícitos, libremente valorados por los aplicadores del derecho, sin más limitaciones que las reglas de la lógica y las máximas de experiencia. Esto constituye sanciones y conocimientos que suministran la vida práctica y las costumbres sociales corrientes, que al ser utilizadas en un proceso, tienen valor y eficacia probatoria independientemente de la cuestión particular de que se trate. Las máximas o principios de experiencia, llamado también reglas de la sana crítica, son autónomos y de alcance general.

Estos principios de la experiencia ofrecen a la justicia un campo de análisis vasto. Mucho de ellos pueden ser evidentes y no necesitar prueba, pero igualmente deben ser complejos y controvertidos, caso en el cual su comprobación es obligatoria. Por tanto, la libertad de prueba es ante todo libertad de promoción, proposición u ofrecimiento y libertad de valoración sin sujeción a tarifas legales.

El principio de libertad de prueba es el único cónsono con la razón y con la búsqueda de la verdad material y con el desarrollo de la ciencia y la técnica, que cada día crea o descubre nuevos y más eficientes métodos de investigación. Éste es el principio rector del régimen probatorio del proceso penal acusatorio y ha venido a

sustituir al viejo sistema de prueba legal, según el cual sólo son admisibles los medios probatorios expresamente autorizados por la ley, los cuales están sujetos a reglas rígidas de valoración.

Las legislaciones procesales penales que establecen el principio de prueba legal, contienen normas que presentan listados clausus de los medios probatorios admisibles, en tanto que los ordenamientos procesales que tienen como norma la prueba libre simplemente así lo proclaman en uno o varios artículos (artículo 182 y 186 del COPP) y, por tanto, estos ordenamientos no establecen cuáles son los medios probatorios admisibles, sino simplemente requerimientos de legalidad para los medios usualmente utilizados por el Estado para recabar evidencias contra los ciudadanos imputados:

Artículo 186. Inspección. Mediante la inspección de la policía o del Ministerio Público, se comprueba el estado de los lugares, cosas, los rastros y efectos materiales que existan y sean de utilidad para la investigación del hecho, o la individualización de los partícipes en el...

La inspección es completamente diferente a un registro, como lo establece el COPP en el artículo 190. La inspección debe ser presenciada, no por testigos, sino por interesados o interesadas presentes, que indica el penúltimo aparte del artículo. Esta norma encontraba argumento constitucional en el encabezamiento del artículo 47 de la Carta Magna vigente. Si la persona que presencia el acto es el imputado debe estar presente su defensor si éste lo exige, u otra persona que lo asista (Defensa material), esta garantía es aplicable al Capítulo II, del Título VII de este Código puesto que no existe otra forma de corroborar el dicho policial y es en este sentido garantista que se debe actuar.

El principio de libertad de prueba contiene varios aspectos, entre éstos están:

1. El contenido de la libertad probatoria, en la que se encuentran cuatro aspectos fundamentales:
 - a. Libertad de las partes para elegir los medios probatorios que desean incorporar al proceso. La libertad para elegir los medios probatorios implica que las partes en el proceso, entendiéndose por tales al Ministerio Público, a la víctima constituida en querellante y al imputado y su defensor, pueden válidamente intentar probar todo cuanto quieran en relación con los hechos justiciables y sus consecuencias deducidas en el proceso y hacerlo, además, por cualquier medio lícito, susceptible de valoración por el sentido común. Pueden usar testigos, experticias, reproducciones gráficas o sonoras de todo tipo, documentos de toda índole, objetos materiales de cualquier clase, hechos notorios, presunciones, máximas de experiencia, estados de ánimo, inferencias indiciarias remotas, y en general todo elemento que pueda hacer nacer o reafirmar la convicción de los juzgadores sobre las tesis planteadas en juicio.
 - b. Libertad para determinar el modo de formación de la prueba. Se refiere a la posibilidad que tienen las partes para intervenir o no en dicha formación, asistiendo a los actos e interviniendo decisivamente en ellos (participando en las reconstrucciones de hechos, en los experimentos de instrucción, en los interrogatorios de los testigos, promoviendo expertos, entre otros), proponiendo contraprueba, oponiéndose a la admisibilidad de la prueba de la contraparte o aduciendo su ilegalidad o la nulidad de los actos de donde proviene.

La libertad en el modo de formación de la prueba se extiende también a extremos tales como la determinación libre de quiénes deben ser los expertos, según lo establece el COPP; es decir, la libertad de las partes para escoger sus expertos pero

con la intervención del juez, quedando la idoneidad y capacidad de aquellos a la libre crítica de las otras partes, así como a la libre elección de los medios para la fijación o captura de ciertos hechos, ya sea por acta, por fotografía, por testigos instrumentales, por filmaciones, grabaciones, o por todas esas formas o por algunas combinadas. En este mismo sentido, la libre determinación del modo de formación de la prueba supone la libre elección del modo de proposición o promoción de la prueba, ya sea como promoción material o directa, sujeta a simple admisión, o como promoción investigativa o indirecta, sujeta a ordenación de prueba.

- c. Comunidad de prueba. La comunidad de prueba es una consecuencia necesaria e ineludible de la aplicación del principio de libertad de prueba, pues todo dato incorporado al proceso por cualquiera de las partes, queda inmediatamente a disposición de las demás partes, las cuales podrán servirse de él en cuanto les beneficie.

Toda la evidencia recabada durante la investigación preliminar o Fase Preparatoria es acervo común de las partes, en tanto así lo manifiesten y la promuevan, tanto para solicitar un sobreseimiento, como para ser utilizada en el juicio oral. A este respecto hay que recordar que en razón de que el sistema acusatorio se funda en la búsqueda de la verdad material (artículo 13 del COPP), las evidencias traídas a las actuaciones por una parte, pueden resultar de provecho a otra de las partes, y viceversa. Por esta razón, en la Fase Intermedia, al formular sus conclusiones por escrito (artículos 200, 201 y 202) sobre la Fase Preparatoria y con vista al juicio oral, las partes pueden manifestar que hacen suyas las pruebas de las otras, a fin de usarlas en su provecho, aun para el caso de que aquéllas las renunciaren.

La audiencia donde se va a desarrollar el juicio, tiene lugar en forma pública, con las debidas excepciones que prevé la ley; más no otros actos dentro del proceso que

se deben desarrollar en forma privada, como lo son la audiencia de presentación de detenido (artículo 236), la audiencia preliminar (artículo 309), y cualquier otro acto de audiencia (artículo 305) donde se debe escuchar a las partes víctima e imputado y sus defensores, Fiscal del Ministerio Público, Juez y Secretario.

En caso de ser necesario, cuando las circunstancias así lo exijan, a solicitud de parte y potestad del juez, pudiera estar presente el alguacil para salvaguardar el orden e integridad de los presentes. Se tiene el ejemplo de la medicina legal donde existen dos procedimientos bien definidos sobre este punto: el primero, se trata del levantamiento del cadáver, el cual comprende el examen del mismo (cadáver) donde ha sido descubierto, así como otras investigaciones de orden médico efectuadas a solicitud de la autoridad judicial, con el objeto de descubrir los indicios físicos del delito y las huellas dejadas por el autor. El COPP en el artículo 200 sobre el levantamiento e identificación de cadáveres contempla:

En caso de muerte violenta o cuando existan fundadas sospechas de que la muerte es consecuencia de la perpetración de un hecho punible, antes de procederse a la inhumación del occiso u occisa, la policía de investigaciones penales, auxiliada por el médico o médica forense, realizará la inspección corporal preliminar, la descripción de la posición y ubicación del cuerpo; evaluará el carácter de las heridas y hará los reconocimientos que sean pertinentes, además de las diligencias que le ordene el Ministerio Público.

De hecho, las investigaciones practicadas en este sentido por el médico son capaces de aportar datos precisos sobre la etiología médico legal de la muerte (suicidio, homicidio o accidente); sobre los tipos de agresión; sobre las circunstancias del suceso y también, sobre la identidad del cadáver y del asesino.

Por otra parte, el mismo Código en el artículo 201 refiere:

En los casos de muerte causada en accidentes de tránsito, sin perjuicio de las facultades que corresponden a los órganos encargados de la persecución penal y cuando los representantes de éstos no puedan hacerse presentes en el lugar del suceso, el levantamiento del cadáver y las actuaciones a que se refiere el artículo anterior podrán ser realizados por un o una oficial del cuerpo de control y vigilancia de tránsito terrestre, auxiliado o auxiliada por el médico o médica forense, así como su traslado a la morgue correspondiente, a los fines señalados en dicho artículo. Se dejará constancia de lo actuado en conformidad con las normas generales de este Código, salvo lo establecido en leyes especiales.

Para ejecutar el levantamiento del cadáver se necesita el auxilio de un médico forense, y no debe realizarlo otro funcionario o persona. De no ser así, esto no será un levantamiento de cadáver, mucho menos, valorarse como tal.

d. Libertad para valorar el mérito de la prueba, el principio de libertad de prueba implica su libre apreciación o valoración. En un estado de derecho verdadero, el principio de libertad de prueba está unido indisolublemente al de su licitud y al de su libre apreciación, pues los hombres libres sólo pueden apreciar libremente la prueba libre y lícitamente obtenida, sin menoscabo de su propia integridad y de su conciencia.

La libre valoración de la prueba consiste en que el juez puede dar a cada una de las pruebas presentadas a su consideración el peso que considere conveniente en la formación de su convencimiento, pero a condición de que explique esas consideraciones en su decisión. Así por ejemplo el juez tiene plena libertad para estimar que un testigo le aporta mucha más convicción que varias experticias o

documentos, pero tiene que explicar en qué estriba la cualidad convincente de ese testimonio y qué le hace superior a aquellos otros medios de prueba.

De esta forma, la fuente de la convicción debe ser exteriorizada y plasmada en la motivación de la decisión. Así se conjuga la libertad del juzgador con el control de las partes y del público sobre los fundamentos de la decisión y sobre la fuente de la convicción. Pero libre valoración no significa íntima convicción. La íntima convicción es una forma de valoración libérrima de la prueba, pero en la cual el juez o el jurado no vienen obligados a dar justificación de cómo arribaron a su convicción.

La libre valoración de la prueba está contenido en el artículo 22 del COPP en los siguientes términos: “Las pruebas se apreciarán por el tribunal según la sana crítica observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia”. El Juez, dentro de la parte motiva de una sentencia tiene cierto margen de discrecionalidad sin apartarse de los límites la legalidad. El quantum de la prueba se determina cuando son suficientes para demostrar la comisión de un hecho, de lo contrario hay insuficiencia de pruebas. La interpretación de una norma jurídica o de los preceptos dictados por la autoridad, implica un proceso lógico a través del cual el Juez, quien es el encargado de aplicarla, penetra dentro de su contenido para aclarar lo dudoso, explicando qué es lo que se ha ordenado o prohibido en ellos.

2. Limitaciones al principio de libertad de prueba, la libertad de prueba en el proceso penal acusatorio solo está limitada por razones de licitud de la prueba, por razones de idoneidad y utilidad de la prueba; los cuales se refieren a lo siguiente:

a. Por razones de licitud de la prueba. El principio de la licitud de la prueba es un requisito intrínseco de la actividad probatoria y consiste en que sólo son admisibles como medios de prueba aquellos cuya obtención se haya producido conforme a las reglas de la legislación procesal y de los convenios internacionales en materia de derechos humanos.

No debe olvidarse que el proceso penal representa fundamentalmente la actuación legal del Estado contra determinados ciudadanos (imputados) y que muchas veces, la presión de la opinión pública, los intereses políticos y las tendencias autoritarias, reclaman la necesidad de que aparezcan culpables; cabezas de turcos, conejillos de indias y chivos expiatorios; en quienes justifican la función protectora que el Estado realiza con respecto a los intereses sociales. El principio de licitud de la prueba es una barrera que erigen las sociedades democráticas contra aquellas desviaciones del poder punitivo del Estado, pues dicho principio es una exigencia básicamente para los funcionarios públicos encargados de la persecución penal.

La licitud de la prueba abarca dos aspectos fundamentales como son, en primer término, el aspecto formal o directo; que consiste en el cumplimiento de las formalidades específicas establecidas por la ley procesal o por leyes especiales para la obtención de la evidencia. Estos requerimientos están referidos a la necesidad de orden judicial para realizar registros, allanamientos, interceptación de correspondencia, comunicaciones telefónicas, o grabaciones directas de personas, o a la presencia de testigos instrumentales imparciales o del imputado y su defensor, allí donde sea posible. En este caso se dice que se está ante el llamado aspecto formal o directo del principio de licitud de la prueba, ya que la sola falta o el quebrantamiento de la formalidad exigida debe producir la declaración de ilegalidad de la prueba así obtenida y la consecuente nulidad de los actos a que haya servido de base.

La demostración de la ilicitud formal de la prueba es relativamente fácil, pues las autoridades de investigación penal, que son las destinatarias de los requerimientos legales, tienen que consignar obligatoriamente en las actuaciones las correspondientes órdenes judiciales y las actas respectivas, de las que podrá apreciarse el cumplimiento o no de los requisitos de ley.

b. Por razones de idoneidad. La idoneidad o conducencia de la prueba es su cualidad de ser apropiada para demostrar el hecho que se propone probar. Así por ejemplo la prueba testifical no es idónea para probar que los cabellos encontrados en las manos de la víctima pertenecen al acusado, pues eso es algo que se sale de la apreciación sensorial ordinaria, que es la fuente de la prueba testimonial. La declaración de testigos, en cambio, sí puede servir, auxiliada de indicios y presunciones, para probar una deuda.

El momento de admisión de las pruebas es la oportunidad para que el sujeto admisor u ordenador de prueba se pronuncie acerca de la idoneidad, conducencia o impertinencia de la prueba y tal pronunciamiento debe ser sin dudas razonado o motivado, a los efectos de la salvaguarda de los derechos del proponente, promovente u oferente de la prueba, bien sea por vías de los remedios procesales compositivos (reclamos, protestas, quejas, oposiciones, entre otros.) o por vía de los recursos (reconsideración, revocación, apelación, casación, entre otros).

c. Utilidad de la prueba. La utilidad de la prueba se refiere a su necesidad o pertinencia en general respecto a hechos ya probados por otros medios o hechos que, como los notorios, no necesitan ser demostrados. No debe confundirse idoneidad y utilidad, pues un medio probatorio útil en general, puede resultar idóneo respecto a determinados hechos y otro medio absolutamente idóneo para probar algo esté suficientemente probado, incluso expresamente admitido por aquel a quien le afecta.

La utilidad de la prueba es un asunto sobre el que deben pronunciarse los sujetos admisores y ordenadores de prueba, en las mismas condiciones y oportunidad en que se pronuncien sobre la idoneidad, conducencia o pertinencia de los medios de prueba propuestos por las partes. Es obvio que la providencia o auto que admite una prueba ya la ha calificado tácitamente como pertinente, conducente y útil, por lo cual la declaración expresa y motivada queda reservada para el pronunciamiento de

inadmisibilidad por inutilidad, impertinencia o inconducencia, y contra ese pronunciamiento caben los remedios y recursos que la ley autoriza, en el entendido de que siempre debe autorizar alguno.

Dentro de las limitaciones al principio de libertad de prueba existen reglas legales como límites a esta libertad; la libertad de prueba está únicamente limitada en el proceso penal acusatorio por aquellas situaciones donde la ley no admita otra forma de prueba que la que ella expresamente establece, se trata de una limitación relativa. El caso típico de esto es el estado civil de las personas, respecto al cual no ha de admitirse, en principio, ninguna otra prueba que las actas o partidas respectivas. Cuando se hubiere alegado una cuestión prejudicial basada en el estado civil y el interesado no hubiere ocurrido por ante el juez de lo civil o éste no hubiere fallado dentro del lapso que generalmente se le confiere para ello, entonces la situación del estado civil objeto de prejudicialidad podrá ser resuelta por el juez de lo penal bajo el principio de prueba libre, con lo cual se verá superada la señalada limitante. En esto consiste el carácter relativo de este tipo de limitación.

En este mismo sentido, si al proceso penal es traído un documento auténtico que da fe de un negocio jurídico, como la compra-venta de un inmueble, por ejemplo, es obvio que aquel contra el que obra dicho documento, no puede negar la existencia del contrato o sus condiciones y en este punto la regla aplicable, en razón del principio de la unidad del derecho probatorio, es la que consagra el derecho civil sobre el valor probatorio de los documentos dotados de fe pública acerca de la existencia de los negocios jurídicos en ellos contenidos, y de la intervención de las partes en los mismos. En este punto, la libertad de prueba imperante en el proceso penal no puede rebasar tales normas del derecho civil, en cuyos marcos la preconstitución de la prueba es absolutamente necesaria para el mantenimiento del orden social.

- La inmediación procesal y la prueba en el sistema acusatorio, el principio de inmediación en los procesos judiciales implica que el órgano jurisdiccional que deba decidir un asunto escuche directamente los alegatos de las partes y que contemple directamente la formación de la prueba. Como se sabe, la aplicación, irrestricta del principio de inmediación está unida a la forma oral de los actos procesales. En el proceso penal acusatorio, el principio de inmediación funciona plenamente para el juicio oral, pero limitadamente para las fases preparatoria e intermedia.

Sin embargo, el hecho de que la enunciación de este principio aparezca dentro de la parte general o en los títulos preliminares de algunos códigos procesales penales ha hecho suponer, a través de los tiempos, a algunos comentaristas no identificados con el sistema acusatorio penal, que tales ordenamientos procesales se contradicen a sí mismos, al observar que la fase preparatoria se desarrolla por escrito en su mayoría y que los jueces que deben decidir sobre la desestimación de una denuncia, sobre el aseguramiento del imputado, o sobre la procedencia de la acusación tienen que hacerlo sobre la base del material escrito de la causa, es decir, de un conjunto de actas procesales que recogen el resultado de diligencias de investigación (testimonios, informes de experticias, entre otros), que no se han formado en su presencia.

En estos casos, efectivamente, no hay inmediación procesal respecto a la prueba que el juez debe valorar para tomar ese tipo de decisiones. No obstante, el hecho de que no exista inmediación respecto de la prueba que debe apreciar el juez para adoptar resoluciones en la fase preparatoria o en la fase intermedia, no significa en modo alguno que la inmediación esté absolutamente ausente de esas fases del proceso penal acusatorio, pues esta manera de ser del proceso, que eso es en definitiva la inmediación, se manifiesta en dos vertientes claramente definidas desde hace mucho tiempo en la doctrina procesal más autorizada.

Por una parte, la inmediación implica la presencia del juez en cualquier acto procesal en que las partes deban realizar alegaciones y donde el juez deba decidir sobre ellas, generalmente in situ, y, por otra parte, la inmediación supone que los jueces contemplen la formación, el perfeccionamiento o la reproducción y cuestionamiento de la prueba de los hechos sobre los que deben decidir. La primera faceta de la inmediación a que se ha aludido se suele denominar inmediación alegatoria, en tanto que a la segunda denominada inmediación probatoria o de prueba.

En el juicio oral se manifiestan las dos facetas de la inmediación y a ello se refiere claramente el artículo 16 del COPP, por lo cual no debería concitar ningún tipo de confusión. En concreto esta norma expresa lo siguiente: “Los jueces o juezas que han de pronunciar la sentencia deben presenciar, ininterrumpidamente, el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtienen su convencimiento”. La referencia al juicio oral en el artículo antes transcrito es obvia ya que el legislador se refiere a los jueces que han de pronunciar la sentencia, y la sentencia es una forma de resolución judicial que el COPP reserva para las decisiones que deben poner fin al juicio oral o resolver los recursos de apelación de sentencia o de casación, mas no las cuestiones interlocutorias propias de las fases preparatoria e intermedia.

En la fase preparatoria existe la inmediación alegatoria, por cuanto el juez debe estar presente y escuchar los alegatos de las partes en las audiencias para determinar la legalidad del arresto o aprehensión de una persona, para decidir qué medida de coerción personal debe imponerse a un imputado. Sin embargo, la inmediación probatoria no existe en esta fase del proceso penal acusatorio respecto a los jueces y en estos estadios procesales éstos deben decidir sobre la base del material probatorio que hayan incorporado al expediente, tanto el Ministerio Público y sus auxiliares (órganos de investigaciones científicas, penales y criminalísticas), como por el imputado, su defensor, por la víctima y su eventual apoderado judicial.

En cambio, en la fase intermedia se procede por parte del Ministerio Público a presentar el respectivo acto conclusivo de acusación, archivo fiscal o sobreseimiento, contemplado en el Capítulo IV del COPP en su artículo 297 y siguientes. La inmediación probatoria en el proceso penal acusatorio existe sólo en el juicio oral por la sencilla razón de que para ser condenado en ese tipo de proceso hay que ser vencido en un juicio oral y público donde la prueba sea producida, perfeccionada, reproducida y contradicha ante el tribunal que debe decidir el fondo del asunto, a menos que se renuncie al derecho al juicio y se admitan los hechos de la acusación, en los ordenamientos procesales que lo permiten.

- La contradicción y el control de la prueba en el sistema acusatorio, una de las exigencias esenciales del derecho a la defensa consiste en que todas las partes en un proceso puedan conocer cuáles son los medios de prueba de que intentan valerse sus contrapartes, así como de asistir a su práctica o evacuación, cuando ello sea posible, y ser informado, además, del resultado de la práctica o evacuación de aquellas que no pudieron ser presenciadas y del modo como se efectuaron los actos procesales correspondientes. Ese acceso que debe tener cada parte a las pruebas del contrario, a fin de saber cuáles son y cómo han de ser practicadas, es lo que se denomina el control de la prueba, que es uno de los presupuestos esenciales de la sana actividad probatoria en un debido proceso.

De tal manera, la limitación de la posibilidad de control y contradicción de la prueba por el imputado en el procedimiento penal inquisitivo es una de sus características más nefastas. En el procedimiento penal acusatorio la posibilidad de control y contradicción de la prueba está presente a lo largo de todo el proceso, incluida la fase preparatoria o sumario, y ello se pone de manifiesto en lo siguiente:

1. La instructiva de cargo, la forma en que se efectúa ese importante acto procesal que es el momento imputatorio original o instructiva de cargo, que es la

comunicación que el funcionario instructor debe hacer al imputado del hecho o hechos que se le imputan, su posible calificación jurídica y los elementos de convicción o probanzas que obran en su contra.

2. La determinación de medidas cautelares, el juez o tribunal que cubre la fase preparatoria, a los efectos de tomar cualquier medida de coerción personal sobre el imputado, tiene que comprobar (y ese verbo implica valoración de prueba), que existe un hecho punible concreto y no prescrito y que hay elementos para considerar que el imputado está incurso en él. La determinación de éstos constituye el meollo del proceso penal, al que los anglosajones han dado en llamar probable cause (causa probable).

La comprobación de estos aspectos pasa por un debate de prueba que, en el sistema acusatorio, tiene que producirse ante el juez y, por tanto, las partes acusadoras tienen que mostrar cuáles son las pruebas que acreditan la exigencia del delito y la posible responsabilidad del imputado. La única y verdadera limitación a la contradicción de prueba en el proceso penal acusatorio es la llamada reserva de actas. En el sentido de que la reserva de actas, no es otra cosa que la reserva de la promoción o de la orden de búsqueda de pruebas sino diligencia de investigación, que deben ser ordenadas por el juez a fin de que el imputado no se entere de cuál es la prueba que se intenta asegurar por la acusación. Pero nunca puede el Ministerio Público ocultar al imputado y su defensor el resultado de las diligencias de investigación que se usan para incriminarlo, pues ya ese resultado está asegurado y no puede ser cambiado por el imputado, y ocultarlo o amañarlo.

Comenta Cabrera (2010):

Es una deslealtad que no debía ser realizada por fiscales honestos, así como que tampoco debe ser tolerado por los defensores, y sobre todo por los jueces, que son los llamados, en última instancia, a proteger los derechos de las partes en el proceso (p. 231).

La reserva de actas es una institución establecida para restablecer un tanto el equilibrio entre la sociedad agredida por el delito y la actuación subrepticia del delincuente, vale decir, para evitar la obstaculización de la investigación. Es lógico que al imputado no se le informe a priori que será grabado o que su vivienda será allanada, pues estaría prevenido y podría hacer desaparecer los rastros del delito. Pero una vez que se le grabó o se obtuvieron evidencias incriminatorias en el allanamiento, ya no hay razón alguna para no mostrar esos resultados al imputado.

IV. Principios reguladores del sistema probatorio en el procedimiento penal acusatorio

Principios reguladores del sistema probatorio en el procedimiento penal acusatorio.

Es de observarse, el proceso penal se inicia con una persona distinta al juez. Si se confundieran en una sola persona acusador y juez no existiría verdadero proceso, dado que este supone la existencia de dos partes en funciones contrapuestas. Existe una absoluta incompatibilidad entre el papel del acusador o investigador y el del decisor, caso contrario se comprometería la imparcialidad. Al dividirse las funciones del acusador y del juez, se le permite a éste mantenerse a distancia de ambos contendientes: el Ministerio Público y la defensa, con lo que se garantiza su imparcialidad para la resolución del objeto del acusatorio.

Según Mora (2009), “además se posibilita el contradictorio, pues el acusado se enfrentará al Ministerio Público y no propiamente a quien debe resolver con lo que se obtiene mayor libertad de acción para el ejercicio de la acción penal” (p. 105). La configuración del proceso penal parte del enfoque de que el mejor medio para averiguar la verdad y verificar la justicia es dejar la invocación del juez y la recogida del material procesal mas aquellos que persiguen intereses opuestos y sostienen opiniones divergentes, pero descargando de esta tarea al que ha de fallar o decidir el asunto, garantizando de este modo su imparcialidad.

La separación de las funciones de acusar y decidir es presupuesto fundamental aunque no suficiente para configurar el carácter acusatorio del proceso; se requiere además que el juicio se desarrolle sin que el juez tome parte junto con el acusador en la búsqueda de la verdad, comprometiendo así su imparcialidad, de la misma manera una puede sustituir al fiscal en su función acusadora.

En cambio la separación de la actividad de perseguir y la de decidir, tiene entonces, no solo el fin psicológico-procesal de asegurar al juez una objetividad elevada, sino que protege también al acusado de la posible valoración jurídica parcial de una sola autoridad judicial. En líneas generales, la razón última de un sistema procesal penal acusatorio, es que, al juez solo le corresponda la función de juzgar con fundamento en las pruebas presentadas por las partes, si se ha cometido o no delito y en consecuencia condenar o absolver.

El material probatorio tiene que ser aportado por las partes y el tribunal debe decidir basándose en los principios de contradicción y de congruencia. Algunos consideran como característico del sistema acusatorio la existencia del jurado y la verificación de la oralidad, publicidad y libertad durante el proceso, no obstante el jurado no resulta esencial y los principios pueden existir en alguna medida en el sistema inquisitivo.

Como expresa Couture (2007):

El proceso tiene como fin la búsqueda de la verdad, mediante la exposición de la tesis, de la antítesis y de la síntesis, mejor dicho, en la presentación de la acción, en la oponibilidad de la defensa y el resultado del cuestionamiento, traducido en sentencia (p. 342).

Pero el proceso, bajo los lineamientos del actual texto Constitucional, específicamente conforme a lo previsto en el artículo 257, tiene como finalidad la realización de la justicia, la cual, a tenor de lo preceptuado en el artículo 26 Constitucional, debe ser gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos, elemento éste último que equivale a que la justicia debe prevalecer frente a las formas del proceso.

Pero si bien el proceso se encuentra revestido de informalidad, o ausencia de formalidades, circunstancia ésta indefinida por el constituyente y que ha ocasionado el relajamiento de normas procesales, ya que debe señalarse que el artículo 26 de la Constitución contempla la ausencia de formalismos, en tanto que la norma contenida en el artículo 257 ejusdem, establece la ausencia de formalidades no esenciales, de lo cual se infiere una clara contradicción de las normas constitucionales, pues siendo la informalidad la ausencia de formalismos innecesarios que entorpezcan el fin del proceso.

Es decir, la realización de la justicia, el constituyente además de no sentar posición en cuanto a lo que debe entenderse por un formalismo, indistintamente se refirió a la ausencia de formalismos y a la ausencia de formalidades inútiles, hecho éste que ha traído como consecuencia, el relajamiento de los principios, normas y lapsos procesales, que de una u otra manera destruyen la institución del proceso, la cual en puridad de verdad, no es sino un conjunto de formalidades procesales creadas por el legislador, que tienen por fin último el pronunciamiento del órgano jurisdiccional que dirima el conflicto sometido a la jurisdicción, el cual ha sido considerado como el apto e idóneo para la tramitación de la controversia.

Son varios los principios que determinan la naturaleza del proceso propuesto en el COPP, puesto que el análisis de los principios de los procesos tiene sumo interés incluso realizado desde una perspectiva histórica, puesto que ayuda a explicar en alguna medida el porqué de las posibilidades, carga y derechos de los sujetos procesales, es decir la razón o el fundamento de las diferentes estructuras históricas del proceso.

Al margen de este aspecto concreto, el examen de los principios procesales tiene un indudable valor teórico práctico por constituir un elemento auxiliar de la interpretación, además, para los supuestos de la laguna legal, un dato o factor

integrador de la analogía, y por último aporta el marco práctico para el factor del lege ferenda, siendo innegable el interés pedagógico del estudio de los principios informadores del proceso, facilitando su visión resumida pero global del sistema procesal.

Para afrontar apropiadamente la labor de comprobación conforme a las exigencias que ya se han apuntado al respecto, es necesario concluir en la necesidad de tener el ambiente más propicio para ello; sin dudas que los principios incluidos en el preámbulo del COPP da en la base de actos de juicio, pero en materia doctrinal y en textos legales de corte procedimental, se dan cabida una serie de axiomas que juegan a favor de un campo propicio para la prueba.

Para Devis, (2006) las pruebas son: “El conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al Juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso” (p. 15). Dentro del sistema de la libre convicción, el Juez puede adquirir el convencimiento de la verdad, bien con la prueba de autos o en contra de ésta. La libre convicción no es el conjunto de presunciones que pueden extraerse de las pruebas producidas, la libre convicción no tiene porque apoyarse en los hechos probados, sino que puede fundamentarse en circunstancias de las que se dejen constancia, por conocimiento personal o privado.

La referida ley adjetiva la refiere como marco y justificación de la actuación procesal de las partes dentro del desarrollo de las actividades propias del sistema procesal penal. Los principios son herramientas para acometer con propiedad la interpretación jurídica. Entre estos principios pueden mencionarse:

- Principio de la legalidad de la prueba, alude este principio que la actividad probatoria debe conducirse dentro de un marco o esquema de garantías, y en ese

sentido la conducta y la actitud de los administradores de justicia ha de enmarcarse en este propósito, es decir, el medio probatorio estará rodeado de condiciones que procuren dar la legitimidad suficiente para ser adquirido en el proceso como principio rector de la actividad probatoria puede afirmarse que el mismo se rige bajo la convicción de que la prueba no puede ser producto de actos contrarios al estado de derecho, democrático y respetuoso de los derechos humanos.

Este principio de legalidad probatoria en el COPP, lo consagra su artículo 181 ya referido. A través de esta norma, el legislador procesal venezolano se adhirió a la teoría de los frutos del árbol envenenado, y conforme a esa fórmula, determina las etapas en que se produce la ilicitud de la prueba, puesto que la obtención sucede en sede extraprocesal, por los funcionarios de investigación penal, y al referirse de la incorporación se trata de la ilicitud intraprocesal, pero en la praxis la más común es la primera.

Además, sobre el alcance de la expresión valor se circunscribe a la tarea de valoración y apreciación de la prueba, cuya tesis se centra en la inadmisibilidad, ab initio, de la evidencia obtenida con lesión de derechos fundamentales, por falta de legitimidad para imponer su fuerza incriminatoria. En esta interpretación, se observa que no se debe correr el riesgo, por la inevitable influencia psicológica que ejercerá sobre el juzgador, que el dato probatorio ilícito, aunque luego no surta efecto, o arribe al proceso.

Esto en pocas palabras significa, que la prueba no puede ser producto de actos contrarios al estado de derecho, democrático y respetuoso de los derechos humanos. El principio de legalidad consiste en que toda la actividad jurídica desplegada en la órbita de la comunidad que provenga del Estado o de los particulares, sólo adquiere validez de tal, en cuanto de modo directo o indirecto se encuentra ha solicitado por la construcción que lógicamente ha de ser pacto del querer mayoritario formalmente

expresado y dirigido a la garantía y auspiciado y dirigido a la garantía y auspicio de los derechos humanos.

Constituyen la base triangular del estado de derecho y se encuentran de tal manera implicados que basta el desconocimiento o debilitación de uno de ellos para que la institución se desmorone o deforme convenimos en invertir el orden de los factores expresados consignando que sobre el principio de legalidad tiene vigencia los postulados de libertad e igualdad en el Estado. La legalidad responde a la estructura del Estado moderno, como esencia del mismo, no podríamos organizar al Estado que se viene refiriendo de la legalidad porque es su síntesis. La legalidad es requerimiento del Estado moderno. La igualdad y la libertad son sus condiciones. Se ha sostenido que la legalidad juntamente con la igualdad y la libertad personal constituirán la base triangular del estado de derecho trata de demostrar fácticamente que el debilitamiento o desconocimiento de uno de ellos basta para que la institución se desmorone o deforme.

Se formula el principio de legalidad expresando que ningún órgano del Estado puede adoptar una decisión individual que no sea conforme a una disposición por vía general anteriormente dictada. Una decisión individual no puede jamás ser adoptado sino dentro de los límites determinados por una ley material anterior. Este el principio esencialmente protector del individuo puede decirse que no tiene, que no debe tener excepción. Una sociedad que no la reconoce, o que, reconociéndola, le introduce reservas o excepciones no vive verdaderamente bajo un régimen de estado de derecho.

- Principio de la unidad de la prueba, conforme a este principio, las pruebas aportadas por las partes en el proceso o que han sido incorporadas al mismo como consecuencia de la actividad probatoria oficiosa del juzgador, a través de los diferentes medios probatorios, deben ser analizadas en conjunto, para confrontarlas,

vincularlas y valorarlas, no pudiendo ser analizadas en forma separada, ya que la suma de todas las pruebas, en definitiva solo tienen un fin, el cual no es otro que acreditar la existencia o fijación de los hechos expuestos por el actor.

- Principio de lealtad probatoria, la lealtad probatoria no va referida solamente al respeto a las partes, al órgano jurisdiccional, al juez entre otros, que no está únicamente evitando los planteamientos dilatorios formales, sino cualquier abuso que pueda darse durante el proceso.

- Principio de Igualdad y oportunidad, según este principio y lo establecido en el COPP el imputado puede probar su inocencia en la oportunidad prevista en este Código. Cuando el imputado y las partes tienen acceso a las actuaciones preliminares o de investigación, se da el principio de oportunidad. Esto es la oportunidad para la prueba, que responde también al principio de igualdad en el proceso.

- Principio de publicidad de la prueba (artículo 15 del COPP), conforme a este principio, las pruebas son públicas, lo cual quiere decir que todos los sujetos procesales más aún todas aquellas personas que tengan interés, tienen acceso a los medios de prueba que han sido aportados por las partes o que el juez ha traído al proceso a través de su actividad oficiosa, pueden conocerlas y objetarlas, pero no obstante a esto, debe señalarse establecido en el artículo 110 del Código de Procedimiento Civil (CPC, 1986), facilitar las pruebas cuando las soliciten las partes.

Las pruebas, una vez promovidas, no se hacen públicas, es decir, no se agregan o publican en el expediente, por el contrario, las mismas una vez promovidas, son reservadas por el secretario, quien al día de despacho siguiente al vencimiento del lapso de promoción de pruebas, debe agregarlas, publicarlas o incorporarlas al expediente, siendo a partir de éste momento, que las pruebas son legalmente incorporadas al proceso y se hacen públicas.

- Principio de preclusión de la prueba, conforme a este principio, los actos de pruebas deben realizarse en las oportunidades señaladas en la Ley, por lo que la

realización de dichos actos en otras oportunidades diferentes a las señaladas, decretan la inadmisibilidad o eventualmente improcedencia de las pruebas por extemporáneas. De tal manera, que todo lo relativo a la práctica de la prueba, debe realizarse dentro de los lapsos probatorios señalados para su promoción y evacuación, es decir, no pueden promoverse ni evacuarse sino dentro de los tiempos indicados en la ley procesal, bajo pena de no ser considerados por haber precluido tanto en el espacio como en el tiempo.

A criterio de la autora, el COPP en la Fase Intermedia hay que indicar las pruebas por parte del querellante o acusador, al indicar la prueba el Juez de Control, que es quien tiene las mayores facultades, se pronuncia sobre la misma en la audiencia preliminar, después él puede probar, pero en la oportunidad que le ha señalado el mismo Código; por ejemplo, las llamadas pruebas en el juicio, pruebas complementarias o cuando surjan nuevos hechos, se le permite probar, o sea, se trata de un derecho limitado, no es un derecho absoluto.

- Principio de apreciación de la prueba (artículo 22 del COPP), este principio se refiere a la libre convicción de la prueba, constituyendo una mixtura entre el sistema de libre convicción y la sana crítica. La libre convicción expresa reglas colaterales o características de la sana crítica; que el juez deberá obedecer para apreciar las pruebas durante el transcurso de todo lo que comprende el proceso.

- Principio de la naturalidad o espontaneidad de la prueba, este principio se produce en el desarrollo del proceso cuando las pruebas han sido obtenidas en forma espontánea; como por ejemplo en la prueba de testigos, cuando éstos se presentan sin ser citados a comparecer y declarar en juicio. Lo hacen espontáneamente.

- Principio de respeto a la dignidad e integridad de la persona humana, en materia de pruebas, el COPP categoriza que todos los actos procesales han de pasar con la vista de las distintas condiciones del debido proceso. Tales condiciones subyacen en la CRBV, la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Pacto

de los Derechos Civiles y Políticos, entre otros. Cabe hacer la acotación de que la prueba no puede obtenerse mediante tortura, maltrato, incomunicación, amenaza, engaño, indebida intromisión en el domicilio, en la correspondencia, papeles y archivos privados. Tampoco se podrá obtener la prueba por medios que menoscaben la voluntad o violen los derechos humanos.

El principio citado expresa que asimismo tampoco podrá apreciarse la información que provenga de un medio o procedimiento ilícito, por lo que el Fiscal del Ministerio Público en su carácter de conductor de las indagaciones preliminares, así como el Juez de control tendrá que realizar su trabajo con más estricto apego a la realidad.

Una vez aprobada la garantía sobre la prohibición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, a favor del ciudadano y ante todo, en cuanto a aquellas personas que por una u otra razón, han de pasar por la desagradable circunstancia de la detención, cuál ha sido el tratamiento doctrinal y jurisprudencial que se ha manejado en tomo al tema de la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, siendo que son actitudes que se han manifestado en casi todas las sociedades y en todos los tiempos y cuál es el tratamiento que existe hoy y por qué la necesidad de controlar a como dé lugar esta particular manera de damnificar la dignidad de una persona (En la versión de los artículos 46 y 60 de la CRBV), y sobre todo.

El sentido que tiene esta regla frente al proceso penal que es sin lugar a dudas donde más influjo puede tener desde cualquier ángulo en que se mire; mas si, por ejemplo, se toca el tema de la prueba como aspecto nada del juicio. En principio, la pauta procesal que rige en materia de derechos del imputado exige en su artículo 127 numeral 10 del COPP. Pero esta singular prohibición encuentra ciertas zonas abiertas que hábilmente dejan la posibilidad de trasgresión de la garantía por parte de los

organismos policiales, que en algunos casos, por exceso de aplicación de la Ley; se trasgrede estas normas en busca de alguna verdad o indicio para esclarecer algún hecho punible.

En el tema procesal penal, esta figura de la tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes; guarda relación con el proclamado derecho a la intimidad del artículo 60 y también con el dispositivo del artículo 49 ordinal 5 de la Carta Magna, a propósito del declarado debido proceso en el seno de la nueva Constitución. Muy a pesar de las declaraciones prohibicionistas, el maltratamiento ha tenido durante mucho tiempo un protagonismo indesconocible.

La institución del tormento en el medievo era un procedimiento legal para obtener del subjudice la confesión (reina de las pruebas en el antiguo concepto). Borrego (2006) señala que, “la tortura no fue un medio para obtener la verdad, pues, la ley y la propia práctica no la consideraron como fórmula para develar de boca del imputado lo sucedido o indagado” (p. 245), siendo ésta una explicación predilecta para obtener convicción acerca de lo acontecido y juzgado, y nada mejor que determinar la culpabilidad del confesante con su propia declaración.

Estas prácticas, muy a pesar de los cambios generados por la intervención humanizadora del proceso penal, siguen estando presentes, sobre todo, porque persiste la patibularia idea inquisitorial; incluso, esa cultura se ha percibido en legislaciones que como la relativa a las drogas ilegales, pretendieron fijar la atención sobre este medio probatorio.

Por lo demás, en el artículo 133 del COPP, se advierte que han de indicársele al declarante que se encuentra eximido de declarar en su contra, talla regla constitucional del artículo 49 ordinal 5; así también habrá que mencionarle el hecho que se le atribuye y sus circunstancias particulares y consiguientemente, se le

instruirá acerca de que su declaración es un medio idóneo para ejercer su defensa y en consecuencia, puede de aclarar todo cuanto tenga que decir a objeto de desvirtuar la imputación y esta declaración la realizará del modo consiente con plena convicción de lo que se le está imputando.

Otras actividades que van en dirección a fijar la prueba en juicio son los exámenes corporales y mentales, cuyos procedimientos han tenido su sitio en las funciones de pesquisa policial a propósito de las etapas preliminares o de investigación, aquí ha de destacarse nuevamente la idea de la protección constitucional del artículo 46, el artículo 60 y el artículo 49 y encuentra gran respaldo en la normativa subleve, como bien lo prescribe el COPP en su artículo 10, y este último dispositivo advierte que toda persona debe ser tratada con el debido respeto a su dignidad con protección de los derechos que se deriven.

La institución del reconocimiento en rueda de individuos, de personas, presos o de imputados como también se le conoce en la doctrina procesal penal, no es más que un recurso usado por los investigadores para establecer conjuntamente a los testigos la identidad del sujeto que está sometido a investigación. Pero, particularmente este acto puede implicar un quebrantamiento de derecho a la integridad, honor, intimidad y reputación de la persona en los términos a que se refieren los artículos 46 y 60 de la CRBV, al igual que las otras labores indagadoras o probatorias anteriormente reseñadas, si no se realizan con las cautelas ordenadas y dispuestas a modo de resguardos efectivos.

Según Florián (2004), “es de suma importancia que en el juicio quede determinada la persona que ha ocasionado una definida lesión” (p. 347). La puesta en peligro de un bien jurídico, mediante una conducta típica descrita en la ley penal; en todo caso, es interesante que la claridad de la identidad de los autores o partícipes permita desarrollar la investigación y por ende, la verdad.

En opinión de Rodríguez (2009), “siempre se procederá al reconocimiento de personas cuando los testigos no precisen las características fundamentales del autor o autores o demás sujetos activos del delito” (p. 379). Las personas que vayan a ser colocadas para reconocimiento deben guardar similitudes físicas o exteriores con el imputado o posible imputado a ser reconocido. Por su parte Marino (2007) destaca que, “el reconocimiento de personas es un recurso procesal que el juez ordena para que se establezca la autoría del presunto autor del delito” (p. 342); el reconocimiento a la delincuencia es cada vez más complejo, esta es una estructura que debe ser manejada con mucha cautela por los jueces; de no ser así se caería en la contradicción en este reconocimiento, o simplemente esta forma no sería efectiva para encontrar la verdad.

Aun cuando es una actividad que no está reglada en el COPP ni en la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y al Adolescentes (2007), tampoco se destaca en el Código Orgánico de Justicia Militar, ello no quiere decir que esté prohibida ampliamente. De hecho, se trata de un recurso, al igual que los anteriores y que atañen al debido proceso, muy utilizado por los investigadores policiales para facilitar la investigación del sujeto activo del injusto, cuando no se tiene certeza de su identidad, más el testigo o los testigos asistentes (*in o post factum*) pueden identificar mediante el registro fotográfico, propósito de los registros policiales que se llevan a tal efecto.

En este sentido, habrá que señalar que siempre y cuando esta labor no implique el rompimiento de alguna garantía constitucional (integridad, intimidad, honor, reputación, debido proceso) será un elemento de orientación; pero jamás podrá sustituir al reconocimiento de personas que sí tiene relevancia para establecer la responsabilidad del autor o del partícipe.

Ello implica que si los investigadores policiales incurren en la imprudencia de usar la fotografía del reconocido sin tomar las precauciones ajustadas pueden perjudicar el proceso de identificación y el acto posterior de reconocimiento puede estar viciado, pues tal como lo anota el COPP en su artículo 216, ha de existir una identificación pura, sin confusiones o extravíos, del reconocedor, evitándose los señalamientos previos o las intenciones maliciosas para perjudicar en particular a alguna persona.

Este recurso de investigación policial, como lo es el reconocimiento dactiloscópico, es indispensable para fijar rastros en aquellos delitos donde la desposesión se ejerce sin que la víctima se encuentre presente en el lugar (caso de hurto) o en aquellos casos de violencia donde es necesario fijar otros elementos distintos de identificación; la dactiloscopia resulta un instrumento adecuado para asentar esas trazas para compararlas después con las impresiones dactilares del sujeto activo del injusto, bien sea mediante los registros policiales, los registros de identificación que constan en las respectivas oficinas de identificación o bien cuando se produzca la aprehensión del imputado y se hagan las debidas comparaciones.

Ahora bien, el problema fundamental de este reconocimiento no es tanto el proceder a realizar el trabajo de decantación, sino la dificultad consiste en la obtención del rastro en el lugar del crimen, el cual no puede estar contaminado con otros o invalidado por la forma como fue aprehendida la huella. A tal efecto, el artículo 186 del COPP, exige que cuando sea necesario inspeccionar lugares, cosas o personas, debido a que se tiene la sospecha de que se encontrarán rastros del delito, se procederá al registro, previa autorización del Juez de Control.

Esto es que para que el hallazgo sea tenido como legítimo, es irrefragable que se cuente con la orden que emana del juez de garantía de control, ello evitará que al

realizarse los exámenes respectivos sobre los rastros, pueda invalidarse lo actuado, es decir, las experticias que acompañan al proceso de cotejo dactilar.

Resaltan en el proceso indagador preliminar e incluso en el juicio penal, actividades que buscan, al igual que las anteriores, fijar la responsabilidad del autor en el hecho que se le incrimina y nada desdeñable es el uso de los mecanismos o metodologías más actuales y que hoy se activan para favorecer el trabajo criminalístico. Pero, en este devenir, al igual que en casos anteriores, la actividad está estrechamente regulada de un modo indirecto con los derechos fundamentales que se declaran en el texto constitucional (integridad, intimidad, honor, reputación, vida privada, debido proceso).

En efecto, la voz o cualquier otro sonido distinto que sea perceptible por el hombre o por aparatos sofisticados de audición, permiten ese paso o transcurso pesquisante para que haya una mejor decantación entre los posibles implicados- de la persona sobre la cual se vuelca la atención por su afinidad con respecto al hecho punible investigado y que posteriormente se pretende establecer en juicio.

- Principio de adquisición, este principio está íntimamente ligado al anterior, es el principio de la comunidad, el mismo muestra como la prueba se independiza del postulante, queda explanada en el proceso, sin que el proponente pueda esperar que esa prueba aportada por él le beneficie. Una vez alegada legalmente la prueba al juicio, es conocida y valorada para todas las proposiciones que consten en autos, y en consecuencia la prueba producida pertenece a éste.

- Principio de necesidad del medio probatorio, todos los argumentos, hechos y razones que sean producto de la imputación han de ser acreditados. Esta regla está fundada en la máxima de que todo Juez no puede obtener su conocimiento y convicción sin los medios que hubieren sido inducidos legalmente en el proceso.

El artículo 14 del COPP que habla sobre el juicio oral donde expresa que solo se apreciarán las pruebas incorporadas en la audiencia; conforme a las disposiciones del Código: “El juicio será oral y sólo se apreciarán las pruebas incorporadas en la audiencia, conforme a las disposiciones de este Código”. Este es uno de los principios dominantes en el campo probatorio, no puede haber proceso sin pruebas y sentencia sin prueba, cualquiera que sea su clase.

- Principio de la función pública de la prueba, la prueba tiene un objetivo que va más allá del propio juez, ya que ella trasciende a la conciencia social y responde a las exigencias de la misma, si se asume esta idea habría que suponer que el proceso como función pública satisface las necesidades de la población para quien ejerce la actividad de justicia, esta actividad es casi forzada si se toma en cuenta el valor según el cual analizada y valorada la prueba por el juez y allegada la convicción ésta deberá ser equivalente si quien juzga es un ciudadano común desinteresado y razonable.

- Principio de control y contradicción (artículos 18 y 19), en el proceso penal las partes tienen que probar sus afirmaciones con el propósito de contribuir a formar el criterio definitivo del juzgador, no obstante esta tarea se encuentra limitada por una serie de factores que juegan a favor de garantías y principios que también se conjugan en la secuela probatoria. Para el fortalecimiento de estas premisas se toma adecuado el ejercicio del control; esto es dada una proposición probatoria, ésta debe ser efectivamente observada y controlada por todos los interesados para preservar el ejercicio legítimo de cada parte en la administración del juicio.

En virtud de este principio, dada una proporción probatoria, esta debe ser efectivamente observada y controlada por todos los interesados, para preservar el ejercicio legítimo de cada parte en la administración de justicia. La práctica del control brinda el campo a la contradicción cuando sea oportuno y pertinente adversa a la prueba que ha sido presentada, bien para que no se practique, o para evitar que la prueba no se valore y pueda producir efectos en la sentencia. En conclusión, la prueba en el mismo ambiente procesal se verá sometida a regulaciones interpartes y por los

juzgadores, a fin de lograr el contenido central del juicio, cual es la sana administración de justicia. Así como el proceso es totalmente contradictorio, también busca el legislador que la prueba sea completamente contradictoria, porque de esta polémica, de este debate, es cuando surge la verdad.

En virtud del artículo 18 del COPP, donde se postula el carácter contradictorio o principio de concentración, mediante el cual todos los actos de prueba deben acontecer en una misma audiencia, siendo que, de no ser posible cumplir con este cometido orientador, el juez queda facultado para suspender la audiencia y continuar en la próxima, debiendo fijarse en el menor número de audiencias posible, con el fin de evitar que no se extienda el juicio indeterminadamente. En los juicios orales se cumple perfectamente con este principio de inmediación y concentración, ya que permite al juez una mejor apreciación de la prueba.

Principio de inmediación y concentración de la prueba, por la naturaleza misma del proceso existe la obligación formal de estar atentos y pendientes a los acontecimientos de la causa, estos principios están contemplados en los artículos 16 y 17 del COPP, expresando el primero de los referidos artículos, “Los jueces o juezas que han de pronunciar la sentencia deben presenciar, ininterrumpidamente, el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtienen su convencimiento.”. Haciendo referencia al artículo 16 del Código ya mencionado, esta es otra de las formas de ejecutar los actos procesales dentro del proceso. La inmediación presume certeza en el juez sentenciador a la hora de decidir, es decir que decidirá con pleno conocimiento de causa.

Por su parte, el artículo 17 consagra el principio de concentración mediante el cual “iniciado el debate, éste debe concluir en el mismo día. Si ello no fuere posible, continuará durante el menor número de días consecutivos”. Este artículo señala la

concentración, la que no es más que la forma de realizar los actos procesales ininterrumpidamente una vez iniciado. Estos conllevan a la celeridad procesal y a la eficaz y cierta aplicación de la justicia penal; el juez tiene pleno conocimiento de causa, permitiéndole de esta manera decidir conforme con la equidad, lo justo y la correcta aplicación del derecho.

- Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba o libertad de prueba, el Código asume este principio desde el mismo momento en que indica las formalidades a seguir para la obtención, adquisición y apreciación de la prueba. En este sentido el Capítulo I del Título VII que contiene el régimen probatorio, se refiere a los requisitos generales para que pueda aumentarse la actividad probatoria; es decir, se especifican las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que debe cumplirse la actividad de probar. Es fundamental en este punto darle estricto cumplimiento a las premisas contempladas en el COPP y en este sentido, los medios probatorios tienen que disponerse para satisfacer el objeto de la prueba, por lo que cualquier prueba que no cumpla este cometido, será una prueba inconducente. El artículo 182 se refiere a la pertinencia, cuando expresa que un medio de prueba será admisible si está referido directa o indirectamente al tema probandum.

Otro aspecto de gran relevancia en lo atinente a las pruebas, según el COPP, es el relativo a la actividad probatoria desempeñada en las indagaciones preliminares, actividad esta que tiene como parámetros fundamentales a los principios enunciados anteriormente, de tal manera que, tanto el Fiscal del Ministerio Público como el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas al realizar el trabajo de pesquisa y preparación de la acusación, tienen que ejecutar la labor indagadora tomando en cuenta las ideas expresadas que de forma clara y precisa arroja el COPP con respecto a la Fase Preparatoria indicada en el artículo 262 ya mencionado.

En cuanto a la actividad probatoria en el juicio, el COPP dispone que la audiencia preliminar, es decir la fase anterior a la del debate (artículo 309 y siguientes), sirve para perfilar todo el marco de la prueba que ha de usarse para el juicio oral. Sin embargo, no solo el espacio de la Audiencia Preliminar sirve para evaluar y fijar la prueba que va a ser utilizada en juicio. En efecto, el artículo 342 del COPP donde se señala que también se podrán promover nuevas pruebas después de la Audiencia Preliminar, esto es en el acaecimiento de nuevos hechos o alegatos que surgieren. También puede reiterarse la promoción de las pruebas que se hubieren declarado inadmisibles.

A esta actividad probatoria se le llama prueba complementaria; también denominada recepción de oficio o nuevas pruebas, de manera excepcional como lo dice el artículo 342 del COPP, el tribunal podrá de oficio ordenar nuevas pruebas, por eso se dice en la doctrina que ningún sistema es puro, pues siempre, hay como en el sistema inquisitivo, elementos del sistema acusatorio y viceversa. En el sistema acusatorio hay facultades del juez como en el sistema inquisitivo, para ordenar por sí mismo, o bien a solicitud de algunas de las partes la recepción de cualquier prueba si en el curso de la audiencia surge un nuevo hecho que requiera su esclarecimiento.

Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieren su esclarecimiento. El tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

Esta es una eventual tercera oportunidad de ofrecimiento o promoción de pruebas. De acuerdo con esto, se podrán ejecutar de oficio o a petición de parte la recepción de cualquier otra prueba, siempre y cuando ésta haya surgido de hechos o

circunstancias nuevas que requieran su esclarecimiento. Hay otro supuesto en el artículo 334 ejusdem que es cuando el fiscal amplía la acusación, modifica la calificación o agrega nuevos hechos, se suspende el debate para darle oportunidad a la defensa que estudie la nueva situación, lógicamente la defensa responde o riposta al cargo si hay un nuevo elemento no contemplado anteriormente, entonces podrá pedir tiempo para ello.

...En tal caso, en relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la ampliación, se recibirá nueva declaración al acusado o acusada, y se informará a todas las partes, que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar su defensa. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y las necesidades de la defensa...

Tiene la facultad el juez darle un tiempo determinado a la defensa para que estudie la nueva situación, prepare nuevas pruebas o prepare su intervención; por cuanto la situación cambió. El juez presidente en cualquiera de las competencias podrá ordenar como le señala el artículo precedente la recepción oral de ésta nueva prueba que aclare el hecho o la nueva circunstancia.

Según Marino (2007), al comentar el artículo 388 de la legislación argentina, equivalente al 342 del COPP; ordenar la recepción de pruebas nuevas, es una de las atribuciones más importantes por su excepcionalidad frente al principio acusatorio. Se trata de una iniciativa probatoria de oficio, sin perjuicio de que se actúe a indicación de una de las partes. La calificación de nuevos de los medios o elementos probatorios tiene aquí un alcance amplio. Puede ser: a) absoluta, vale decir comprensiva de elementos extraños por completo al proceso en curso o totalmente desconocidos para el tribunal hasta el momento del debate, o b) relativa, por tratarse

de prueba ya producida o introducida en el proceso con anterioridad al debate pero que por cualquier circunstancia.

Si existe contradicción en el análisis de la eficacia de los diversos medios de prueba practicados en el juicio oral o si el tribunal toma en cuenta pruebas no practicadas en el debate oral sino en la fase preparatoria, entonces la sentencia es apelable por contradicción en la motivación. El artículo 444 en su ordinal 2° del COPP contempla: "...Falta, contradicción o ilogicidad manifiesta en la motivación de la sentencia...".

En la denuncia que se haga dentro del recurso, sobre la infracción de cualquiera de las normas previstas en el numeral 2, se debe observar cuando se refiere a falta refiere a la inmotivación de la sentencia. Es por contradicción; cuando esos hechos que se han establecido no constituyen prueba alguna relevante para lo que se investiga, quiere decir esto, cuando el hecho dado por probado no da por demostrado la comisión del delito ni las circunstancias que lo rodean. Cuando se basa en manifiesta ilogicidad de la motivación; es porque no existe una relación lógica entre los hechos dados por establecidos por el juez en la sentencia y las pruebas cursantes en el expediente, ya sea porque éstas no existen o porque no son legales para el esclarecimiento de la comisión del delito.

Esto implica para el recurrente la obligación de señalarle a la Sala cuáles son los hechos establecidos sin pruebas, o cuál es el hecho que no constituye prueba alguna de delito. No puede el defensor a través de este motivo impugnar el establecimiento de los hechos sin explicar por qué no constituye prueba; el recurrente debe exponer en su escrito, por separado las razones que sustentaban su denuncia, debe separar el contenido de las denuncias para señalar si la disposición fue infringida por falta, contradicción o manifiesta ilogicidad de la motivación.

Si no se fundamenta cada vicio separadamente, o se sintetizan los motivos, las razones de una fundamentación por separado para cada uno de ellos subsiste, porque no le es permitido a la Sala que se recurra, suplir la defensa de alguna de las partes en menoscabo de los derechos de la otra y por ende el recurso será desestimado por manifiestamente infundado.

La actividad probatoria en los recursos depende, en gran medida, de si el sistema de recursos permite examinar los hechos y la prueba. Cuando el sistema de recursos de un ordenamiento procesal permite el reexamen de los hechos y de la valoración de la prueba en la segunda instancia, la actividad probatoria en esa segunda instancia consiste en una revalidación de la prueba.

En el sistema acusatorio esto sólo es posible si se admite la revisión del juicio a partir de un acta exhaustiva del juicio oral, taquigráfica o literal, o de la grabación o filmación que se haya hecho del juicio. En el sistema escrito el reexamen de la prueba es posible a partir de una simple relectura de las actas.

Si el sistema de recursos es más amplio aún y permite reproducir el juicio oral en la segunda instancia, entonces la actividad probatoria allí será de promoción, de admisión, de ordenación, de práctica y de valoración de la prueba en esa segunda instancia. La actividad probatoria en la apelación y en la casación, reguladas en el COPP, respecto a la prueba conocida en la instancia, se limita al examen de si los medios probatorios oportunamente propuestos y no admitidos, debieron serlo o no, o si se usaron medios ilícitos o no, o si el tribunal valoró toda la prueba practicada en juicio o si omitió valorar alguna.

En la ejecución de la sentencia la actividad probatoria será de promoción, admisión, ordenación, evacuación y valoración, conforme a los mismos principios

que rigen para todo el proceso; así lo contempla el artículo 475 en concordancia con el 471 del Código referido.

Artículo 475. Los incidentes relativos a la ejecución o a la extinción de la pena, a las fórmulas alternativas de cumplimiento de la misma, y todos aquellos en los cuales, por su importancia, el tribunal lo estime necesario, serán resueltos en audiencia oral y pública, para la cual se notificará a las partes y se citará a los testigos y expertos o expertas necesarios que deban informar durante el debate...

Las disposiciones de este artículo son concordantes con el artículo 472 y con el 477 de este mismo Código. De igual manera debe indicarse que para que esta causal específica no se indique el lapso de apelación; sin embargo, el lapso a aplicar en este punto es como está determinado en el Código.

Artículo 471. Al tribunal de ejecución le corresponde la ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas mediante sentencia firme. En consecuencia, conoce de:

1. Todo lo concerniente a la libertad del penado o penada, las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, redención de la pena por el trabajo y el estudio, conversión, conmutación y extinción de la pena....

Le corresponde al tribunal de ejecución de la Circunscripción Judicial del lugar donde se pronunció la sentencia, conocer todo lo relacionado con la libertad del penado, rebaja de penas, suspensión condicional de su ejecución, redención por el trabajo, su estudio y extinción, la determinación del lugar y condiciones donde se deba cumplir, así como la acumulación de penas en el caso de varias sentencias condenatorias dictadas en procesos distintos contra la misma persona; y al tribunal de ejecución del lugar donde se encuentra recluso el condenado le corresponde

solamente vigilar (previa información del juez de ejecución del lugar que condenó) la ejecución de la pena y las medidas de seguridad impuestas.

También debe mencionarse el artículo 336 del COPP sobre recepción de pruebas; en el cual se dispone la manera como ha de recibirse la prueba en juicio; este artículo establece, “después de la declaración del imputado el Juez presidente procederá a recibir la prueba en el orden indicado en los artículos siguientes, salvo que considere necesario alterarlo”. Luego de escuchar al procesado o imputado, salvo consideraciones especiales para alterar el orden de presentación, habrá que escuchar la declaración de los expertos y someterlos a interrogatorios o examen de las partes; se les podrá permitir consultar notas y dictámenes que hubieren preparado con ocasión de la labor que ejecutaron.

Se recibirá la declaración de los testigos, atendiendo a los presentados por el Fiscal, luego por el querellante, si lo hubiere, y por último, del acusado; del mismo modo habrá oportunidad para el examen respectivo. Los documentos serán leídos y exhibidos en el debate. Podrá el tribunal limitar la lectura sólo a aquellas partes que considere esenciales para el objeto de la prueba. Así mismo, los distintos elementos, objetos, entre otros, serán exhibidos, al igual que las grabaciones y otros instrumentos que puedan facilitar la convicción.

En el curso del debate se pueden ordenar de oficio o a instancia de parte, la práctica de pruebas si surgieran nuevos hechos o circunstancias que requieran ser aclaradas. Un asunto a tomar en cuenta en esta fase del debate es que se pueden reproducir aquellas pruebas que, por razón de necesidad y de urgencia fueron evacuadas antes del Juicio Oral. Esta labor de carácter extraordinario se suele llamar prueba anticipada, es decir, espacial y temporalmente se evacua la prueba antes del debate con las mismas garantías estipuladas para la fase de juicio.

En cuanto a los indicios, si bien es cierto que este medio de prueba no aparece regulado expresamente en el COPP, esto no quiere decir que no tenga o que no pueda tener presencia en el proceso penal, inclusive, el artículo 182 del instrumento legal en cuestión describe:

Salvo previsión expresa en contrario de la ley, se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba, incorporado conforme a las disposiciones de este Código y que no esté expresamente prohibido por la ley.

Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas...

Quiere decir que implícitamente se están aceptando los indicios como instrumentos de prueba. Como es sabido, en el marco de la prueba indirecta, el fenómeno de los indicios juega un papel preponderante, consolidándose esta categoría probatoria a una serie de hechos y circunstancias conocidas de carácter diverso, y todas ellas pretenden deducir un aspecto que no esté determinado. Por último, y con relación al método de valoración de la prueba, puede deducirse válidamente que el acogido por el COPP, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 22 y 182, de la sana crítica y libertad de la prueba, lo cual implica que el razonamiento lógico, el conocimiento científico y las máximas de experiencia juegan un papel fundamental a la hora de valorar las pruebas en el proceso penal venezolano.

Las máximas de experiencia son juicios hipotéticos, derivados del conocimiento de las leyes naturales; de la experiencia como dice el propio término, del conocimiento del hombre común y que forman parte de lo que se denomina el sexto sentido, aunque ese sentido es el menos común; esto es consideración de la autora. Estas máximas de experiencia tienen dos características como son su permanencia en el tiempo y su contingencia. La permanencia en el tiempo cambia con el desarrollo de

la ciencia y de la tecnología; en la contingencia estos juicios parecen contradictorios unos con otros.

- Principio de la pertinencia, utilidad y conducencia de la prueba, este es un principio orientador para conducir la actividad probatoria, y en tal sentido los medios probatorios deben disponerse para satisfacer el objeto de prueba, de manera que cualquier prueba que no cumpla con dicho cometido será una prueba inconducente. Al respecto el artículo 182 del COPP sobre libertad de prueba; dispone esta norma que un medio de prueba para ser admisible debe referirse directa o indirectamente al *thema probandum* debiendo agregarse además que debe tratarse también del objeto del juicio.

El término prueba es un vocablo multívoco o plurívoco por contener varios significados; un primer significado de la prueba es como medio de obtener la prueba de un hecho, de un alegato en ese sentido; un segundo elemento tiene que ver con el tipo de prueba, es decir con el calificativo de la prueba; que es útil, pertinente, legal, lícita, conducente, idónea, entre otros (clasificación de las pruebas); y por último está el significado que contiene el término prueba, el cual es igual al que se refiere al resultado, en ese sentido se habla de lo que se obtuvo con la prueba, con la realización del medio probatorio.

De acuerdo a estos criterios, observa la investigadora que la prueba es la razón o argumento tendiente a demostrar la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos en el proceso, en tanto que los medios de prueba, son los instrumentos o vehículo permitidos en la ley, de carácter lícito, pertinente, relevante e idóneo, que utilizan las partes o el juez para traer al proceso esas razones o argumentos.

No es facultad exclusiva del acusador la provisión y el control sobre las pruebas. Las pruebas deben ser ciertas, oportunas en modo tiempo y lugar, coherentes e

incorporadas al juicio. Todo acto dictado en ejercicio del poder público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la leyes nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

La prueba de orientación, referidas al consumo de drogas por ejemplo; donde se toma una muestra que al reaccionar detecta la presencia de droga, debe hacerse en presencia del fiscal quien debe dar fe escrita de ello en el acta, para posteriormente presentarla ante el Juez de Control y ese documento tiene fuerza de autentico. Igual debe ocurrir cuando un perro especializado detecta droga.

Las pruebas anunciadas u ofrecidas en el escrito de acusación deben ser presentadas ante el Juez de Control en la Audiencia Preliminar, de lo contrario ninguna decisión que acuerde una medida cautelar o el pase a juicio será legal ya que fue tomada sin apreciar las pruebas; es lo que interpreta el Código referido como apreciación de las pruebas artículo 22). Un medio probatorio es útil cuando conduce al esclarecimiento de la verdad; es pertinente cuando se refiere directa e indirectamente a los hechos de la investigación y es conducente cuando conduce al esclarecimiento de la verdad.

Sistemas de valoración de la prueba.

Es indudable que todos los problemas relativos a la prueba son muy importantes en la administración de justicia en general y particularmente en el ámbito penal, en donde está en juego uno de los más preciados derechos del hombre: su libertad. Por esta razón, el juez debe tener muy claro cuál es el objeto de la prueba, a quién corresponde probar (carga de la prueba), el procedimiento previsto en la ley para obtenerla, pero, sobre todo, el método previsto para su valoración.

Poco o nada se beneficia la administración de justicia con un moderno y bien concebido procedimiento probatorio relativo al objeto, carga y obtención de la prueba, si el sistema de valoración es deficiente o si aún siendo moderno, su aplicación por el magistrado es arbitraria, bien sea por desconocimiento de la técnica prevista por la ley o por corrupción. El primer problema no es tan grave; basta con mejorar la preparación académica de los jueces. La solución del segundo sí que es una tarea monumental.

La valoración es una operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos. En este concepto se encierra no sólo el mecanismo para llegar a establecer qué valor tiene la prueba producida incorporada al juicio, si no la esencia misma de la elevada y casi sagrada labor del juez. No hay otra tarea más delicada e importante en la administración de la justicia que destinar toda la fuerza intelectual a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos. En ese momento es donde el juez no sólo pone al servicio de la justicia su intelecto su sabiduría y experiencia sino, y sobre todo, su honestidad.

En virtud de que la convicción de culpabilidad necesaria para condenar, únicamente puede derivarse de la prueba incorporada al proceso, la actividad intelectual para hacer esa derivación, sin duda, adquiere capital importancia. Ya no se trata de saber qué es en sí misma la prueba, ni sobre qué, debe recaer, ni por quién o cómo debe ser producida. Se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir.

Cualquiera que sea el procedimiento que utilice el juez para la valoración de la prueba, su intelecto necesariamente debe pasar por diversos estados de conocimiento en relación con la verdad sobre los hechos sometidos a su decisión. Tales estados son

la verdad, la certeza, la duda, la probabilidad y la improbabilidad, los cuales pueden interpretarse de la siguiente forma:

- Verdad; la verdad que se pretende en el proceso penal es la históricamente ocurrida, denominada verdad material o, mejor, verdad real. Y verdad es la adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que ese objeto es en realidad.

- Certeza; sin embargo, a pesar de la pretensión procesal de alcanzar esa verdad ello no es posible en virtud de que lo que se hace en el proceso penal es reconstruir la verdad real a través de los medios de prueba, es decir, esa verdad en realidad es una verdad histórica que sólo puede ser percibida por el juez subjetivamente como creencia de haberla alcanzado. Cuando esta percepción es firme, se dice que hay certeza, la cual se puede definir como la firme convicción de estar en posesión de la verdad.

La certeza procesal, desde luego, puede ser positiva, en cuyo caso el estado intelectual del magistrado es el de firme convicción de que el hecho delictuoso se perpetró y de que el acusado es el autor del mismo; pero también esa certeza puede ser negativa en uno en ambos extremos. Así el juez puede adquirir certeza positiva sobre la existencia del delito, pero negativa de la participación del imputado o certeza negativa en ambos extremos, aunque en este caso basta la primera certeza para que ni siquiera haga falta investigar la segunda. En efecto, si hay certeza negativa sobre la existencia del delito (o sea que éste no se cometió), vano sería buscar culpables.

- Duda; podría afirmarse que la duda es un punto intermedio entre la certeza positiva y la negativa, una especie de equilibrio entre elementos que inducen a negarla o afirmarla, siendo todos ellos igualmente atendibles. O más que equilibrio, quizás sea una oscilación, porque el intelecto es llevado hacia el sí y luego hacia el no, sin poder quedarse en ninguno de estos extremos, sin que alguno de los dos polos, ni el positivo ni el negativo, lo atraiga suficientemente, como para hacerlo salir de esta indecisión pendular.

En consecuencia, el análisis de los elementos positivos de la imputación y de los negativos, es un proceso intelectual arduo y de mucho cuidado por las consecuencias que tiene. Cuando los elementos son decididamente positivos o negativos, en realidad el problema es simple; la dificultad aparece cuando se presentan ambos en cantidad y calidad semejantes. Allí la agudeza jurídica del juez se pone a prueba y es en donde funcionan o deben funcionar al máximo sus conocimientos y experiencia y, por qué no mencionarlo, su verdadero deseo de encontrar la certeza. Sin éste, es decir, sin un afán firme en tal sentido, todo problema probatorio resultará superfluo.

- Probabilidad e improbabilidad; entre la certeza positiva y negativa, aparte de la duda también pueden surgir dos estados intelectuales igualmente importantes y con trascendencia procesal. Ellos son la probabilidad y la improbabilidad. Habrá probabilidad, en cambio, cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezca, pero los elementos positivos sean superiores en fuerza a los negativos. Cuando los elementos negativos sean superiores a los positivos, se dice que hay improbabilidad (o probabilidad negativa).

Estos estados intelectuales, sin bien son también importantes procesalmente, no lo son tanto como el de duda. Más bien son parecidos al de certeza en cuanto al grado de dificultad. En efecto, si es claro que los elementos negativos son superiores a los positivos, la decisión no es difícil; lo mismo a la inversa. El problema surge cuando la valoración de la prueba provoca la oscilación en uno u otro sentido. Por demás está indicar que la probabilidad, si bien permite llevar la causa hasta juicio inclusive, no es suficiente para condenar. La improbabilidad, por el contrario, no sólo impide llevar la causa a juicio sino que, dependiendo de su grado, puede resultar insuficiente aún para requerir la instrucción de la causa.

En consecuencia, la valoración de la prueba es tan importante que comienza desde que el juez instructor recibe la noticia *criminis*; es más, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas utiliza alguna valoración de los

medios probatorios al realizar las pesquisas iniciales. Sin embargo, la valoración decisiva ocurre, desde luego, en la sentencia definitiva, aunque en una administración de justicia ajustada a los mandatos constitucionales y legales, y sobre todo respetuosa de los derechos humanos, la estricta valoración de la prueba debe gobernar todo el proceso, pues la ley no la limita sólo a la sentencia. Con esto seguramente se evitarían muchos de los males que padece la justicia penal: atascamiento de los tribunales, procesos interminables y, sobre todo, la preocupante cantidad de presos sin condena.

En la época moderna existen tres sistemas de valoración de la prueba y se conocen como el sistema de la prueba legal; el de la libre convicción o sana crítica y el de la íntima convicción. Por pruebas legales según Devis (2005), se entiende:

Las que de acuerdo con la ley son admisibles en juicio penal, civil o de otra naturaleza; esto es, que existe prueba legal siempre que la ley señala los medios probatorios admisibles, sea en forma taxativa o permitiendo la inclusión de otros, a juicio del juez, en oposición a la prueba libre (p. 85).

En el sistema de la prueba legal, es la ley procesal la que fija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia aunque íntimamente no lo esté y, a la inversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido aunque íntimamente lo esté. Se suele señalar, como ejemplo del primer aspecto, la norma que establece que el testimonio conteste de dos personas de buena fama será plena prueba del hecho sobre el cual recaiga. Como ejemplo del segundo, se recuerda la que impedía tener por acreditado el hecho delictivo si no constaba la existencia del cuerpo del delito.

Este sistema, propio del proceso de tipo inquisitivo, rigió principalmente en épocas de escasa libertad política, constituyendo un fenómeno correspondiente a la

falta de libertad judicial, como un curioso intento de garantía para el imputado, en el momento de la sentencia definitiva, frente a los extraordinarios poderes otorgados a los jueces por la ley en todo el procedimiento previo. Indudablemente, este sistema, ante el propósito de descubrir la verdad real, no se evidencia como el más apropiado para ello, pues bien puede suceder que la realidad de lo acontecido pueda ser probada de modo diferente del previsto por la ley. Por eso se halla, hoy en día, abandonado, aunque sus reglas no deben ser descuidadas a la hora de la libre valoración el juez, porque sintetizan, en muchos casos, criterios indiscutibles de sentido común.

El sistema de la íntima convicción, no está regido por la ley por no establecer reglas para la apreciación. A decir de Cafferata (2008), “el juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquellas según su leal saber y entender” (p. 45); continúa agregando, que el juez no está obligado a fundamentar sus decisiones, lo que no significa, sustituir prueba por el arbitrio ni decisiones irracionales, todo es, un acto de confianza al buen sentido de la racionalidad que es connatural del hombre.

Señala también, que por ser un sistema propio de los juicios con jurados populares, su ventaja está contenida a que no ata al juez a formalidades preestablecidas, y en modo negativo, se expresa que tiene por defecto éste sistema el de que no exige la motivación del fallo, lo que genera peligro de arbitrariedad y de injusticia. Dentro del sistema de la libre convicción también llamado sistema de la sana crítica por cuanto el juzgador no tiene reglas que limiten sus posibilidades de convencimiento, y según cita de pie de página de Cafferata (2008), en este sistema:

La libertad es a los fines de valorar las pruebas. Para su Introducción, en cambio, es preciso observar las disposiciones legales respectivas. Dicho de otro modo, sólo se podrá valorar como libertad la prueba que fue recibida con resguardo de las normas que la reglamentan. (p. 47).

En este sentido, anteriormente el colombiano Devis (2006), expresa que:

La tarifa legal o la libre convicción se refiere al valor de convicción de los diversos medios de prueba; cosa muy diferente es la ritualidad que la ley procesal exija para que esos medios Ingresen al proceso y puedan ser tenidos en cuenta por el juez o el jurado, esto es, la regulación de los actos procesales necesarios para configurar la prueba (p. 100).

Estas posiciones encontradas en un mismo criterio y con la que se está de acuerdo, por existir principios fundamentales de la lógica que no puede ser desoídos por el juez, y siguiendo las enseñanzas del maestro Couture (2007), se concretan en las reglas sobre la sana crítica, cuando señala que:

De la misma manera que el legislador Impone al juez determinadas formas para la sentencia encarada como documento, le Impone esta nueva forma para la sentencia como proceso lógico.

La razón de una y otra exigencia es la misma... Las reglas de la sana crítica son garantía Idónea de reflexión. Podríamos decir al respecto, utilizando el lenguaje de los filósofos... (p. 25).

De manera tal que, toda sentencia al llegar a una conclusión debe estar precedida por un razonamiento lógico-deductivo, donde el papel primordial lo constituye el principio del derecho a la defensa, como una garantía constitucional que según el maestro Cabrera (2010), es entendido en sentido amplio como “la oportunidad que deben tener las partes para cuestionar las peticiones de sus contrapartes, es de orden público, por tratarse de una emanación directa de un derecho constitucional” (p. 19).

Cabe distinguir en este estudio la diferenciación entre cada uno de los sistemas para la apreciación de las pruebas, y según Couture (2007), la diferencia consiste en:

- Sistema de la prueba legal: el legislador dice al juez: tú juzgas como yo te lo digo.

- Sistema de la sana crítica: el legislador dice al juez: tú juzgas como tu inteligencia te lo indique, utilizando un sistema racional de deducciones.

- Sistema de la libre convicción: el legislador dice al juez: tú juzgas como tu conciencia te lo indique. Bajo el sistema esquematizado, Venezuela se ha caracterizado por haber establecido en su ordenamiento Jurídico dos sistemas.

En el Código de Enjuiciamiento Criminal (1962) (Derogado) estableció el sistema de la prueba legal. En el sistema actual mantiene el sistema de la prueba libre. En el primero describía la manera de los medios o Instrumentos de prueba que debían aportarse al proceso. Con el cambio radical surgido en Venezuela dentro del campo penal, el COPP, implanta el sistema de la prueba libre que ya existía en el campo civil, donde el papel importante para su valoración viene dado por la apreciación bajo reglas de la aplicación de la sana lógica; la experiencia común; la notoriedad de fenómenos que se susciten en el medio y los conocimientos científicos orientadores para llegar a una conclusión.

Este sistema, también presenta otras características, como es el caso de la recepción, de las pruebas y de gran significación dentro del sistema de la prueba libre, pues su eficacia tiene que estar precedida de la pulcritud en su recolección, es decir, según Borrego (2006), este sistema está contenido por reglas:

Que su realidad estará sustentada en procedimientos de captación lo suficientemente transparentes que permitan una definida auscultación y posterior valoración; pues es sano recordar como asienta Sentis-Melendo, que lo más cercano a la verdad procesal es la convicción, la certeza que se obtiene a través de la prueba... (p. 75).

Ahora bien, este sistema de la libre apreciación de la prueba adoptado por el sistema penal venezolano, no debe considerarse entendido como que queda al libre albedrío del juez, a su conocimiento y ciencia privada, pues toda valoración está sometida a un resultado de pruebas que deben ser verificadas en un juicio oral y público, y su razonamiento para llegar a la conclusión está sometido al cumplimiento de todas los principios y garantías constitucionales en materia probatoria. Dentro de los principios probatorios, todos tiene relevancia Jurídica, pero el de mayor exigencia es el Principio de la Legalidad, contenido en el COPP en su artículo 181; y donde las partes deben actuar de buena fe según lo contemplado en el artículo 105 del mismo texto legal.

A esta norma le precede y es aplicable el dispositivo contenido en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil (1990), mediante el cual se contempla en principio de prioridad, lealtad y veracidad del proceso, ya que la etapa probatoria no va dirigida solamente a las partes, el órgano jurisdiccional y al juez; lo que se trata es de evitar cualquier abuso, como lo preceptúa el artículo 105 de la normativa penal, dentro de una libertad de prueba como la contenida en el artículo 182 del COPP, pero guardando el principio de la buena fe, y aún cuando no existe remisión expresa del texto legal le es aplicable la citada norma de procedimiento civil.

Artículo 105. Las partes deben litigar con buena fe, evitando los planteamientos dilatorios, meramente formales y cualquier abuso de las facultades que este Código les concede. Se evitará, en forma especial, solicitar la privación preventiva de libertad del imputado o imputada cuando ella no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del proceso.

Cuando se habla de buena fe, se está haciendo especial referencia a las partes, las que deben actuar sin ir en contra del imputado, ajustarse solamente al hecho referido,

dejar el apasionamiento, la familiaridad o la preferencia personal. Se debe actuar como profesional.

Artículo 182. Libertad de Prueba. Salvo previsión expresa en contrario de la ley, se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba, incorporado conforme a las disposiciones de este Código y que no esté expresamente prohibido por la ley.

Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas.

Las pruebas anunciadas u ofrecidas en el escrito de acusación deben ser presentadas ante el Juez de Control en la Audiencia Preliminar, de lo contrario ninguna decisión que acuerde una medida cautelar o el pase a juicio será legal ya que fue tomada sin apreciar las pruebas. A diferencia de lo que existía en el sistema Inquisitivo hoy derogado, el nuevo sistema en su articulado contempla también el principio de defensa e igualdad entre las partes, mediante el cual la defensa es un derecho inviolable en todo grado y estado del proceso, correspondiéndole a los jueces garantizarlo sin preferencias ni desigualdades de ningún tipo y como ahora, las pruebas se realizan en presencia del juez, por el principio de Inmediación procesal queda también aquí contenida esta garantía, dentro del principio de la libertad de la prueba contenida en el artículo 182 de la norma procesal penal.

Estas ideas generales desde el punto de vista de los principios y garantías constitucionales, conduce a enmarcar el propósito del trabajo, mediante el cual resulta ser que el objetivo principal del derecho probatorio, es rodear las condiciones y requisitos a la actividad probatoria y darle la legitimidad a las pruebas aportadas y

admitidas dentro del proceso, que a decir de Borrego (2006), “la prueba no puede ser producto de actos contrarios al estado de derecho, democrático y respetuoso de los derechos humanos” (p. 82).

En este sentido, al haberse adoptado el principio, de presunción de inocencia dentro del cambio tan importante del sistema penal venezolano, Impulsado se ha dicho antes, en una globalización de los derechos en el mundo, y especialmente en la protección de los derechos humanos, desarrollando un sistema acorde con los compromisos contraídos a través de los tratados y pactos como el de San José, ha hecho eco también la nueva Constitución de estas condiciones que la anteceden, así como es el debido proceso, donde todos los derechos a la protección humana tienen especial preponderancia, muy especialmente los acuerdos suscritos mediante los cuales se prohíbe la tortura, los maltratos y crueldades.

De allí que el texto penal en su artículo 181 del COPP, exprese que las pruebas no podrán ser obtenidas mediante torturas, maltratos, coacción, amenaza, engaño, Indebida Intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y archivos privados, ni las obtenidas por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas; tampoco será apreciada la prueba de informe que provenga directa o Indirectamente de un medio o procedimiento ilícito. En el orden social, Cabrera (2010), al referirse a las normas que garantizan el control de la prueba señala que:

La base de la sociedad, se ve ría perjudicada si se impidiera a las partes cuestionar los alegatos de sus contrarios o probar los suyos propios, pero no se vería conmovida en sus cimientos si la parte que tuvo la oportunidad legal de contradecir y ofrecer pruebas (lo haya hecho o no efectivamente)... (p. 26).

Ahora bien, según Florian (2004), medio de prueba lo constituye “el procedimiento establecido en la ley tendiente a lograr el Ingreso de los elementos de prueba en el proceso” (p. 29). Esta es un actividad desplegada para lograr una información aunque ha tenido; es la manera concordante de cómo se procura establecer un hecho y, según Cafferata (2008), “la legalidad del elemento de prueba será indispensable para la utilización en abono de un convencimiento Judicial válido” (p. 16). Del estudio realizado se puede admitir entonces que, hay ilegalidad de la prueba cuando se violan normas procesales o sustanciales, consagradas en el ordenamiento jurídico.

Hay ilegitimidad cuando se violen normas de carácter personal. Hay ilicitud de las pruebas cuando se violan normas de carácter sustantivo o material. Una prueba puede ser ilícita porque exista la presencia de violación de garantías constitucionales referente a los derechos humanos; una prueba puede ser ilícita por los medios de obtención, bien porque se haya obtenido mediante engaño, amenaza o Intromisión en vida privada.

Conclusiones

Entre las conclusiones obtenidas se pueden destacar las siguientes:

- En la investigación presentada se dan una serie de criterios doctrinales y legales que permiten conformar el contenido del marco teórico, el cual es extraído de autores de la legislación venezolana y extranjera, cosa que hace posible ser más amplio y objetivo en las ideas expuestas. En líneas generales, le corresponde al Estado la garantía de un proceso justo, donde se ventile la legalidad; no solamente en el desarrollo del proceso, sino también en la forma de tomar las pruebas que conduzcan a la veracidad de los hechos; cuando se ha trasgredido alguna norma y donde por naturaleza de este hecho entran dos sujetos procesales, víctima e imputado; ha accionar la función del Estado, donde se debe garantizar transparencia, equidad, serenidad y aplicación de una sentencia justa.

- La Legislación Penal Venezolana en los últimos años ha dado un cambio sorprendente, deja atrás el viejo sistema inquisitivo, dándole paso al nuevo sistema oral acusatorio. En el anterior sistema las garantías constitucionales y legales estaban muy comprometidas, hasta manipuladas por los que se decían administradores de justicia. El nuevo sistema oral acusatorio le da paso a una serie de garantías individuales y sociales que le permiten al individuo respirar dentro de un sistema democrático que le garantiza el debido proceso, el derecho a la defensa, la igualdad entre las partes y una justicia equilibrada o ajustada a los hechos que se imputan.

- En el actual sistema, la transformación en cuanto a los sistemas de prueba y de valoración, tan ignorados en el ya derogado sistema acusatorio, siendo éstos los entes que dan inicio a la creación de un puente que comunica entre la realidad y el hecho que se cuestiona, a través de la reconstrucción en el juicio. Siendo la prueba la razón o argumento tendente a demostrar en el proceso la verdad o falsedad de los hechos que se controvierten, su importancia radica en que el administrador de justicia,

conozca la verdad de los hechos gracias a ella, es decir que conozca la existencia o no de los hechos sometidos a su jurisdicción, gracias a la existencia en el proceso de esas razones o argumentos.

- La CRBV, conjuntamente con el COPP vienen a constituir dentro de este nuevo proceso; con influencia directa de los Convenios, Tratados y Acuerdos Internacionales, los dos instrumentos básicos utilizados en la Legislación Penal Venezolana, y en los que se encuentran plasmados los derechos y garantías constitucionales y procesales, cosa que permiten un equilibrio entre las partes; imputado, víctima y Estado en representación del Ministerio Público como garante de la acción penal, dirigida para salvaguardar los intereses de éste, y de los ciudadanos. Pero el Estado como accionante de la justicia, debe también garantizar y acogerse a los principios que limitan su función en la búsqueda de alguna información o en la presentación de las pruebas; las que deben ser valoradas por el Juez y admitirlas o no admitirlas de acuerdo a su procedencia; en la Fase Preparatoria.

- En Venezuela las leyes procesales han distinguido dos tipos de pruebas, que son el sistema de prueba legal y el sistema de la prueba libre. Actualmente el COPP no establece el sistema de prueba tarifada, como sí lo contemplaba el anterior sistema inquisitivo. Ello ha despertado el interés de la investigación, por cuanto los principios que regulan el régimen probatorio establecido en el COPP, se basan específicamente en el sistema acusatorio, siendo contrarios a los que establecía el Código de Enjuiciamiento Criminal (Derogado), ya derogado. La prueba dentro del proceso penal tiene como fin principal demostrar la verdad, y lograr que al individuo le sea respetado como tal y le sea concedido un debido proceso y los privilegios de la garantía procesal contemplada en el COPP y en la CRBV.

- El Estado, toma una doble función; primero, debe garantizarle a todos los ciudadanos del País el uso del aparato jurídico para alcanzar la justicia; y en segundo lugar, como garante de la acción penal en la figura del Ministerio Público, durante el

proceso penal que ha sido motivado; debe garantizar a las partes el respeto a las garantías y derechos constitucionales. Como conclusión general puede decirse que aunque el Estado sea la figura abstracta y máxima donde reposa todo el cúmulo de leyes y reglamentos, que a su vez éste tiene la facultad de accionar, debe además, garantizar el resguardo de las garantías cuando está al frente de alguna investigación, cuyo objeto fundamental es encontrar los elementos de prueba de acuerdo al hecho denunciado.

- Del análisis realizado se desprende que los principios fijados en la CRBV subordina la decisión Judicial a la forma como haya sido obtenida la prueba, siempre protegiendo los derechos fundamentales, bienes Jurídicos y valores esenciales.

- Es posible demostrar que la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento procesal penal venezolano, se permite utilizar los nuevos medios de prueba establecidos en la Ley Adjetiva Civil, como otro avance del sistema y de la tecnología moderna, dando paso a los nuevos medios de prueba, como un avance a la búsqueda de la verdad y la certeza de lo que se Investiga, en presencia de un sistema de pruebas libres y su apreciación según la libre convicción, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de expandida, limitada esa convicción a que los medios de prueba hayan sido obtenidos por medios ilícitos, y para, el caso de que no sean observadas las disposiciones contenidas para la prueba ilícita, aquella prueba ilícita debe ser declarada inadmisibile.

Referencias Bibliográficas

- Borrego, C. (2006). *Las Pruebas en el Nuevo Código Orgánico Procesal Penal. Nuevo COPP*. Trabajo Monográfico. Venezuela: McGraw-Hill.
- Cabrera, J. (2010). *Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre*. II Tomos. Venezuela: Editorial Jurídica Alva.
- Cafferata, N. (2008). *La Prueba en el Proceso Penal*. Tercera Edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Código Orgánico Procesal Penal. (2012). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 6.078. (Extraordinario), junio 15 de 2012.
- Código de Procedimiento Civil Venezolano. (1990). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 4.209. (Extraordinario), septiembre 18 de 1990.
- Código de Enjuiciamiento Criminal. (1962). *Gaceta Oficial* N° 748 Extraordinario. 3 de febrero de 1962. Caracas. Venezuela.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36860 (Extraordinario), diciembre 30 de 1999.
- Couture, E. (2007). *Garantías Constitucionales del Proceso Civil*. Argentina: Barcelona.
- Delgado, R. (2010) *Las Pruebas en el Proceso Penal Venezolano*. 4ta edición. Caracas: Vadell Hermanos editores.

- Devis, H. (2005). *Teoría General de la Prueba Judicial*. (T.1, 4ta ed.) Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- Devis, H. (2006). *Compendio de Derecho Procesal*. Colombia: Editorial Omega.
- Feo, R. (2009). *Estudios Sobre el Código de procedimiento Civil Venezolano*. Caracas: Editorial Biblioamericana.
- Fernández, F. (2008). *Acusar, Defender y Juzgar. Código Orgánico Procesal Penal*. Caracas: Mc. Graw-Hill Interamericana de Venezuela S.A.
- Florian, E. (2004). *De las Pruebas Penales*. (Traductor Jorge Guerrero). Bogotá: Editorial Temis.
- Ley Orgánica del Servicio de Policía de Investigación, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y el Instituto Nacional de Medicina y Ciencias Forenses. (2012). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* 6.079. 15 de junio de 2012. Caracas. Venezuela.
- Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. (2007). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* No. 5.859 (Extraordinaria). 10 de diciembre de 2007.
- Marín, A. (2003). *La Protección Procesal de las Garantías Constitucionales en Venezuela*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Marino, E. (2007). *Suspensión del Procedimiento a Prueba*. En: *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

- Mora, L. (2009). *Garantías Constitucionales en relación con el imputado. En: Sistema Acusatorio, Proceso Penal, Juicio Oral en América Latina y Alemania.* Caracas: Honrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, COPRE.
- Moreno, C. (2003). *El Proceso Penal Venezolano.* Venezuela: Editorial Vadell Hermanos Editores, C.A.
- Pérez, E. (2009). *La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio.* Venezuela: Vadell Hermanos Editores, C.A.
- Pierre, O. (2006) *La Prueba en el Proceso Venezolano.* Caracas: Editorial Marte. Tomo I.
- Rivera, R. (2008) *Actos de Investigación y Pruebas en el Proceso Penal.* Primera edición. Barquisimeto: Editorial Horizonte C.A.
- Rodríguez, G. (2009). *Derecho Probatorio.* Santafé de Bogotá: Ediciones Ciencia y Derecho. Editorial ABC.