



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

TRABAJO ESPECIAL DE GRADO

**VALOR PROBATORIO DE LOS HALLAZGOS CASUALES
OBTENIDOS MEDIANTE LA PRÁCTICA DE UN ALLANAMIENTO EN UN
HOGAR DOMÉSTICO EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO Y EL
DERECHO COMPARADO**

Presentado por
Curiel Suarez, Oscar José

Para optar al Título de
Especialista en Derecho Procesal

Asesor
Vargas Vargas, Gloria María

Caracas; Mayo del 2019

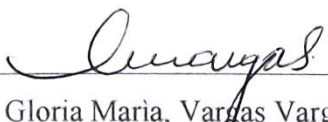


**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

APROBACION DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano **Abogado Oscar Curiel**, titular de la Cédula de Identidad Nro. **V-7.470.609**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título definitivo es: **Valor probatorio de los hallazgos casuales obtenidos mediante la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico en el Proceso Penal Venezolano y el Derecho Comparado**; y manifiesto que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los 28 días del mes de Mayo del 2019.



Gloria Maria, Vargas Vargas
CI. 4.637.021

DEDICATORIA

Al Todopoderoso, por darme el hálito vital y el discernimiento para culminar este humilde aporte en obsequio de las ciencias jurídicas venezolanas.

A mi difunto padre Dr. Oscar Curiel Thompson, señorero permanente de mis derroteros académicos.

A mi hijo Elías Manuel, por ser motivo de inspiración constante en cada paso que doy hacia la excelencia profesional y personal.

Al Dr. Rafael Ortiz Ortiz y a la Dra. Marilú Bello, maestros y amigos quienes henchidos de una calidad académica extraordinaria, reafirmaron el compromiso de trabajar en aras de la justicia y del bien común.

RECONOCIMIENTOS

A mi Asesor la Abog. Gloria María Vargas Vargas, por ser el guía académico de este logro.

A la Universidad Católica Andrés Bello, por permitirme optimizar mi preparación en la hermosa rama del derecho.

A mis profesores en general, por la dedicación y el esfuerzo perseverante en ser multiplicadores del conocimiento.

ÍNDICE

	p.p
APROBACIÓN DEL ASESOR	i
DEDICATORIA	ii
RECONOCIMIENTO	iii
ÍNDICE	iv-viii
RESUMEN	ix
INTRODUCCIÓN	1-5 6-11
CAPÍTULO I	
FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y JURÍDICOS QUE GARANTIZAN LA INVIOLABILIDAD DEL HOGAR DOMÉSTICO EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO	12
CAPÍTULO II	
REQUISITOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES PARA LA PRÁCTICA DE UN ALLANAMIENTO EN UN HOGAR DOMÉSTICO EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO	
Contenido de la Orden de Allanamiento	15-18
Cadena de Custodia	18-19
De las excepciones previstas para el cumplimiento de la Orden Judicial como requisito para un registro domiciliario.	20
Delito Flagrante.	20-25

CAPÍTULO III	26
LOS HALLAZGOS CASUALES, LA ACTIVIDAD PROBATORIA Y LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO Y EN EL DERECHO COMPARADO	
Hallazgos Casuales	26-27
Clasificación de los Hallazgos Casuales	27-29
La actividad Probatoria en el Proceso Penal Venezolano. Definición y Principios	29-30
Principios de la Actividad Probatoria:	30
1.- Principio del Debido Proceso	30
2.- Principio de Presunción de Inocencia	30
3.- Principio de Publicidad	30
4.- Principio de Oralidad	31
5.- Principio de Inmediación	31
6.- Principio de Concentración	31
7.- Principio de Control y Contradicción	31
8.- Principio de Derecho a la Prueba	31
9.- Principio de Unidad de la Prueba	31-32
10.- Principio de la Comunidad de la Prueba	32
11.- Principio de Interés Público	32-33
12.- Principio de Lealtad y Probidad	33
13.- Principio de Libertad de los Medios de Prueba	33

14.- Principio de Legalidad Probatoria	34
15.- Principio de legalidad probatoria	34
Régimen Probatorio	34
La Prueba	35
Características de la Prueba:	35
A) Objetividad	35-36
B) Legalidad	36
C) Relevancia	36
D) Pertinencia	37
Medios, Órganos y Objetos de Prueba	37
Medios de Prueba	37
Órgano de Prueba	37-38
Objeto de Prueba	38
La Prueba Lícita	38-39
La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Venezolano	39-40
Definición de Prueba Ilícita	40-44
La Admisibilidad e Inadmisibilidad de la prueba ilícita	44-48
Efectos de la Prueba Ilícita	48
Valor probatorio de la prueba ilícita	48-52
Valor probatorio de la Prueba Ilícita en el Derecho Comparado	52

La Regla de Exclusión	52-56
Excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita	56-57
Excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita procedentes de su eficacia indirecta, derivada o refleja (La doctrina de los frutos del árbol envenenado)	57-59
Doctrina de la Fuente Independiente	59-61
Teoría del inevitable descubrimiento	61-63
La Excepción de la Buena Fe en la Actuación Policial	63-66
La Doctrina de la conexión atenuada	66-68
Tratamiento de la prueba ilícita en el Derecho Comparado	68
Tradición Anglosajona	68-71
Tradición Romana	71-72
Tradición Germánica	73-74
La Nulidad de la prueba ilícita y la Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado	74-78
Medios de Impugnación de la Prueba Ilícita Penal	79-81
Recurso de apelación de autos.	81
Recurso de apelación de sentencia.	81
Recurso de Casación	81-82
Recurso de Amparo Constitucional	82

Recurso Extraordinario de Revisión Constitucional.	82-86
--	-------

CAPÍTULO IV

CRITERIOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES QUE GUARDAN RELACIÓN CON EL VALOR PROBATORIO DE LOS HALLAZGOS CASUALES OBTENIDOS MEDIANTE LA PRÁCTICA DE UN ALLANAMIENTO EN UN HOGAR DOMÉSTICO EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO Y EN EL DERECHO COMPARADO	87
Doctrina y Jurisprudencia Española	87-102
Doctrina Alemana	102-103
Doctrina Norteamericana de la Plain View	103-107
Doctrina y Jurisprudencia Venezolana	107-114
CONCLUSIONES	115-122
RECOMENDACIONES	123
REFERENCIAS	124-131



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**VALOR PROBATORIO DE LOS HALLAZGOS CASUALES
OBTENIDOS MEDIANTE LA PRÁCTICA DE UN ALLANAMIENTO EN UN
HOGAR DOMÉSTICO EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO Y EL
DERECHO COMPARADO**

Autor: Oscar Curiel
Asesora: Gloria María Vargas
Fecha: Mayo de 2019

RESUMEN

La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, garantizan la inviolabilidad del hogar doméstico, por lo que nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias en su domicilio, teniendo derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias, requiriéndose para su allanamiento orden judicial cumpliendo determinados requisitos, entre éstos indicar los objetos a buscar, pudiéndose encontrar por casualidad otros objetos de interés criminalístico que no guardan relación con el hecho investigado, son los llamados hallazgos casuales. El presente estudio tiene como objetivo general analizar el valor probatorio de estos hallazgos casuales obtenidos mediante la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico en el proceso penal venezolano y el derecho comparado. Es importante conocer y difundir los criterios doctrinarios y jurisprudenciales relacionados con el tema, por cuanto ni la Constitución ni el Código Orgánico Procesal Penal Venezolanos regulan estos hallazgos casuales. Como resultado de esta investigación se concluye que no existe criterio unificado ni doctrinario ni jurisprudencial. Según el estudio realizado, el valor probatorio de estos hallazgos depende de si existe o no orden judicial, si existe conexidad entre el delito investigado y el hallazgo encontrado por casualidad, si existe violación o no de derechos fundamentales, si se trata o no de un delito flagrante, entre otros. Como metodología se empleó la investigación jurídico documental, con diseño documental.

Palabras claves: Hogar Doméstico, Allanamiento, Registro Domiciliario, Hallazgo Casual, Flagrancia, Prueba Ilícita.

INTRODUCCIÓN

En el proceso penal venezolano, se han establecido una serie de principios y garantías que deben respetarse cabalmente, los cuales constituyen el debido proceso que debe existir en todas las actuaciones judiciales, tales como el principio de legalidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa, tutela judicial efectiva, conforme a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Código Orgánico Procesal Penal, Tratados y Convenios Internacionales suscritos por la República.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto de San José de Costa Rica (1969) y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), regulan y protegen la inviolabilidad del hogar doméstico.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), en su artículo 49 ordinal 1° establece expresamente: “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y en consecuencia: 1.- La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. 2° Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

Esta misma Constitución en su artículo 47 contempla:” El hogar doméstico y todo recinto privado de persona son inviolables. No podrán ser allanados, sino mediante orden judicial, excepto para impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano”.

El Código Orgánico Procesal Penal (2012), en sus artículos 196, 197 y 198 contempla las normas que deben cumplirse para la práctica de un registro domiciliario, entre éstas exige orden escrita y fundada del juez, la cual debe

cumplir otros requisitos como el señalamiento concreto del lugar o lugares a ser registrados el motivo preciso del allanamiento, con indicación exacta de los objetos o personas buscadas y las diligencias a realizar, la presencia de dos testigos y la asistencia del imputado. Por otro lado en sus artículos 174, 175, 179, 180, 181, 182 y 183 contemplan las normas de valoración de las pruebas en el proceso penal venezolano.

Se observa que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el Código Orgánico Procesal Penal no hacen referencia a los hallazgos casuales, es decir, a otros objetos de interés criminalístico que puedan encontrarse en el desarrollo de un registro domiciliario, mediante un allanamiento, que no se corresponden con el delito investigado para el cual se autoriza la medida, no especificados en la orden del juez y que pueden afectar al imputado, dejando el legislador en su normativa, una laguna legislativa que no ha sido resuelta.

Esta laguna legislativa origina un problema en cuanto al valor probatorio de los hallazgos casuales obtenidos durante la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico en el proceso penal venezolano, en la fase de la investigación como elemento de convicción para estimar que el imputado ha sido autor o participe del hecho que se le imputa, en la fase intermedia para la admisión como prueba por el juez de control y en la fase de juicio como elemento de prueba, para su valoración y demostrar que el acusado es responsable penalmente. En virtud de lo expuesto surge la siguiente interrogante ¿Cuál es el valor probatorio de los hallazgos casuales obtenidos durante la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico en el Proceso Penal Venezolano y el Derecho Comparado?

Para la ejecución del presente estudio se trazó como objetivo general “Analizar el valor probatorio de los hallazgos casuales obtenidos mediante la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico en el proceso penal venezolano y el derecho comparado” y como objetivos específicos (a) explicar los fundamentos teóricos y jurídicos que garantizan la inviolabilidad del hogar doméstico en el proceso penal venezolano, (b) describir los requisitos constitucionales y legales para la práctica de

un allanamiento en un hogar doméstico en el proceso penal venezolano, (c) definir y distinguir los hallazgos casuales obtenidos mediante la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico y su relación con la actividad probatoria en el proceso penal venezolano y el derecho comparado, (d) explicar los criterios doctrinales y jurisprudenciales que guardan relación con el valor probatorio de los hallazgos casuales obtenidos mediante la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico en el proceso penal venezolano y en el derecho comparado.

Mediante esta investigación se conocen los distintos criterios doctrinarios y jurisprudenciales relacionados con el valor probatorio de los hallazgos casuales obtenidos durante la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico en el proceso penal venezolano y el derecho comparado. En relación a estos casos que han sido resueltos jurisprudencialmente, no existe un criterio unificado, según la Jurisprudencia Española, el valor probatorio de los hallazgos casuales depende de las circunstancias bajo las cuales se realizó el allanamiento, si existe orden judicial y no se especifican los objetos encontrados de manera casual, unos opinan que tienen valor probatorio estos hallazgos, porque no puede quedar impune el delito con el cual guardan relación, otros sostienen que no tienen validez, porque hay violación de derechos fundamentales. Si no existe orden judicial, unos opinan que no tienen valor por cuanto hay violación de derechos fundamentales y otros opinan que si tienen valor si se subsumen en alguna de las excepciones previstas en la constitución.

Esta investigación constituye un aporte documental ante la escasez doctrinaria y jurisprudencial, porque en Venezuela no está regulado en ninguna ley el valor probatorio de estos hallazgos casuales, sin embargo durante la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico se pueden encontrar hallazgos que pueden o no guardar relación con el delito investigado, circunstancias que deben conocer los Fiscales del Ministerio Público y sus órganos auxiliares, los Abogados, Defensores Públicos y Jueces como operadores de justicia, quienes desde el punto de vista constitucional están obligados a decidir.

Es importante su estudio y plenamente justificada la investigación dentro de los diversos contextos, porque es un tema novedoso, por la escasez de antecedentes en Venezuela. Además es relevante por cuanto es un tema jurídico relacionado con la actividad probatoria, la prueba ilícita, su admisión, incorporación al proceso, valoración e impugnación.

En el contexto metodológico, esta investigación es un aporte como antecedente para futuras investigaciones que profundicen el tema en estudio, en virtud de existir escasos antecedentes en Venezuela, por lo que ésta es fuente de consulta para nuevos investigadores interesados en la problemática planteada, así como también a los Jueces, Abogados, Defensores Públicos y Privados y Fiscales del Ministerio Público.

En el contexto social, permite darle a la ciudadanía información valiosa sobre el valor probatorio de esos hallazgos encontrados de manera casual en la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico. En el contexto práctico, posibilita al autor la obtención y actualización de conocimientos en el campo jurídico en materia probatoria.

En el aspecto metodológico, se presenta una investigación Jurídico Documental, ya que el autor de ésta analiza los documentos jurídicos relacionados con el objeto de estudio; donde la interpretación, la crítica y la argumentación racional, juegan un papel preponderante porque permiten llevar a cabo inferencias y relaciones; consecuentemente, requiere que el autor de la investigación, interprete, evalúe y reporte la información en forma imparcial, honesta y clara. Al respecto Nava de Villalobos (2008) refiere que esta investigación toma “como guía los objetivos específicos”..., y agrega citando a Eco (1982) que esta investigación “representa el análisis del tópico a investigar y la relación entre los diferentes puntos y subpuntos”.

El diseño del estudio es Documental, éste consiste primordialmente en la presentación selectiva de lo que expertos ya han dicho o escrito sobre un tema determinado; además puede presentar la posible conexión de ideas entre varios autores y las ideas del investigador. Al respecto Alvarado (2005) sostiene que el diseño documental se sirve, como sus principales fuentes de información, de los

libros y los documentos. Éstos son los medios más utilizados para la transmisión de conocimiento.

Dentro del diseño de investigación se estableció la estrategia a seguir para dar respuesta al tema propuesto. Para el desarrollo del tema de estudio, es necesaria la elaboración de un plan de acción que contemple la revisión bibliográfica, el estudio, selección, recolección procesamiento, análisis e interpretación del material seleccionado.

Tomando en consideración la normativa de la Universidad Católica Andrés Bello, el estudio se clasificó por capítulos los cuales fueron: El Capítulo I, Fundamentos teóricos y jurídicos que garantizan la inviolabilidad del hogar doméstico en el proceso penal venezolano; Capítulo II, Requisitos constitucionales y legales para la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico en el Proceso Penal Venezolano; Capítulo III, Los hallazgos casuales, la actividad probatoria y la prueba ilícita en el proceso penal venezolano y en el Derecho Comparado; seguidamente el Capítulo IV, Criterios doctrinales y jurisprudenciales que guardan relación con el valor probatorio de hallazgos casuales obtenidos mediante la práctica de un allanamiento en el proceso penal venezolano y el Derecho Comparado.

Finalmente se presentan los capítulos concernientes a las conclusiones, recomendaciones y las referencias.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y JURÍDICOS QUE GARANTIZAN LA INVOLABILIDAD DEL HOGAR DOMÉSTICO EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en el artículo 12; la Convención Americana en el artículo 11, ordinales 3 y 4; la Convención de Europa para la Salvaguarda de los derechos del hombre y libertades fundamentales de Roma (1958), en el artículo 8 numerales 1 y 2; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, en el artículo 17, numerales 1 y 2; la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el Código Orgánico Procesal Penal (2012) garantizan la inviolabilidad del hogar doméstico en el Proceso Penal Venezolano.

Oropeza, citado por Vásquez (2001) sostiene que:

la expresión hogar doméstico, pudiera ser entendida en el sentido de casa de habitación, de residencia particular del ciudadano solo o con familia, no parece dudoso que el constituyente quiso incluir en la expresión mencionada, a más del hogar estrictamente considerado, las oficinas y locales destinados a las acciones lícitas mediante las cuales desarrolla libremente su personalidad (p.115)

Cabe destacar, que Beltrán, García, y Henríquez, (2007), refieren que:

La garantía de la inviolabilidad de la morada no es una norma que se justifique en sí misma, ella preserva importantes derechos fundamentales de la persona, como son: la intimidad, la dignidad personal, la libertad, protege en suma que la persona no sea perturbada en su vida mediante injerencias indebidas o irrazonadas, no solo por los particulares, sino también de parte de cualquier representante del Estado.

Este derecho de no-injerencia a la morada supone la premeditación legal de mecanismos que eviten la transgresión a esa garantía, tales

mecanismos en nuestro ordenamiento se devienen de la misma constitución, puesto que ésta prevé los supuestos únicos y legítimos por los que una persona o autoridad del Estado puede ingresar en la morada. Dichos supuestos son específicos y no pueden ampliarse por ninguna circunstancia, en detrimento de la garantía citada, porque ello alteraría su contenido esencial y la procedencia de los motivos por los cuales procede a ingresar a la morada, debe ser interpretada restrictivamente, es decir, no permitiendo interpretaciones extensivas que desmejoren la tutela que hace a la garantía citada de la causas que la constitución autoriza para ingresar a una morada, una de ellas es el consentimiento del morador, pero este mecanismo no debe conducir a erradas interpretaciones de que el consentimiento del morador suple ab initio la necesidad de que la autoridad policial en la investigación del delito, so pretexto de invocar la anuencia del consentimiento del morador no requiera la orden de un juez para habilitar el allanamiento y registro de morada (p.16-17).

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en el artículo 12; la Convención Americana (1977) en el artículo 11, ordinales 3 y 4, la Convención de Europa para la Salvaguarda de los derechos del hombre y libertades fundamentales de Roma (1958), en el artículo 8 numerales 1 y 2, estipulan que nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece en el artículo 17, numerales 1 y 2 lo referente a los actos que no se pueden realizar porque podrían constituir prueba ilícita, y éstos son de conformidad al mismo artículo: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

Ahora bien, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999), en el artículo 47, contempla que el hogar doméstico y todo recinto privado de personas son inviolables y que no podrán ser allanados sino mediante orden judicial, excepto para impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano, y en el artículo 49 establece que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, en consecuencia, serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación al debido proceso.

Además, fundamentándose en el principio de supremacía constitucional, establece que todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a ella. Así mismo, el artículo 25 de nuestra Carta Magna establece, que todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la constitución y las leyes es nulo.

En el orden de las ideas, Valconi (2011) señala que:

El hogar doméstico, es un fuero íntimo en donde se manifiesta la libertad, pues en la privacidad o la intimidad, se impide el exceso de control que se manifiesta en los lugares públicos, al respecto sostiene Borrego (2006), que el Tribunal Constitucional español ha expresado lo siguiente: “(...) el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que hay en él de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y facultades, en las que se comprenden las de velar toda clase de invasiones incluidas las que pueden realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos.

La única justificante que puede tener la lesión de las garantías es la lesión de bienes jurídicos penalmente tutelados y allí se legitima el levantamiento de la prohibición de violentar el hogar o cualquier recinto privado, bajo el mecanismo de la orden judicial previa.

La CRBV, no sólo protege la inviolabilidad del hogar doméstico, sino que también protege cualquier otro recinto privado distinto al refugio casero declarado. El artículo 47 amplía lo que establecía el artículo 62 de la Constitución de Venezuela de 1961, el cual otorgaba el carácter de inviolable únicamente al hogar doméstico, en la actual constitución se incluye a todo recinto privado de persona, bien sea oficina, el negocio o una casa de campo (p.70-71).

Debe precisarse que el Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 2012) estipula, en el artículo 1, que nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado sin dilaciones indebidas, ante un Juez o Jueza o tribunal imparcial, conforme a las disposiciones de este Código y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.

Asimismo, el artículo 196 de la norma adjetiva penal contempla que cuando el registro se deba practicar en una morada, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, se requerirá la orden escrita del Juez o Jueza, que el órgano de policía de investigaciones penales, en casos-de necesidad y urgencia, podrá solicitar directamente al Juez o Jueza de Control la respectiva orden, previa autorización, por cualquier medio, del Ministerio Público, que deberá constar en la solicitud y que la resolución por la cual el Juez o Jueza ordena la entrada y registro de un domicilio particular será siempre fundada.

Igualmente, el artículo 197 eiusdem prevé que en la orden debe constar: 1.- La autoridad judicial que decreta el allanamiento y la sucinta identificación del procedimiento que se ordena. 2.- El señalamiento concreto del lugar o lugares a

ser registrados. 3.- La autoridad que practicará el registro. 4.- El motivo preciso del allanamiento, con indicación exacta de los objetos o personas buscadas y las diligencias a realizar.

Por otro lado, en los artículos 174 y 175 eiusdem se establece que no podrán ser apreciados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos en contravención o con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución de la República, las leyes, tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República, salvo que el defecto haya sido subsanado o convalidado y que serán consideradas nulidades absolutas aquellas que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías fundamentales previstas en el mismo Código, la Constitución de la República, las leyes y los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.

De igual manera, el artículo 181 del mismo código prevé que los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito o incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código y que no podrá utilizarse información obtenida con indebida intromisión en la intimidad del domicilio, 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 ilícito.

Además, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1065, del 26 de Julio del 2000, dejó sentado, que la inviolabilidad del domicilio constituye un derecho básico que se reconoce y garantiza dentro de la esfera jurídica tanto nacional como internacional, no pudiendo efectuarse ninguna entrada y registro de un domicilio sin el consentimiento del titular o resolución judicial y en Sentencia N° 041 de la misma sala, de fecha 11 de Febrero de 2003, expresó que el artículo 210–hoy artículo 196–el Código Orgánico Procesal Penal, garantiza la inviolabilidad del domicilio al establecer que para el registro de una

morada, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas o en recinto habitado, se requerirá la orden escrita del juez.

Por su parte, se considera acertado mencionar la definición de registro domiciliario aportada por Molina (2010) quien indica que éste es el acto procesal de investigación restrictivo de un derecho fundamental (la inviolabilidad del domicilio) condicionado a los presupuestos previstos en el ordenamiento jurídico, que tiene por objeto la penetración en un lugar para la detención del sospechoso, la ejecución de un mandamiento de prisión o para prevenir la comisión de un hecho delictivo y, en su caso, la observación, búsqueda y recogida de efectos o instrumentos del delito u otros objetos que pueden servir para su descubrimiento o comprobación, cuando existan indicios determinantes para su adopción (p. 2).

Al respecto (Vásquez, 2015, p.168) establece que “conforme al texto constitucional (artículo 47) sólo por dos razones se puede levantar la garantía de la inviolabilidad del hogar doméstico: a) para impedir la perpetración de un delito; y b) para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales.

CAPÍTULO II

REQUISITOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES PARA LA PRÁCTICA DE UN ALLANAMIENTO EN UN HOGAR DOMÉSTICO EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

Uno de los derechos fundamentales que con frecuencia son afectados por el desarrollo de la investigación, es el de la intimidad. Cuando en los lugares donde se ejerce este derecho se busca elementos de prueba, es necesario que para el ingreso se cumpla los presupuestos y requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico. Por ello, es necesario tener claro la definición de allanamiento y los supuestos en que procede.

El allanamiento, es un acto procesal que se debe realizar conforme a lo establecido en la CRBV y el COPP, a los fines de evitar arbitrariedades cometidas por los funcionarios auxiliares de los órganos competentes y evitar violación de derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que es determinante para esclarecer ilícitos penales investigados.

Osorio (2007; p.69) define Allanamiento como: Acto de conformarse con una demanda o decisión. Acto procesal consistente en la sumisión o aceptación que hace el demandado conformándose con la pretensión formulada por el actor en su demanda.

Allanamiento de domicilio: en general y en su acepción forense, allanar quiere decir “facilitar, permitir; en ese sentido constituye una medida de orden procesal que adoptan los jueces tanto en materia penal como en materia civil, laboral, administrativa, etc., y que realizan bien sea personalmente, bien encomendándola a otros funcionarios mediante una orden de allanamiento. En otra acepción, aunque de sentido figurado, equivale a “entrar a la fuerza en casa ajena y recorrerla contra la voluntad de su dueño”, definición jurídicamente muy incorrecta, porque parece que no habría allanamiento si la casa no fuera recorrida. Este segundo sentido de la

expresión corresponde con más propiedad a la figura delictiva de violación de domicilio. Constituye asimismo delito el del funcionario público o agente de la autoridad que allane un domicilio sin las formalidades previstas por la ley o fuera de los casos que ella determina. La entrada en un domicilio ajeno sin permiso expreso o tácito de su legítimo ocupante, o sin orden judicial (salvo en los casos expresamente previstos por la ley), atenta además contra el derecho a la inviolabilidad del domicilio, constitucionalmente establecido.

Al respecto, Gutiérrez (citado por Larez, 2013) sostiene que en materia Procesal Penal un allanamiento va referido hacia aquel acto donde se puede ingresar a un domicilio o local privado con el objeto de realizar las pesquisas correspondientes a un hecho investigado; esto queriendo señalar que, en la morada allanada se pueda registrar en su totalidad, buscar un objeto o capturar una persona relacionada con un delito determinado. Sin embargo, en el Derecho Procesal Penal Venezolano, un allanamiento no puede ejecutarse sin una orden emitida por algún Tribunal de la República, debido a que los hogares domésticos y los recintos privados son predominantemente inviolables, cuyo estamento está indisolublemente esculpido en la CRBV, razón universal para la defensa de los derechos humanos y garantías políticas de los ciudadanos.

Y además, se establece de manera imperativa y no opcional que para ingresar o allanar un hogar con el objeto de impedir la perpetración de un delito se tiene que efectuar ésta mediante una orden judicial. Los motivos que determine un allanamiento sin orden deben constar detalladamente en acta, los requisitos deben estar contenidos ineludiblemente en toda orden que decrete el allanamiento de un lugar, la orden que no reúne estos requisitos es nula y se puede tomar como violación de domicilio.

Es necesario recalcar que la CRBV, establece en el artículo 47, que el hogar doméstico y todo recinto privado de personas son inviolables. No podrán ser allanados, sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales,

respetando siempre la dignidad del ser humano. Esta orden judicial para allanar y registrar moradas en un acto de persecución del delito, no es ni debe ser tratada como una eventualidad accidental, sino como un acto necesario, sin cuyo concurso el acto es ilegal, salvo otras condiciones.

En ese mismo sentido, el COPP también protege el derecho a la intimidad, cuando en el artículo 196 establece que: Cuando el registro se deba practicar en una morada, oficinas públicas, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, se requerirá la orden escrita del juez o jueza.

Respecto al registro de morada, todo lo expuesto es poco en consideración a la alta jerarquía que poseen los derechos en juego y a la necesidad, por otra parte, de lograr actos procesales válidos; e impedir a toda costa la manipulación que sobre esta institución procesal, se pretende en ocasiones, lo cual deriva en actuaciones ilegales, desprovistas de autoridad quien en la mayoría de los casos producen nulidades y pérdidas de los valores probatorios adquiridos en las diligencias (Ruíz, 2013; p.393)

El órgano de policía de investigaciones penales, en casos de necesidad y urgencia, podrá solicitar directamente al juez o jueza de control la respectiva orden, previa autorización, por cualquier medio, del Ministerio Público, que deberá constar en la solicitud.

La resolución por la cual el juez o jueza ordena la entrada y registro de un domicilio particular será siempre fundada. El registro se realizará en presencia de dos testigos hábiles, en lo posible vecinos del lugar, que no deberán tener vinculación con la policía.

Si el imputado o imputada se encuentra presente, y no está su defensor o defensora, se pedirá a otra persona que asista. Bajo esas formalidades se levantará un acta.

Se exceptúa de lo dispuesto los casos siguientes:

1. Para impedir la perpetración o continuidad de un delito.
2. Cuando se trate de personas a quienes se persigue para su aprehensión.

Los motivos que determinaron el allanamiento sin orden constarán detalladamente, en el acta.

Se observa, que el cabal cumplimiento de lo preceptuado en dicha norma garantiza la legitimidad de las pruebas que se adquieren en la práctica de un allanamiento.

En sentencia de Sala de Casación Penal N° 1065, de fecha de 26 de Julio de 2000: “Ha dicho esta sala que la inviolabilidad del domicilio constituye un derecho básico que se reconoce y garantiza dentro de la esfera jurídica tanto nacional como internacional, no pudiendo efectuarse ninguna entrada y registro en un domicilio sin el consentimiento del titular o resolución judicial” y en sent N° 041, exp. N° C02-0284 de fecha 11/2/2003: “El artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal garantiza la inviolabilidad del domicilio al establecer que para el registro de una morada, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas o en recinto habitado, se requerirá la orden escrita del juez. Conforme a lo dispuesto en el artículo 213 ejusdem, la restricción contemplada en el citado artículo 210 no regirá para las oficinas administrativas, establecimientos de reunión y recreo mientras estén abiertos al público, o cualquier otro lugar cerrado que no esté destinado a habitación particular y es que, como se sabe, el bien jurídico que tutela nuestra legislación es el derecho a la intimidad (artículo 60 de la Constitución 1961).

En sentencia Sala de Casación Penal N° 561 de fecha 14-12-06, con ponencia de la magistrada Blanca Rosa Mármol de León, ha expresado que un solo testigo presencie el allanamiento, constituye un vicio que acarrea la nulidad del mismo. La nulidad absoluta del acta y de la orden de allanamiento tienen como consecuencia la nulidad de las actuaciones siguientes que deriven del acto anulado, de igual manera considera la nulidad del allanamiento cuando durante su realización no se le permite al imputado la asistencia de abogado.

Contenido de la orden de allanamiento.

El artículo 197 de la norma adjetiva penal, prevé que en la orden deberá constar:

1. La autoridad judicial que decreta el allanamiento y la sucinta identificación del procedimiento que se ordena.
2. El señalamiento concreto del lugar o lugares a ser registrados.
3. La autoridad que practicará el registro.
4. El motivo preciso del allanamiento, con indicación exacta de los objetos o personas buscadas y las diligencias a realizar.
5. La fecha y la firma.

La orden tendrá una duración máxima de siete días, después de los cuales caduca la autorización, salvo que haya sido expedida por tiempo determinado, en cuyo caso constará este dato.

De conformidad con el COPP (2012) el allanamiento constituye una diligencia que corresponde a la fase de investigación dirigida por el Fiscal del Ministerio Público; igualmente, sobre este tópico Rivera (2013) considera que lo establecido en el artículo 197 del COPP son requisitos de forma de la orden de allanamiento y la ausencia de alguno de ellos debe ser denunciada durante el acto o dentro de los tres días siguientes después de realizado. No obstante, es preciso agregar que el quebrantamiento de esas normas en el momento del allanamiento, por ejemplo, un lugar distinto, autoridad no indicada, coloca a la actividad en ilícita. Cada uno de estos requisitos debe ser claramente determinado, sin que haya posibilidad de extensión, por ejemplo autoridades distintas o a domicilios distintos o próximos. El lapso que se establece es cuando no hay determinación de la fecha, porque si la tiene debe realizarse en tal fecha inexorablemente.

Ruiz (2013) opina que si durante la práctica de un allanamiento, se produce el hallazgo de otros elementos y personas, distintos a los que se pretenden recabar, pero que son considerados de importancia para la investigación, aun cuando no hubieren sido señalados en la orden judicial, “la autoridad actuante no deberá eximirse de su registro y detención” (p. 395).

Según Sentencia N° 370 de Sala de Casación Penal, Expediente N° A07-0086 de fecha 04/07/2007, con ponencia de la magistrada Blanca Rosa Mármol de León, ésta ha sostenido que:

1. Cuando la orden es emitida después que los funcionarios policiales se apersonan en el lugar del registro, se ocasiona una violación del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio.

2. Se encuentra viciado de nulidad absoluta el allanamiento practicado sin contarse con la emisión previa de la orden de un juez, y sin que concurran las excepciones previstas en el artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal.

3. La Nulidad Absoluta del acta de allanamiento y de la orden de allanamiento tiene como consecuencia la nulidad de las actuaciones siguientes que deriven del acto anulado, y por cuanto la detención de los ciudadanos.

Asimismo el artículo 198 ejusdem, establece el procedimiento a seguir durante la práctica del allanamiento, indicando lo siguiente: La orden de allanamiento será notificada a quien habite el lugar o se encuentre en él, entregándole una copia; y se procederá según el artículo 186 de este Código. Si el notificado o notificada se resiste o nadie responde a los llamados, se hará uso de la fuerza pública para entrar. Al terminar el registro, si el lugar está vacío, se cuidará que quede cerrado y, de no ser ello posible, se asegurará que otras personas no ingresen, hasta lograrlo. Este procedimiento constará en el acta.

Rivera (2013), señala que debe notificarse a la persona que resida o habite el lugar; debe enseñarse la orden y entregar copia de la misma. Si la persona se resiste incurre en desacato podrá ser arrestada. Esto debe ser presenciado por los testigos imparciales. El trato debe ser respetuoso y garante de los derechos fundamentales.

Adicionalmente a estas consideraciones, Delgado (2014), respecto del allanamiento, la inspección y el derecho de defensa, precisa que:

En los allanamientos de morada, donde lo observado se hace constar en un acta que constata lo allí observado y encontrado, mediante descripción que debe ser lo más clara y objetiva posible, lo que en realidad se lleva a cabo allí

es una típica prueba de inspección, por lo cual debe mediar una orden expedida por el Juez de Control y permitirse que el imputado (que desde ese momento debe tenerse como tal) esté asistido de un defensor (art 196 del COPP), por lo cual la negativa a permitir esa asistencia profesional debe tenerse como violatoria del derecho de defensa y por ende hace ilícita dicha prueba.

La presencia del abogado defensor en ese acto de registro, de carácter inspeccional, se exige para garantizar al morador o imputado allí presente, que pueda controlar la legalidad y autenticidad de lo obtenido en esa actuación que puede devenir en prueba de cargo exhibible en su contra en el eventual debate de juicio y que puede fundamentar una sentencia de condena.

La Sala de Casación Penal del TSJ declaró la nulidad de un allanamiento en el que no se le permitió a su morador la asistencia de defensor en ese acto, mediante sentencia N° 122 de fecha 08-04-2003, con ponencia del Magistrado Rafael Pérez Perdomo (exp. 03-0002), fundamentándose así:

La institución del allanamiento de morada, si bien inserta dentro de las actuaciones propias de la etapa preparatoria del proceso, no se corresponde con los autos de mero impulso procesal, sino con los de investigación propiamente dicha. Vale decir, los orientados al descubrimiento de los hechos delictivos y a la participación de las personas que hayan intervenido en su ejecución con el carácter de autores o partícipes: En estos casos, en los términos del artículo 124 del Código Orgánico Procesal Penal, es entonces cuando ya puede hablarse de imputado, o sea, la persona que presente una relación inferencial con los hechos punibles objeto de la investigación. De allí surge el requerimiento legal, de que en el allanamiento la persona objeto del mismo sea provista de la asistencia de abogado. Así lo reconoce expresamente el artículo 210 ejusdem al admitir en el acto la presencia del imputado y su defensor (p. 281-282).

Cadena de custodia.

El Código Penal Adjetivo, en el artículo 187, regula el procedimiento que se

debe cumplir para la colección de las evidencias en el lugar del hallazgo a los fines de evitar su contaminación y expresa que todo funcionario o funcionaria que colecte evidencias físicas debe cumplir con la cadena de custodia, entendiéndose por ésta, la garantía legal que permite el manejo idóneo de las evidencias digitales, físicas o materiales, con el objeto de evitar su modificación, alteración o contaminación desde el momento de su ubicación en el sitio del suceso o lugar del hallazgo, su trayectoria por las distintas dependencias de investigaciones penales, criminalísticas y forenses, la consignación de los resultados a la autoridad competente, hasta la culminación del proceso.

La cadena de custodia comprende el procedimiento empleado en la inspección técnica del sitio del suceso y del cadáver si fuera el caso, debiendo cumplirse progresivamente con los pasos de protección, fijación, colección, embalaje, rotulado, etiquetado, preservación y traslado de las evidencias a las respectivas dependencias de investigaciones penales, criminalísticas y ciencias forenses, u órganos jurisdiccionales.

Los funcionarios o funcionarias que colectan evidencias físicas deben registrarlas en la planilla diseñada para la cadena de custodia, a fin de garantizar la integridad, autenticidad, originalidad y seguridad del elemento probatorio, desde el momento de su colección, trayecto dentro de las distintas dependencias de investigaciones penales, criminalísticas y ciencias forenses, durante su presentación en el debate del juicio oral y público, hasta la culminación del proceso.

La planilla de registro de evidencias físicas deberá contener la indicación, en cada una de sus partes, de los funcionarios o funcionarias, o personas que intervinieron en el resguardo, fijación fotográfica o por otro medio, colección, embalaje, etiquetaje, traslado, preservación, análisis, almacenaje y custodia de evidencias físicas, para evitar y detectar cualquier modificación, alteración, contaminación o extravío de estos elementos probatorios.

De las excepciones previstas para el cumplimiento de la Orden Judicial como requisito para un registro domiciliario.

Delito Flagrante.

De conformidad con lo expuesto por Ferreira (2005, p. 184-186), la dimensión constitucional y normativa de la flagrancia, conforme al ordenamiento jurídico venezolano, encuentra su ubicación normativa en el artículo 248 del COPP (actualmente artículo 234) y los artículos 44, ordinal 1º, y 47, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), los cuales prevén: *Artículo 248 “Definición. Para los efectos de este Capítulo, se tendrá como delito flagrante **el que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse**. También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el sospechoso se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor ...”*

Artículo 44 “La libertad personal es inviolable; en consecuencia: 1.- Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti...”

Artículo 47 “El hogar doméstico y todo recinto privado de persona son inviolables. No podrán ser allanados sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano...”

Una interpretación sistemática y teleológica de las normas antes transcritas, nos acerca a la dimensión constitucional y normativa de la flagrancia, en tanto que el concepto comprensivo de la situación flagrante habilita o permite la restricción de importantes y significativos derechos fundamentales de la persona sin que medie el correspondiente control jurisdiccional, de modo que resulta indudable que tanto la libertad personal o ambulatoria, así como el domicilio o todo recinto privado de las personas, sólo pueden restringirse mediante la justificada y proporcional orden

judicial, salvo en las situaciones que tengan lugar en el marco de la definición normativa de la flagrancia.

Así pues, el uso de la noción flagrante frente a las garantías de inviolabilidad de la libertad personal del domicilio y de todo recinto privado, tiene un carácter excepcional y subsidiario puesto que la restricción de ellas debe hacerse mediante la correspondiente orden judicial, en atención al principio de judicialidad, de manera que la dimensión constitucional y normativa de la flagrancia, en tanto que permite la restricción de derechos fundamentales como la libertad personal y el domicilio, reclama del intérprete una valoración que tenga en cuenta sus alcances, razón por la cual el legislador venezolano conforme a lo previsto en el COPP, exige la interpretación restrictiva de las normas que la definen.

En este orden de ideas, la definición de la flagrancia propia, real o estricta (Rionero y Bustillos, 2003) se encuentra referida a una situación en la que se sorprende o se percibe a la persona del agente cometiendo el hecho punible o acabando de cometerlo, como noción presente, inmediata y necesitada de acción o intervención³, por lo que la situación flagrante se presenta en su noción vulgar y gramatical, como algo que se está ejecutando o acaba de ejecutarse, de lo que da cuenta la etimología del vocablo flagrante, derivado del participio activo *flagrans*, equivalente a arder o resplandecer como fuego o llama, a lo que se equipara la situación fáctica en la que una persona es sorprendida—vista directamente o percibida de otro modo—en circunstancias inmediatas o subsiguientes a la perpetración del hecho punible.

La noción de flagrancia, al versar sobre situaciones que ocurren en el mundo exterior en las que se percibe sensorialmente la comisión de un hecho punible que se comete, se está cometiendo o acaba de cometerse y sobre estados en los que se presume que una persona poco antes ha cometido un hecho punible o ha participado en él, se corresponde con una situación fenomenológica de naturaleza fáctica y objetiva, bien por estar referida a hechos externos, como a presunciones de estado relacionadas con la cuasiflagrancia, en las que puede encontrarse una persona con

respecto a la realización de un hecho punible o de su participación en él, requiere de la existencia o verificación de ciertos elementos que de no existir hacen imposible su configuración.

La comisión de un hecho punible en situación flagrante o su participación en él, sólo es posible como una situación fáctica, cuya concreción precisa de los siguientes elementos: a) La percepción directa y efectiva de la situación flagrante, que requiere de la objetividad de quien percibe, puesto que no se trata de un conocimiento o de una percepción presuntiva; b) La inmediatez: temporal en atención a la flagrancia, y personal en relación a la cuasiflagrancia, y c) La necesidad y urgencia de intervención, entendida como premura de acción por parte de quien percibe la situación flagrante.

La ley penal adjetiva, estableció dos casos para los cuales no es necesario la orden judicial para la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico: Para impedir la perpetración o continuidad de un delito o cuando se trate de personas a quienes se persigue para su aprehensión.

En relación a estos casos para los cuales no es necesaria la orden judicial, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en reiteradas decisiones se ha pronunciado de la siguiente manera:

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 24 de Septiembre de 2004, fallo N° 2294, estableció lo siguiente: Que en el inmueble donde fue ejecutada la referida medida de allanamiento, se encontraban en curso actividades que encuadraban en el tipo legal que describe el artículo 54 de la Ley para el Control de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles y que como se trata de un delito que acarrea pena privativa de libertad, la situación, según el artículo 248 del COPP, era de flagrancia, en la cual la autoridad estaba obligada a aprehender al sospechoso y no se trataba de un allanamiento stricto sensu, razón por la cual no estaba sujeta a las formalidades que, en materia de dicho acto de investigación, prescribe el COPP. Estimó la Sala que fue conforme a derecho, y no lesionó legítimamente derecho fundamental alguno la actuación de la autoridad que participó

en la predicha incursión, de acuerdo con la segunda excepción que establece el artículo 210 del referido código procesal penal.

En Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 747 de fecha 05 de Mayo del 2005, Expediente 04-0047, con ponencia del magistrado Pedro Rondón Hazz, dejó sentado que, no se necesita orden de allanamiento para los delitos permanentes, por ser también flagrantes. Esta sentencia se trata de en un caso de allanamiento en un hogar doméstico, donde denunciaron la violación de los derechos fundamentales a la libertad personal y a la inviolabilidad del hogar doméstico, por parte de la autoridad policial que actuó en el procedimiento, donde el juez expidió medida privativa de libertad con base en pruebas que fueron obtenidas de manera contraria a la constitución y la ley, la sala consideró que tal actuación debe ser subsumida, en el supuesto de flagrancia, bajo el cual la Constitución y la Ley dispensan al funcionario de la necesidad de obtención de orden judicial previa de privación de libertad (CRBV artículo 44.1; COPP artículo 248); razón por la cual no le es requerido el cumplimiento de las formalidades del artículo 196 del Código Orgánico Procesal Penal, por lo cual consideran el allanamiento como válido y las pruebas obtenidas durante su práctica como lícitas y con pleno valor probatorio, en virtud de que los funcionarios actuantes en los casos de flagrancia actúan amparados por vía de excepción conforme lo permite la Ley Penal Adjetiva y por lo tanto no ha habido violación de derechos fundamentales.

Así mismo, en tal situación de urgencia, implica, para la autoridad policial, el deber de impedir la comisión o la continuación en la comisión de una conducta típicamente antijurídica; mayormente, si se tiene en cuenta, en el caso que se analiza, que, de acuerdo con lo que aparece acreditado en autos, el delito cuya ejecución o continuación en la ejecución debía impedirse, era, en definitiva, el de ocultamiento de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Se trataba, de un delito permanente, calificación que emana del contenido no controvertido de los autos, la cual lleva la convicción de que la conducta de los funcionarios policiales estuvo adecuada a la situación de comisión actual de un delito de acción pública y que tiene señalada pena

corporal privativa de libertad, en otros términos, a una situación de flagrancia, bajo la cual era deber de aquéllos la aprehensión de los imputados, así como impedir la comisión o continuación de la misma, de dicho hecho punible. Bajo tales circunstancias, entonces, se concluye que la actuación de la autoridad policial fue bajo una situación de flagrancia, razón por la cual no le era requerido el cumplimiento de las formalidades que prescribe el artículo 210 de la predicha ley procesal.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia N° 1978 del 25 de Julio del 2005, con ponencia del magistrado Arcadio Delgado Rosales, ha expresado que:

1.- En el ámbito penal, el derecho a la inviolabilidad del hogar doméstico admite excepciones, que como tal, en principio, están contempladas en el Código Orgánico Procesal Penal.

2.- El requisito del señalamiento concreto del lugar o lugares a ser registrados que debe contener toda orden judicial de allanamiento, debe ser considerado con todas aquellas especificaciones que demuestren que se trata efectivamente del lugar a inspeccionar y no de un solo dato.

3.-La Orden de allanamiento que no reúna los requisitos formales está viciada de nulidad relativa.

4.- Los motivos que determinan un allanamiento sin orden deben constar detalladamente en el acta.

5.-No siempre para la realización de un allanamiento será necesaria la existencia de una orden judicial.

6.- Las actuaciones realizadas por funcionarios policiales en un domicilio determinado, previa autorización de su propietario, no acarrear vicios de ilegalidad, ni mucho menos contrarían lo dispuesto en la Constitución.

En conclusión, para la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico debe existir una orden judicial que contenga los requisitos que se deben cumplir durante la práctica de ese allanamiento y el incumplimiento de alguno de estos requisitos acarrea la nulidad del mismo. Es por ello, que no se puede dejar de coincidir con la

opinión expresada por Ruiz (2013) respecto a esta institución, cuando señala que “todo lo expuesto es poco en consideración a la alta jerarquía que poseen los derechos en juego y a la necesidad, por otra parte, de lograr actos procesales válidos; e impedir a toda costa la manipulación que sobre esta institución procesal, se pretende en ocasiones, lo cual deriva en actuaciones ilegales, desprovistas de la autoridad que en la mayoría de los casos producen nulidades y pérdida de los valores probatorios adquiridos en las diligencias”.

CAPÍTULO III

LOS HALLAZGOS CASUALES, LA ACTIVIDAD PROBATORIA Y LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO Y EN EL DERECHO COMPARADO

Los hallazgos casuales encontrados en un hogar doméstico mediante la realización de un allanamiento, es la aparición de un nuevo delito que se descubre durante el transcurso de un registro domiciliario, no incluido en la orden judicial.

La Carta Magna venezolana, dispone expresamente en el artículo 49 que serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Es por ello, que el valor probatorio de estos hallazgos casuales, ha sido objeto de estudio por la doctrina y la jurisprudencia en el proceso penal venezolano y en el Derecho Comparado, pues se discute el valor probatorio de estos hallazgos cuando se determine la violación de la garantía de inviolabilidad del domicilio, pero no existe un criterio unánime en cuanto a la valoración de los hallazgos casuales como prueba, algunos doctrinarios consideran su no valoración por considerarlos como una prueba ilícita, razón por la cual en esta investigación se ahonda previamente en el estudio de las pruebas, específicamente de la prueba ilícita, su admisión, incorporación, valoración e impugnación en el proceso penal venezolano.

Hallazgos Casuales.

Cabanellas (2002) define el hallazgo, como acto de encontrar alguna cosa, bien porque se busca o se solicita o por ofrecerla la casualidad. Al respecto, Osorio (2007) define casualidad como el resultado de un conjunto de circunstancias imprevisibles e inevitables, y cuyas causas se ignoran. Hecho o acontecimiento imprevisto (p.152)

En el mismo tópico, Álvarez (2011), considera que:

por hallazgo o descubrimiento casual debemos entender, por lo tanto, la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de

derechos, ya sea una intervención telefónica, una entrada y registro u otras diligencias de investigación similares, o de sujetos inicialmente no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando; es decir, cuando al investigar unos determinados hechos delictivos, se descubren por casualidad otros distintos o aparecen otros sujetos implicados (p.4)

Meier (2007), expresa que la doctrina alemana ha denominado como descubrimientos casuales a los conocimientos adquiridos mediante un registro domiciliario legítimamente ordenados y ejecutados, que no se corresponden con el fin inmediato de la investigación en la que se autoriza la medida y que además afectan a personas frente a las cuales no se ha ordenado dicha investigación o no se hubiera podido ordenar por no cumplirse los presupuestos imprescindibles.

Los hallazgos casuales, sostiene Echarri (2011), se producen en aquella situación en la que habiéndose obtenido la correspondiente habilitación judicial para la práctica de una diligencia que afecta a los derechos fundamentales del sujeto investigado (entrada y registro en domicilio, intervención de las comunicaciones), con motivo de la persecución de una serie de conductas delictivas concretas y determinadas, aparecen fuentes de prueba relativas a otro u otros delitos distintos, de los cuales no se tenían noticias con anterioridad, cuando menos por los agentes intervinientes en aquella.

Para Álvarez (2011) por hallazgo o descubrimiento casual se debe entender, por lo tanto, la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de u ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos (ya sea una intervención telefónica, una entrada y registro u otras diligencias de investigación similares), o de sujetos inicialmente no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando; es decir, cuando al investigar unos determinados hechos delictivos, se descubren por casualidad otros distintos o aparecen otros sujetos implicados.

Clasificación de hallazgos casuales.

Sostiene esta doctrina que se observan dos clases de hallazgos casuales: los que

proviengan de una diligencia ilegítimamente ordenada o los que resulten consecuencia de una medida ilegalmente ejecutada. Dentro de la primera clasificación, deben incluirse los actos de injerencia que no sean indicados por un juez competente a pedido de la acusación pública en el marco de un proceso penal incoado por un delito concreto o que habiéndose ordenado por un juez no guarden las formalidades prescritas por la ley.

En la segunda clase de conductas, se incluyen aquellos supuestos en que pese a haberse encontrado aquello que se buscaba se siguió adelante con la diligencia a la caza de otros elementos; se revisan lugares donde claramente no va a encontrarse aquello que se le indicó que buscara, (por ejemplo se ordena el secuestro de un automotor y se busca el cajón del escritorio) o se requisan objetos desvinculados de los pretendidos y que a simple vista no presentan indicios de constituir ilícito alguno. La consecuencia derivada de la irregular obtención de esta fuente de conocimiento es la exclusión probatoria de esta información, la que no podrá ser utilizada siquiera como mera "noticia criminis", ello en razón de verificarse en su origen una vulneración del derecho constitucional a la intimidad (Meier, 2007, p. 09).

En conclusión, la doctrina alemana distingue dos clases de hallazgos casuales, en la primera, se encuentran los que no sean indicados por un juez o que habiéndose ordenado por un juez no guarden las formalidades prescritas por la ley.

En la segunda, se incluyen aquellos supuestos en que aun habiéndose encontrado lo que se buscaba se revisan otros lugares, o se requisan objetos desvinculados de los pretendidos y que no presentan indicios de constituir ilícito alguno.

Como consecuencia de esta irregular obtención es la exclusión probatoria de esta información, la que no podrá ser utilizada como "noticia criminis", en razón de verificarse en su origen una vulneración del derecho constitucional a la intimidad,

Ahora bien, durante la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico, pueden encontrarse por casualidad objetos de interés criminalístico que no guardan relación con el hecho investigado, que no se encuentran descritos en la orden judicial,

son los llamados hallazgos casuales.

Estos hallazgos casuales no se encuentran regulados ni en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ni en el Código Orgánico Procesal Penal, lo que si regula nuestra legislación es la actividad probatoria y el régimen probatorio, los requisitos que deben cumplirse para que las pruebas en el proceso penal adquieran validez.

El COPP, regula la actividad probatoria en el proceso penal venezolano y consagra los principios que deben cumplirse en esta actividad y un régimen probatorio que solo permite valorar los elementos de convicción que hayan sido incorporados al proceso de manera lícita, es decir, en cumplimiento del debido proceso.

La Actividad Probatoria en el Proceso Penal Venezolano. Definición y Principios.

En el Proceso Penal Venezolano, las pruebas se encuentran reguladas por la llamada actividad probatoria, la cual la conforman una serie de principios que deben cumplirse durante la búsqueda, admisión, incorporación y evaluación de la prueba.

Los hallazgos casuales, son objetos o evidencias que se pueden encontrar por casualidad durante la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico y cuyos objetos no guarden relación con el delito investigado, estos objetos o evidencias para ser considerados como pruebas deben cumplir una serie de principios regulados por la actividad probatoria y con base a ello se discute el valor probatorio de estas evidencias para demostrar la existencia de otro delito, que no es el investigado.

La Actividad Probatoria.

Según Pérez (2005), “es el conjunto de actos procesales destinados a la búsqueda, proposición, incorporación, evaluación, admisión, práctica y valoración de las pruebas y por ello constituye el objeto fundamental del derecho probatorio y el núcleo esencial de toda la actividad procesal”. (p.36).

La actividad probatoria es importante porque es mediante ésta que se probarán los hechos dentro del proceso penal, cumpliendo todos los requisitos constitucionales y legales que la regulan.

Principios de la actividad probatoria.

En la CRBV (1999) y en el COPP (2012) se encuentran consagrados los principios y garantías que deben ser tomados en cuenta en el Proceso Penal Venezolano para cumplir con la actividad probatoria.

1.-Principio del debido proceso.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 49 de la CRBV, el cual expresa que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y dentro de éste el derecho a la defensa y a la asistencia jurídica en todo estado y grado de la investigación y del proceso, el derecho a ser notificado de los cargos por los cuales se les investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Además expresa que serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Contiene también el principio de presunción de inocencia y el derecho a ser oído en cualquier clase del proceso, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente, imparcial establecido con anterioridad.

2.- Principio de presunción de inocencia.

Este principio se encuentra establecido en la CRBV, en su artículo 49 numeral 2, “Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”, ratificado por el Legislador en el artículo 8 del COPP, en los siguientes términos: “Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme”.

3.-Principio de publicidad:

Este principio está establecido como Principio y Garantía Procesal en el artículo 15 del COPP (2009). La forma pública implica abierto a las partes y a la sociedad.

4.-Principio de oralidad:

Se establece en el artículo 14 del COPP, el juicio será oral y solo se apreciarán las pruebas incorporadas en la audiencia, conforme a las disposiciones de este código.

5.-Principio de inmediación:

El artículo 16 del COPP, expresa que 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.

6.- Principio de concentración

El COPP (2012), en el artículo 17 expresa que iniciado el debate éste debe concluir sin interrupciones en el menor número de días consecutivos posibles.

7.-Principio de contradicción:

El proceso tendrá carácter contradictorio según se expresa en el artículo 18 del COPP

8.-Principio de derecho a la Prueba:

En efecto, el numeral 1 del artículo 49 de la CRBV expresa lo siguiente: La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga de acceder a las pruebas y disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso.

9.- Principio de unidad de la prueba:

Para Delgado (2014) “Es un Principio propio y característico de la actividad probatoria y significa que el conjunto probatorio del juicio debe formar una unidad que como tal debe ser examinado y apreciado en su conjunto por el juez, como cuando se vayan aportando diferentes pruebas de una misma clase: varios testimonios, varios documentos, varias experticias.

Las pruebas no deben ser examinadas y apreciadas aisladamente, ni parcialmente, sino en todo su conjunto. El juez, debe confrontar las diferentes pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el

convencimiento que de ellas se forme globalmente.

Igualmente, cuando una prueba contenga varios aspectos relacionados con el hecho investigado u objeto del proceso, el juez debe examinarla integralmente, comparando esos aspectos y acogiendo lo que considere más convincente, dando explicación racional de lo que acepta y lo que desecha (p.62-63).

10.- Principio de la comunidad de la prueba:

Delgado (2014) “Se le conoce también como principio de *adquisición de la prueba para el proceso* y es propio de la actividad probatoria, como consecuencia del principio de unidad, de que la prueba no debe apreciarse fraccionadamente y solo en cuanto favorezca la pretensión de su aportante, ni siquiera en cuanto el aspecto tomado en cuenta sirva para apuntalar el convencimiento que ya se tiene en la mente del sentenciador.

De acuerdo con esto, la prueba no le pertenece exclusivamente al que la aporta u ofrece, sino al proceso y debe tenérsela como común a todas las partes, en lo que pueda favorecer a una u otra. Una vez introducida legalmente en el proceso, la prueba debe ser tomada en cuenta integralmente para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte beneficiosa para el que la produjo, sea para la parte contraria, que bien puede invocarla” (p.63).

11.- Principio de interés público:

Delgado (2014) expresa que “el fin de la prueba es llevar la verdad y la certeza, al menos la posibilidad, a la mente del juez para que pueda fallar conforme a la justicia. Siendo así, hay un interés público indudable y manifiesto en la función que la prueba desempeña en el proceso, como lo hay en el proceso mismo en la acción y en la jurisdicción. Ello a pesar de que cada parte persiga con la prueba aportada su beneficio y defensa de su pretensión.

El ejercicio del derecho subjetivo a probar dentro de un proceso no impide la existencia y efectividad del interés público, tratándose de una actividad jurisdiccional exclusiva del Estado. Esa actividad probatoria, aunque fuere realizada a instancias de la parte y hasta en un procedimiento de acción dependiente de la instancia privada,

además de corresponderse con el derecho subjetivo a probar que a ésta le pertenece es también un acto procesal donde está en juego el interés público dentro de una etapa necesaria del proceso, sin la cual éste no podría cumplir su función y donde solo al Estado compete su tramitación. De allí, que el interés general es uno de los principios que caracterizan la prueba, especialmente en el proceso penal.” (p.69).

12.- Principio de lealtad y probidad:

El artículo 105 del COPP expresa que, 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.

El artículo 106 del COPP expresa que cuando el tribunal estime la mala fe o la temeridad en alguno de los o las litigantes, podrá sancionarlo o sancionarla con multa del equivalente en bolívares de veinte a cien unidades tributarias en el caso de falta grave o reiterada y, en los demás casos, con el equivalente en bolívares de hasta veinte unidades tributarias o apercibimiento. Antes de imponer cualquier sanción procesal se oirá al afectado o afectada. En los casos en que exista instancia pendiente las sanciones previstas en este artículo son apelables.

13.- Principio de licitud de la prueba:

El artículo 181 del COPP expresa que los elementos de convicción solo 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 o acción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtenida de 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.

14.- Principio de libertad probatoria:

Artículo 182 del COPP, Salvo previsión expresa 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 estén expresamente prohibidos por la ley.

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

Un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando haya quedado suficientemente comprobado con las pruebas ya practicadas.

15.- Principio de legalidad probatoria:

Artículo 183 del COPP establece que para que las pruebas puedan ser apreciadas por el tribunal, su práctica debe efectuarse con estricta observancia de las disposiciones establecidas en este Código.

Régimen probatorio

El COPP prevé que los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de ese Código y que no podrá utilizarse información obtenida mediante la indebida intromisión en la intimidad del domicilio, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. Así mismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícito.

En este mismo sentido, la legislación indica que un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y ser útil para el descubrimiento de la verdad y que para que las pruebas puedan ser apreciadas por el tribunal, su práctica debe efectuarse con estricta observación de las disposiciones establecidas en dicho Código.

La Prueba.

Según Rivera (2011):

Probar es, pues producir un estado de certidumbre en la mente de una o varias personas de la existencia o inexistencia de un hecho, o de la verdad o falsedad de una proposición. Puede decirse, también, que probar es evidenciar algo, o sea, lograr que nuestra mente lo perciba con la misma claridad con que los ojos ven las cosas materiales (p.3)

Al respecto Delgado (2014) expone que

Prueba, en un sentido amplio y procesalmente hablando, es lo que sirve para producir en las partes y en el juez el convencimiento sobre la veracidad o falsedad de los hechos que son materia de un proceso y, por con siguiente, para sustentar las decisiones judiciales (p.33)

Características de la Prueba.

Sostiene Balza (2002; p.44) que: se hace necesario iniciar el análisis de las características de las pruebas, en este orden de ideas al culminar un juicio el juez pone fin al proceso con la sentencia, éste debe apoyarse en una serie de elementos tanto de hecho y de derecho, que en si hayan originado, impulso y sean la base del juicio, esto en cuanto a las pruebas, alegadas en el desarrollo del proceso, analizadas por el juez introducidas, promovidas y evacuadas por las partes y valoradas por el juzgador.

Así todo dato que se incorpore legalmente al proceso y que sea capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva, debe además reunir las siguientes características:

1.- Objetividad

En relación con la objetividad de la prueba, se establece en primer lugar que la información debe provenir del mundo externo al proceso y no ser un mero fruto del conocimiento privado del juez, carente de acreditación objetiva. Por lo tanto, introducido en el proceso, ese elemento será examinado y cuestionado por las partes y

valorado y apreciado por el juez. Esencialmente se caracterizan por verificar la verdad tanto histórica como jurídica.

2.- Legalidad

El elemento probatorio referido a la legalidad será presupuesto obligatorio para la estructura de la validez del mismo, dejando en claro que esta exigencia de legalidad no contradice en nada el régimen de la libertad probatoria que rige el proceso penal, este aspecto le proporciona un marco ético jurídico dentro del cual debe encerrarse la actividad probatoria.

Según Cafferata (1998; p.45), el criterio contrario a este carácter referido a la posible ilegalidad de las mismas, esto es, el caso de aquellas pruebas que hayan sido obtenidas irregularmente e incorporadas al proceso penal. De este modo planteado el problema, es obvio, que el carácter de legalidad es lesionado y los derechos del individuo sometido a juicio son resquebrajados en flagrante violación de su derecho a la defensa.

3.- Relevancia

En relación con la relevancia de la prueba, el autor antes mencionado (p.46), señala que, el elemento de prueba será tal, no solo cuando produzca certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho, que con el se pretende acreditar, sino también, cuando fundamos sobre este un juicio de probabilidad, podía considerarse también elemento de prueba el dato que solo proporciona motivo para sospechar o el que, sin producir por sí mismo un estado intelectual de probabilidades, coadyuva con otros o su producción en conjunto.

El elemento de relevancia y su relación con la certeza, es la idea de la importancia que en el proceso penal venezolano se le da a lo que se entiende por verdad objetiva.

La certeza en conclusión debe ser entendida desde un punto de vista amplio, ya que este principio puede estar referido no solo al derecho en su más estricta acepción o calificación y su respectiva penalidad, sino también, a todos aquellos elementos que configuran el delito y a los cuales las pruebas van dirigidas a determinar.

4.- Pertinencia

En el ámbito probatorio se establece una máxima que señala que para que un medio probatorio pueda ser admitido debe ser pertinente. En relación a este aspecto, el mismo existe siempre que la prueba propuesta tenga relación con el objeto del proceso y con la que constituye el tema de decisión para el tribunal, y expresa además la capacidad para influir en la convicción del órgano decisor en orden a fijar los hechos de posible trascendencia para el fallo. La valoración de la pertinencia o impertinencia de la prueba corresponde al tribunal de instancia, sin perjuicio de su control o revisión en las instancias superiores, e incluso, en amparo de este. (Cafferata, 1998; p.47)

Medios, órganos y objetos de prueba

Delgado (2014), sostiene que en derecho probatorio deben distinguirse estos términos:

Medios de prueba

El concepto de medio probatorio tiene dos connotaciones perfectamente válidas: por una parte se le define como la actividad del investigador o juez para obtener el convencimiento sobre determinados hechos, o sea el procedimiento seguido para lograr un resultado. Por otra parte, se le tiene como el instrumento que sirve de vehículo para llevar ese convencimiento: el testimonio, la experticia, el documento, la confesión, la inspección, etc.

En la práctica procesal a veces se utiliza indistintamente los términos “*medio de prueba*”, “*fuentes de prueba*” y “*elementos de prueba*”, aun cuando algunos consideran que lo segundo viene a corresponder con las personas que aportan la información (órgano) y lo tercero con la información misma que aporta cada medio (objeto).

Órgano de prueba

Es toda persona portadora o formadora de la información que sirve para establecer la veracidad o falsedad de los hechos del proceso. El testigo, el experto, el

imputado, el juez, el fiscal o policía (en la inspección), el que suscribió o autorizó el documento.

Es, pues, órgano de prueba, el sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso y se convierte en un intermediario entre la prueba y el juez, aunque el juez puede ser a la vez órgano de prueba, en la inspección, y además el que la evalúa.

Objeto de prueba.

Algunos lo definen como aquello que debe ser probado, o sea, como el *Thema Probandum*; otros como la materia, sustancia, cuerpo, persona o cosa sobre la que se practica una prueba. En otro sentido, desde un punto de vista procesal, es aquello sobre lo cual versa el medio probatorio, o sea el hecho que se comprueba o a través del mismo, o lo que para el proceso penal algunos denominan también como *elemento de prueba*, o prueba propiamente dicha (p.33-34)

Sobre este aspecto Rivera (2011; p155) sostiene que son todos aquellos hechos o situaciones-materiales o conductas humanas-que se alegan como fundamento del derecho que se pretende y que sean de interés para el juicio y que puedan ser susceptibles de demostración histórica.

La Prueba Lícita

Es aquella que está autorizada por la ley, tanto como medio, así como por el procedimiento para obtenerla y no viole ninguna disposición legal (Rivera, 2011; p.269).

Mostafá (2001) citado por Delgado (2014; p.75) expresa que “una prueba debe considerarse lícita cuando no existe violación de derechos y garantías fundamentales, ni en la obtención del elemento probatorio, ni durante su práctica.

Rodríguez y Guerrero (2012) exponen que desde el punto de vista jurídico, prueba es todo aquello que permite descubrir la verdad procesal, es decir, es todo lo que permite a los intervinientes acreditar las proposiciones fácticas que realizan; además utilizan como referencia a Colín (2010), quien sustenta que “la prueba en materia penal como todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la

verdad histórica y la personalidad del presunto delincuente” (p.407). Para que exista licitud en la prueba se requiere que los datos y los medios probatorios hayan sido obtenidos, producidos y reproducidos también por medios lícitos.

La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Venezolano

En el proceso penal venezolano se han establecido una serie de garantías y principios que deben respetarse cabalmente, las cuales constituyen el debido proceso que debe existir en todas las actuaciones judiciales; por lo que al no existir tales garantías o no cumplirse conforme a lo ordenado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Código Orgánico Procesal Penal, Leyes Especiales, Tratados y Convenios Internacionales suscritos por Venezuela, constituyen una infracción y consiguientemente toda prueba que se obtenga mediante tales infracciones sería ilícita.

Al hablar de prueba ilícita en su más amplio sentido, se hace referencia al irrespeto de los derechos y garantías fundamentales de las personas, dando lugar a una ineficacia jurídica del acto o de la resolución infractora por causa de una nulidad absoluta, debiendo el Juez o Tribunal garante de la defensa de los derechos fundamentales, pues existen determinados derechos individuales, que exige, por la clase del bien jurídico, su protección, un incondicional y absoluto respeto por parte de los órganos encargados de la persecución penal, siendo estos derechos a la vida, la integridad física, la salud o a la dignidad de la persona, igualmente existen otros derechos fundamentales que se encuentran en inferior posición, siendo estos el derecho a la propiedad, a la posesión, el derecho a la intimidad o a una legítima injerencia en la morada.

La CRBV, en su artículo 49 ordinal 1º establece que: “serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso” y 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. Así mismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícito”

En este sentido Delgado (2014), expresa que:

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. Y 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 (p.76).

Definición de Prueba Ilícita

Según Rivera (2011) se entiende por prueba ilícita son aquellas que son

expresa o tácitamente prohibidas por la ley o que violan derechos humanos, o que son contrarias a la moral y buenas costumbres, o que son obtenidas por medios violatorios de la dignidad humana y derechos fundamentales o de prohibiciones de ley (p.269).

La prueba ilícita es “aquella obtenida o practicada con infracción de cualquier derecho fundamental del imputado o de terceros, reconocido a nivel constitucional en un país, ya sea directamente o por remisión a los tratados internacionales sobre derechos humanos” Calocca (1998; p.325).

En razón de la teoría anterior, cuando se habla de prueba ilícita, el jurista se tiene que remitir a los estándares mínimos de vigencia de los derechos fundamentales de los imputados o procesados, por lo que las reglas de la prueba ilícita se encuentran vinculadas al sistema procesal penal del país en que se desarrollen (Rodríguez y Guerrero, 2012).

Ahora bien, el concepto de prueba ilícita, no se concibe como un derecho fundamental autónomo, sino como una garantía de hacer valer los derechos inherentes al ser humano. Desde este ángulo, una prueba ilícita no debe gozar de validez procesal, y en efecto, cualquiera de las partes podrá denunciarla, sin embargo, será el tribunal quien decidirá lo pertinente en cuanto a su admisión, quedando, lógicamente, abierta la puerta al posible planteamiento de un recurso. Es propio mencionar que no siempre se conoce la ilicitud probatoria desde un principio y en este contexto parece razonable que antes del juicio oral se habilite un trámite procesal para que las partes puedan denunciar la ilicitud de un medio de prueba aportado al proceso (Correa, 2009; p.59).

En suma, se coincide con el jurista español Muñoz (2010) por cuanto en las primeras líneas manifiesta que “la eterna tensión entre la tarea de investigar y, en su caso, castigar el delito, y la de respetar los derechos fundamentales del acusado, se acentúa cuando no hay, como en el caso de la tortura, una prohibición absoluta, sino una relativa que depende del cumplimiento de determinados requisitos fijados

legalmente, o de las diversas circunstancias concurrentes en cada caso que deberán ser ponderados por el juzgador.”(Rodríguez y Guerrero, 2012).

La doctrina de la ponderación, que es desarrollada en Europa consagra que el órgano decisor debe de poner en una balanza tanto los intereses de la investigación criminal como aquellos que tutelan los derechos humanos de los presuntos responsables.

Es en ese sentido que la legislación tiene que ser muy específica al respecto y señalar los actos que constituyen medios de convicción ilícitos y si se contemplan casos en que pruebas derivadas de las diligencias manchadas de ilicitud serán tomados en cuenta durante el juicio ya que de no definirlo puntualmente, se puede prestar a confusiones que pueden generar injusticia o bien impunidad.

Un punto nodal sobre la prueba ilícita es su extensión, por ello es menester determinarla. De lo que se trata pues es de determinar si la exclusión o la prohibición del valor probatorio de ésta incluye únicamente la prueba obtenida directamente por medios ilícitos o también comprende la prueba obtenida indirectamente por medios ilícitos. De este modo, es labor obligatoria el analizar las diferentes teorías que existen sobre la exclusión de la prueba ilícita.

En este respecto, Correa (2009; p.55) dice: no debe prevalecer el interés de protección y de castigo de las conductas infractoras si para ello se lesionan injustificada o desproporcionadamente los derechos (fundamentales o no solo estos), comprendiendo aquí tanto los de contenido material (derecho a la inviolabilidad del domicilio, de las comunicaciones, a la integridad corporal, derecho a la libertad) como los que determinan el carácter justo y equitativo del proceso (derecho de contradicción, derecho de defensa, derecho de asistencia letrada, derecho de utilizar los medios de prueba pertinentes.

Bajo este supuesto, se deduce que se puede obtener ilícitamente prueba, pero su aceptación, podría estar condicionada a la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable, si con ello se evita un acto que pone en peligro a un sector importante de la sociedad.

El problema de la admisibilidad de la prueba obtenida al margen de la ley lleva implícito una pugna de intereses, debiéndose así, elegir entre la necesaria procuración de la verdad durante el juicio y el respeto al debido proceso de los presuntos responsables de haber cometido un delito. Razón por la cual se debe de considerar de sobremanera, qué pesa más dentro de una investigación, si conseguir que el posible inculpado de un delito sea castigado, basándose en la prueba que ha sido obtenida de manera ilícita, o respetar su derecho al debido proceso y dejarlo en libertad al no valorar la prueba ilícita. Es decir, se debe de poner en una balanza perseguir la verdad material, o respetar un derecho particular.

En una arista se encuentran los que aconsejan que el objetivo del proceso penal es conseguir la verdad real, pues ésta coincide con lo acontecido verdaderamente y no con lo que, en ocasiones, las partes presentan como tal. Ahora bien, el sentido común y una debida práctica en un Estado de Derecho aconsejan que la administración de justicia se establezca para resolver un litigio con acierto y plena satisfacción, no para impartir una solución a cualquier precio. En este sentido coinciden los que señalan que la verdad real ha de obtenerse por medios y en forma lícitos, que razonablemente han de coincidir con lo que la ley autoriza. Pero, no toda regulación legal al respecto coincide siempre con las exigencias del proceso con todas las garantías o del debido proceso.

En consecuencia, el ideal a perseguir es que la verdad obtenida en el proceso coincida en la mayor medida posible con la realidad del asunto debatido. A ello debe servir la regulación procesal, siempre con escrupuloso respeto a las garantías que, al fin y al cabo, atienden a los derechos fundamentales de la persona. (Rodríguez y Guerrero, 2012).

Miranda (1999) explica que la doctrina se ha dividido en dos grandes grupos, concepciones amplias y concepciones restringidas:

1.- Concepciones amplias: se caracterizan por la imprecisión de sus definiciones, dando lugar a una posible restricción del derecho a la defensa materializada a través de la presentación de medios probatorios. Así, la posición de

Silva (1991) llega a definir la prueba ilícita como aquella que atenta contra la dignidad humana, sin precisar los límites de tal concepto. Por su parte la posición de Perrot (1981), señala que las pruebas ilícitas son aquellas que violan una norma jurídica, sea cual sea la jerarquía de la misma, incluso un propio contenido en la doctrina.

Finalmente, todas las normas relativas a las pruebas penales son normas de garantía del acusado por lo que su violación implica una violación al derecho de este último a tener un proceso con las debidas garantías. (Conso, 1995; citado por Miranda, 1999).

2.- Concepción restrictiva: define la prueba ilícita como aquella obtenida o practicada violando un derecho fundamental, y considera pruebas irregulares aquellas que violan las normas procesales. Mientras las primeras deben ser excluidas del proceso, las segundas solo disminuyen su fiabilidad pero la sentencia puede fundarse en ella. Considera que esta teoría no toma en cuenta que la mayoría de los principios procesales son recogidos en las constituciones siendo los ordenamientos procesales sus normas de desarrollo; por lo tanto su violación implica la violación de las normas constitucionales que desarrollan.

Al respecto, Redondo (1997) considera que la prueba ilícita es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención; ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita. Posteriormente Miranda añade que el origen de la ilicitud de la prueba, reside precisamente en que ha sido obtenida con violación de normas jurídicas, con independencia de la categoría o naturaleza.

La Admisibilidad e Inadmisibilidad de la prueba ilícita

Con respecto a la admisibilidad de la prueba ilícita existen tres posiciones:

- Una posición concluye que deben admitirse y valorarse las pruebas ilícitas, aun cuando se hubiera llegado a ellas con base en un procedimiento viciado, por ser irrelevantes el modo de obtenerlas y considerarse superior el interés de la colectividad

en que no se deje sin castigo una conducta delictiva por causa de un formalismo o tecnicismo procesal aunque implique sacrificar los intereses del particular en el caso concreto.

- La segunda posición, se conoce como la regla de exclusión o derivada de ésta, la teoría de los frutos del árbol envenenado. En ésta no existen dos intereses en conflicto, ya que si bien es cierto surge un interés de la comunidad en que los delitos sean reprimidos, también hay un interés de que en la administración de justicia resplandezca la verdad.

- Por último, una posición intermedia indica que no es posible establecer reglas fijas para admitir o rechazar la prueba en general ilícita, por lo que ello se establece en cada caso, tomando en consideración diversos factores.

La admisibilidad de la prueba ilícita para un sector de la doctrina se fundamenta básicamente en la autonomía del derecho procesal en relación con el derecho material, según la cual el derecho procesal posee criterios propios de valoración, diversos de los utilizados en el derecho sustancial o material. De acuerdo a este criterio, la prueba ilícita debe ser admitida, puesto que se originan en un ilícito sustancial, a menos que existiese una prohibición procesal explícita que determinará la inaceptabilidad de tal tipo de pruebas.

El fundamento de la presente posición se halla en la consideración del Derecho Procesal como rama autónoma del Derecho, y que como tal posee criterios de valoración propios y diversos del derecho sustancial, basados incluso en consideraciones diferentes sobre el carácter lícito e ilícito que le asigna este último.

El COPP en el artículo 181 consagra el principio de licitud de la prueba en los siguientes términos: 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. Así mismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícito. De este dispositivo se infiere la inadmisibilidad de la prueba obtenida de manera ilícita o ilegal, sólo tendrán valor las pruebas obtenidas con respeto a los derechos humanos y de las disposiciones legales vigentes.

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, es por ello que las partes, especialmente el imputado puede oponerse a la admisión de la prueba ilícita, el artículo 49 de la CRBV, establece la nulidad de la prueba, la cual vincula la nulidad con el resultado de un procedimiento indebido en su obtención o práctica.

La Prueba ilícita tiene una apreciación jurídica evidente, es inadmisibile la prueba que provenga de una violación de derechos y garantías del ciudadano, tanto es así, que si solo se puede obtener o conocer la verdad torturando o coaccionando moralmente a una persona, el Estado renunciaría a conocer esa verdad, la razón más que simple es obvia, un Estado que consagre seguridad jurídica y debido proceso en su Constitución no puede valerse de medios ilegales e ilegítimos para condenar, dígase violación al secreto de correspondencia o trasgresión al derecho a la integridad física de las personas, o que para obtener pruebas incriminatorias sobre un imputado se viole su derecho a la intimidad, o su derecho a la inviolabilidad de domicilio por citar algunos casos posibles.

El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, en Sentencia N° 162, Expediente N° C08-482 de fecha 23/04/2009, ha señalado y acogido este criterio de la no admisión de la prueba ilícitamente obtenida de la siguiente manera:“... el criterio en doctrina en el cual fundó su decisión la recurrida, que refiere que las pruebas obtenidas de manera ilícita pueden ser valoradas siempre que sean objeto del contradictorio, no tiene asidero legal alguno, pues es evidente que viola flagrantemente el principio del debido proceso, el cual es de orden público, y esto en

modo alguno puede ser considerado como una garantía sólo en interés del particular, en este caso el justiciable, además, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, que refiere la búsqueda de la verdad no subvierte el principio del debido proceso, el cual está consagrado precisamente para obtener la verdad por las vías jurídicas y a los fines de controlar el ejercicio del ius puniendi, que sin él puede desviarse y ocasionar graves violaciones a los derechos y garantías constitucionales tanto de los particulares como de la colectividad en general.”

En la doctrina se ha propuesto que la inadmisibilidad probatoria tuviese una excepción y sería en el caso en el cual la prueba ilícita sea a favor del procesado y pueda servir para su absolución.

Según Miranda (2004), debería reconocerse a la prueba ilícita una eficacia *in bonam partem* o *in utilibus*, en los casos en que la misma aportara elementos de descargo para el inculcado, sin embargo, esta no es una excepción admitida por el legislador venezolano.

El principal argumento que se suele esgrimir en contra de su admisión en nuestro ordenamiento jurídico radica en el hecho de que el artículo 181 del COPP, al proclamar que las pruebas obtenidas solo tendrán valor cuando son obtenidas por un medio lícito, por lo que no establece distinción alguna, entre el hecho de que la prueba la ofrezca el Ministerio Público o la defensa. Para algunos autores el único límite a este reconocimiento de eficacia vendría representado por aquellos supuestos en que de la práctica de la prueba ilícita se obtuvieren tanto datos incriminatorios como datos de descargo para el inculcado.

Para Saavedra (2004), es aceptable la prueba ilícita siempre y cuando sea para favorecer al acusado, en virtud de lo siguiente: “...si bien es inaceptable desde todo punto de vista que un ciudadano pudiera ser condenado con fundamento en una prueba írritamente practicada, la situación cambia radicalmente cuando de absolución del proceso se trata, porque en estos casos nos parece que tendría mayor jerarquía valorativa el conocimiento de la verdad real de los hechos que la formalidad procesal en el cumplimiento o incumplimiento de unas irritualidades, porque no debe olvidarse

ese otro principio constitucional según el cual el derecho sustancial debe predominar sobre el puramente ritual, adjetivo o procesal”.

Según González (2004) existen doctrinarios que avalan el uso de la prueba ilícita y lo sustentan en el averiguamiento de la verdad material, en el proceso penal; ya que la defensa que se hace de la verdad material, no importa cómo han sido los elementos de convicción aunque se hayan transgredido derechos fundamentales. Una vez que la prueba se incorpora al proceso, el juez debe valorarla; por lo que esta excepción es seguida por algunos autores que afirman que la consecuencia de una prueba ilícita no es su nulidad si no su incorporación por la verdad y la justicia.

La tesis que defiende la admisibilidad del material probatorio alcanzado mediante actos lesivos de la intimidad, descansa principalmente sobre la idea de que la actividad probatoria ha de estar inspirada en la reconstrucción de la realidad y por lo tanto prescindir de pruebas materialmente útiles por haber sido obtenidas mediante actividades ilícitas, esto equivaldría a renunciar al objetivo de que el proceso conduzca a un resultado justo. Desde esta perspectiva, la tensión entre la necesidad de aprovechar el material probatorio para los fines del proceso y la de amparar el derecho que puede ser lesionado en el afán de obtener dicho material puede encontrar equilibrio en la preservación de éste y el castigo de la actividad ilícita. (Rojas, 2012; p.225)

Efectos de la Prueba Ilícita

Los efectos que puede provocar la presencia de una prueba ilícita son dos, **el primero**, es excluir la prueba obtenida ilícitamente, es decir, impedir su admisión, no llegando por tanto a efectuar valoración alguna de la misma, pues se tiene por no admitida. **El segundo** efecto (indirecto o reflejo), es que las pruebas que provengan directamente de una obtenida ilegalmente, tampoco deben ser utilizadas, ya que se encontrarían contaminadas en su origen (Orrillo, 2010)

Valor probatorio de la prueba ilícita

La teoría de la prueba ilícita es quizás una de las materias más complejas en el campo de la dogmática procesal, pero a la vez es una de las más apasionantes pues

presenta unas claras implicaciones y connotaciones constitucionales. (Miranda, 2010).

Tradicionalmente la mayoría de nuestra doctrina se pronunciaba en favor de la admisión, validez y eficacia procesal de las pruebas obtenidas ilícitamente. Estas, se afirmaba, no estaban afectas de nulidad y podían ser utilizadas por el órgano jurisdiccional para formar su convencimiento sobre los hechos. Al margen de otro tipo de consideraciones el argumento decisivo que se esgrimía en defensa de su validez residía en la proclamación de la *verdad material* como fin del proceso penal y, por tanto, también de la prueba procesal, en contraposición con la denominada *verdad formal* característica del proceso civil. Todo aquello que pudiera ser utilizado para el descubrimiento de la verdad material debía ser valorado por el juez para formar su convicción. Resultaba irrelevante a los efectos de su apreciación el modo de obtención de las pruebas, sin perjuicio de las eventuales sanciones (disciplinarias, civiles o penales) que pudieran imponerse a quienes hubieran obtenido dichas pruebas vulnerando normas jurídicas.

La defensa que se hacía de la *verdad material* como fin del proceso penal justificaba, como corolario, la admisibilidad procesal de las pruebas ilícitas. El fin justificaba la utilización de cualquier medio probatorio. Una vez la fuente de prueba hubiera sido incorporada al proceso resultaba intrascendente su forma de obtención. Lo verdaderamente importante era su disponibilidad por el juez para el mejor esclarecimiento de la verdad de los hechos.

Frente a los planteamientos mantenidos por la doctrina tradicional, en la actualidad está consolidada la opinión, salvo posturas muy minoritarias, que propugna la “inutilizabilidad” de las pruebas obtenidas o producidas con violación de los derechos y libertades fundamentales. (Vives citado por Miranda, 2010), razona que solo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de

rechazarse: no es solo que su “verdad” resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración.

En cuanto al valor probatorio otorgado a la prueba ilícita, existe unidad de criterio con relación a restarle el valor a la prueba ilícita en su obtención, ya sea por vicios en su obtención o por la ilicitud de lo que se pretende demostrar, pero la situación varía sustancialmente cuando se trata de la prueba derivada de una violación de derechos fundamentales.

En este sentido, se ha expuesto que las soluciones brindadas al respecto han sido tres:

a) Una posición conservadora, que concluye que deben admitirse y valorarse las pruebas lícitas, aun cuando se hubiera llegado ellas con base en un procedimiento viciado, por ser irrelevante el modo de obtenerlas y considerarse superior el interés de la colectividad en que no se deje sin castigo una conducta delictiva por causa de un formalismo o tecnicismo procesal, aunque implique sacrificar los intereses del particular en el caso concreto.

b) La segunda posición, se conoce como la regla de exclusión o derivada de ésta, la teoría de los frutos del árbol envenenado. En esta existen dos intereses en conflicto, ya que si bien es cierto surge un interés de la comunidad en que los delitos sean reprimidos, también hay un interés de que en la administración de justicia resplandezca la verdad.

c) Por último, una posición intermedia indica que no es posible establecer reglas fijas para admitir o rechazar la prueba en general ilícita, por lo que ello se establece en cada caso, tomando en consideración diversos factores.

La prueba ilícita, en su más amplio sentido, es la identificación de aquellas violaciones de normas de garantías establecidas a favor del imputado, constituyendo todas las normas que reglan la actividad probatoria y los instrumentos de defensa para el mismo. La prueba ilícita, en su sentido estricto, se denomina únicamente, la obtenida o practicada con violación de los derechos fundamentales establecidos en nuestra Constitución; asimismo se pueden distinguir dos aspectos: la obtenida con

irrespeto de los derechos fundamentales y la prueba irregular, proveniente o realizada con la infracción de formalidades comprendidas en las leyes procesales. Al existir violación de los derechos y garantías constitucionales se vuelve el acto nulo absolutamente.

En este sentido, Valconi (2011), en relación a las pruebas obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales, expresa que dentro de las pruebas obtenidas o realizadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas, Domínguez citado por Miranda (1999), distingue entre: a) aquellas pruebas cuya realización es por sí misma ilícita y b) aquellas pruebas obtenidas lícitamente, pero incorporadas al proceso en forma lícita.

Las pruebas que por sí mismas pueden reputarse ilícitas, no son solo aquellas cuya ilicitud es consecuencia de no estar previstas en las leyes, sino también aquellas cuya misma realización atenta contra los derechos de las personas, pudiendo incluso conformar un delito. Dicha prohibición se deriva del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales de las personas, con independencia de que exista o no una concreta norma procesal que prevea expresamente su no admisión en el proceso.

Desde una perspectiva distinta, la doctrina viene distinguiendo según se trate de derechos fundamentales absolutos y derechos fundamentales relativos. Los primeros son aquellos que no son susceptibles de limitación o restricción alguna, por lo que cualquier violación de los mismos es inconstitucional. Los segundos son aquellos susceptibles de restricción o limitación, siempre y cuando se cumplan los presupuestos, condiciones y requisitos exigidos por la ley por ejemplo, el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, etcétera.

La vulneración de derechos fundamentales puede tener lugar no solo en el momento de la obtención de la fuente de prueba sino también en el momento de su incorporación y producción en el proceso. Dentro de estas últimas se encuentran aquellas pruebas en cuya práctica no se han respetado las garantías constitucionales de contradicción, oralidad, publicidad e inmediación impuestas por el Código

Orgánico Procesal Penal y concatenadas con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Valor probatorio de la Prueba Ilícita en el Derecho Comparado

Siguiendo las reglas de valoración de la prueba ilícita indicadas por Valconi (2011), ésta presenta un estudio de otras teorías aplicadas a la prueba ilícita en el Derecho Comparado a las cuales se hace referencia a continuación:

La Regla de Exclusión

La Regla de Exclusión es un precepto constitucional aplicable a las investigaciones y procesos penales, que establece la inadmisibilidad e imposibilidad para valorar elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida, con violación de los derechos fundamentales del indiciado, acusado o procesado.

Dicha improcedencia es extensiva a las llamadas evidencias derivadas, es decir, a los medios de conocimiento que son consecuencia de una evidencia ilícita o de un acto violatorio de los derechos fundamentales del sujeto procesal o las que solo pueden explicarse en razón de una prueba ilícita. (Caicedo, 2007; p.30)

En Estados Unidos, la regla de exclusión de las pruebas ilícitas (*exclusionary rule*) no tiene reconocimiento expreso en la Constitución. Ha sido objeto de creación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo vinculándose a las IV y V Enmiendas de la Constitución norteamericana, en las que se proclaman los derechos a no sufrir registros e incautaciones irrazonables y a no declarar contra sí mismo, a no autoincriminarse: *Boyd vs. United States*, 116 US 616 (1886) y *Weeks vs. United States*, 232 US 383 (1914). Se sienta así la doctrina de que todas aquellas pruebas que se obtengan por las fuerzas del orden público vulnerando los derechos constitucionales reconocidos en alguna de las Enmiendas citadas (se ampliará en jurisprudencia posterior a otras Enmiendas como la VI o XIV, derecho a la asistencia letrada o al proceso debido) carecerán de eficacia y no podrán ser valoradas por el juez en el proceso penal para declarar la culpabilidad o inocencia del acusado cuyo derechos fueron violados.

El fundamento inicial de la regla de la exclusión de la ilicitud probatoria tiene un claro alcance constitucional, supone una garantía reforzada para los derechos individuales y trata de evitar que accedan al proceso todas aquellas pruebas que se obtengan por las autoridades policiales conculcando derechos constitucionales de las personas. Ahora bien, posteriormente, el Tribunal Supremo norteamericano ha establecido que el fundamento principal de la regla de exclusión es preservar la integridad judicial en el proceso (*judicial integrity*) e impedir que los agentes de la policía realicen actividades ilícitas en la obtención del material probatorio con lesión de los derechos individuales (*deterrent effect*): *Elkins vs. United States*, 364 US 206 (1960); *United States vs. Calandra*, 414 US 338 (1974) y *United States vs. Janis*, 428 US 433, (1976). En definitiva, es este último fundamento de la regla de la exclusión de la prueba ilícita, el efecto disuasorio de la actividad policial en la búsqueda de elementos incriminatorios el que ha prevalecido en la jurisprudencia norteamericana.

Ahora bien, existe la posibilidad de que puedan preverse jurisprudencial o legalmente otros remedios de igual o similar eficacia para conseguir el efecto disuasorio de la regla de prohibición de la prueba ilícita, como la exigencia de una estricta responsabilidad civil o disciplinaria a los agentes policiales que lesionen los derechos de las personas en la realización de sus actuaciones indagatorias *Herring vs United States*, 555 US 513 (2009).

En otros países, la regla de la exclusión de la prueba ilícita tiene un origen eminentemente constitucional, al hallarse relacionada con el reconocimiento del Estado de Derecho y con la limitación de los poderes públicos a través de la proclamación en los Textos constitucionales de los derechos y libertades individuales. Este sería también el fundamento y objetivo principal de la regla de la exclusión de la ilicitud probatoria, la de garantizar y proteger los derechos y libertades de la persona impidiendo que puedan ser valoradas en el proceso aquellas pruebas que se obtengan de forma ilícita vulnerando los derechos individuales.

La regla de exclusión probatoria constituye la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, la preponderancia de esta regla deviene de su estrecha conexión con las

garantías constitucionales a las cuales protege y tutela, especialmente en el proceso penal que es donde más propensión existe a la violación de derechos humanos; así, con las reglas de exclusión probatoria como bien dice Cafferata (1998), en donde se busca hacer operativas en el proceso penal las garantías constitucionales, de suerte que se debe privar de valor, no solo a las pruebas que constituyan el corpus de su violación, sino también a aquellas que sean la consecuencia necesaria e inmediata de ella, descalificando así tanto sus quebrantamientos palmarios, como los larvados encubiertos.

Puede observarse también una tendencia general a la creación jurisprudencial de la regla de la exclusión de la prueba ilícita. Este es el caso de Italia o España, en los que los Tribunales Constitucionales respectivos han tenido un protagonismo esencial en su formulación, interviniendo posteriormente el legislador para elaborar una norma que reconozca genéricamente la regla de la exclusión de la ilicitud probatoria en los códigos orgánicos o procesales, ya sea de forma independiente o ya sea incluyendo la regla de la exclusión junto con la regulación de determinadas prohibiciones probatorias.

La regla de la exclusión de la prueba ilícita constituye, pues, una garantía objetiva de la libertad que tiene su fundamento en la tutela de los derechos fundamentales considerados en su doble dimensión subjetiva de derechos de los ciudadanos y objetiva de elemento esencial del ordenamiento jurídico. Ahora bien, ante la falta de concreción legislativa de a qué derechos y libertades afecta la regla de exclusión de la prueba ilícita, el Tribunal Constitucional se inclinó, en un primer momento, por aplicar esta regla a la lesión de los derechos fundamentales que tenía lugar en la fase de investigación de los hechos, esto es, durante el desarrollo de la actividad de búsqueda y recogida de las fuentes de prueba (fase o actividades extraprocesales). Por el contrario, si la lesión de los derechos fundamentales se producía en el ámbito del proceso (con la admisión o práctica de las pruebas), imperaba la regla de la interdicción de la indefensión del art. 24.1 CE y la nulidad de las actuaciones (STC 64/1986, de 21 de mayo, FJ 2).

Debe establecerse además que la regla de exclusiones probatorias, como principio que declara la invalidez de la prueba obtenida mediante violación a garantías constitucionales, así como la transmisión de esta invalidez a su consecuencia inmediata, no solo comporta prohibiciones de valoración de prueba, sino que vinculada a esta regla se guardan excepciones bajo la idea de ponderación de bienes jurídicos y efectos disuasivos dirigidos a los operadores de justicia criminal.

He aquí la complejidad del tema de la prueba ilícita y sus efectos en la dogmática procesal penal, ya que referirse a excepciones a la regla de exclusiones probatorias significa, que muy a pesar de encontrarnos con una prueba ilícita o sus derivados, se las hace valer en el proceso.

La exclusionary rule se aplica también para oponerse a aquellas pruebas que, aunque no fueron obtenidas directamente del registro ilegal, se derivan de la violación constitucional original. Se puede decir, entonces, que esta regla es una aplicación del principio clásico “*Accesorium naturam sequi congruit, principalis*” (lo accesorio sigue la naturaleza de lo principal).

La exclusionary rule como se conoce constituye un principio que se ha ido imponiendo lenta pero decididamente en el derecho comparado, logrando con el tiempo constituirse en una de las piedras angulares de un debido proceso penal también desde una perspectiva internacional.

Debe establecerse además que la regla de exclusiones probatorias como principio que declara la invalidez de la prueba obtenida mediante violación a garantías constitucionales, así como la transmisión de esta invalidez a su consecuencia inmediata no solo comporta prohibiciones de valoración de prueba, sino que vinculada a esta regla se guardan excepciones bajo la idea de ponderación de bienes jurídicos y efectos disuasivos dirigidos a los operadores de justicia criminal.

Los efectos jurídicos a que da lugar la decisión judicial de exclusión de una prueba son los de rechazo y no utilización ni valoración alguna, en la actuación procesal. Es decir, que la prueba que amerita ser excluida no puede ser considerada,

de ninguna manera, por el juez que va a decidir acerca de la responsabilidad del acusado.

Desde el derecho comparado se puede decir que la investigación de los delitos en el sistema de procedimiento penal alemán, por ejemplo, es una actividad en donde el factor discrecionalidad tiene una gran importancia y donde los jueces utilizan un método de ponderación al momento de la exclusión de pruebas. En Estados Unidos no sucede lo mismo. Una vez la regla ha sido establecida se aplica rigurosamente. Aunque hoy en día las excepciones a la regla han aumentado.

La doctrina y la jurisprudencia norteamericana, a partir de las consecuencias que se derivan de la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado, ha creado otras teorías que en forma alguna vienen a minimizar o a temperar los alcances de la primera. Entre estas se puede encontrar, la excepción de atenuación, que afirma que el vínculo prueba derivada-prueba principal es muy débil y por lo tanto no afecta el debido proceso; la excepción de la fuente independiente, referida a que el conocimiento que dio lugar a la obtención de la prueba derivada es uno completamente diferente al que dio lugar a la obtención de la prueba principal; la excepción del descubrimiento inevitable, en virtud del cual la prueba derivada en todo caso habría sido encontrada por otra vía; y la excepción del acto de voluntad propia, según la cual, cuando una prueba es obtenida por la decisión libre de una persona, se rompe el vínculo con la prueba principal.

Excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita

La regla de exclusión de la prueba ilícita por lesión de los derechos fundamentales no se va a entender en un sentido absoluto, rígido e incondicionado, ya que progresivamente, se han ido introduciendo excepciones que han atemperado su aplicación. Y es que en algunos casos excepcionales, en función de las circunstancias que concurren, y a pesar de que haya habido lesión de derechos fundamentales, los tribunales, acudiendo a una motivación determinada y al principio de proporcionalidad, otorgan eficacia a la prueba obtenida ilícitamente, esto es, con lesión de derechos fundamentales. Ahora bien, estas excepciones, como su propio

nombre indica, han de ser excepcionales, han de constituir la excepción a la regla general que es la exclusión probatoria, pues de lo contrario se corre el riesgo de que la regla general de la prohibición de la prueba ilícita se convierta en excepción y las excepciones en regla general. Las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba ilícita han surgido, una vez más, en el ámbito de la jurisprudencia norteamericana y, por su influencia, se han extendido a otros ordenamientos jurídicos como el español y el mexicano, también por vía jurisprudencial. Desde un sector de la doctrina se ha constatado cómo en el Derecho comparado se observa una tendencia generalizada a la introducción, por vía jurisprudencial, de excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, lo que conduce a una relativización o debilitamiento en su aplicación, y ello con independencia de que la regla se haya proclamado constitucional o legalmente.

Excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita procedentes de su eficacia indirecta, derivada o refleja (La doctrina de los frutos del árbol envenenado)

La Teoría de los Frutos del árbol envenenado tiene su origen en la legislación y jurisprudencia estadounidense; allí se elaboró la Teoría de los Frutos del árbol envenenado (*Fruit of the poisonous tree doctrine*), surge por primera vez en el caso *Silverthorne Lumber Co. vs United States*, (1920), pero no se acuña esta expresión sino hasta la sentencia *Nardone vs United States* (1939), en ambos supuestos se trata de intervenciones telefónicas ilegales, conforme a la cual al restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que si bien en sí mismas son legales, no obstante están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco esas pruebas legales pueden ser admitidas. Por ejemplo, si una persona es torturada y obligada a confesar un delito y decir en donde esconde armas. Con esa información se pide una orden de allanamiento y una inspección judicial, en efecto se practican las diligencias y se consiguen las armas. Según esa doctrina (Teoría de los frutos del árbol envenenado) no puede usarse la confesión ni se le podrá acusar de tener las armas.

La doctrina ha indicado que la exclusión de la prueba ilícita cumple varias funciones y destacan: 1. Función disuasiva, de la futura conducta de las autoridades, en especial de las policiales. 2. Función protectora de la integridad del sistema judicial y de su reputación. 3. Función garante del respeto a las reglas de juego en un Estado de derecho. 4. Función aseguradora de la confiabilidad de la prueba para demostrar la verdad real en el marco del sistema democrático constitucional. 5. Función reparadora de la arbitrariedad cometida en contra del procesado en el caso concreto y 6. Respeto a la dignidad humana, pues es el eje central de la constitucionalidad y del fin del Estado.

La doctrina del fruto del árbol envenenado tiene su fundamento dentro del contexto de las probanzas derivadas de pruebas ilegales, cuyo propósito va en reacción con la regla de exclusión; ambas doctrinas son indisolubles como afirma González (2004), en virtud de que ambas buscan el respeto a las garantías constitucionales y en ella conciben su razón legal. La justicia no puede aprovecharse de ningún acto contrario a la ley, para conseguir su finalidad y como afirma Cafferata, citado por Delgado (2014), "...el orden jurídico ha optado en muchos casos por la impunidad, cuando ésta ha sido el precio de la tutela de otros intereses que ha considerado más valiosos que el castigo, dándoles una protección constitucional (p.77)."

A partir de los años sesenta del siglo XX apareció en el mundo anglosajón la llamada *Teoría de los frutos curados*, por oposición a la Teoría del fruto del árbol *envenenado*, que supone haber encontrado en la razón humana, la medicina para aquellos que en principio estaban envenenados. Surgen así como medicinas para ciertas evidencias inficionadas de ilegalidad, las concepciones acerca de: a) el vínculo atenuado, b) la fuente independiente y c) el descubrimiento inevitable.

Cuando hay un afectado directamente con la prueba ilícita, puede solicitar la regla de exclusión; en el caso de un tercero que es un afectado indirecto puede solicitar la impugnación de la prueba directa o proveniente de esa ilegalidad inicial, como señala González (2014):

...si es a partir de la ilegalidad inicial que se conduce a los tramites de la investigación que luego incrimina a alguien, se revela que a pesar de no ser el titular de la garantía constitucional quebrantada, tiene un interés legítimo en alcanzar la invalidez del elemento convicción recaudado ilícitamente, acreditando su aplicación del debido proceso, del cual goza como tercero (p.90).

La teoría de los frutos del árbol envenenado, elaborada por la jurisprudencia anglosajona simboliza que las evidencias legales como resultado de pruebas ilícitas deben también ser expulsadas del proceso, esta teoría es también denominada doctrina de Efecto Reflejo de la prueba ilícita, es por ello que es necesario que entre la prueba ilícita originaria y la derivada de su violación de las garantías constitucionales y legales medie una relación causal, invulnerable a los hechos que buscan desvirtuarla.

En Alemania, el Tribunal Supremo Federal, ha desarrollado la doctrina del entorno jurídico, en donde se da la posibilidad de revisar violaciones de las leyes que contienen supuestos de prohibiciones de prueba, concretamente acerca de la práctica de las mismas.

Doctrina de la Fuente Independiente

Esta doctrina consiste en conferir valor probatorio a aquella prueba lícita, que se encuentra desvinculada causalmente de un medio de obtención de prueba ilícito, es decir cuando una prueba que es lícita no es fruto de la ilicitud o consecuencia inmediata de una prueba ilícita. Dicho medio de prueba además tiene que encontrarse consignado en el proceso, a tal punto que valiéndonos de una supresión hipotética del acto de prueba inconstitucional, igual se llegaría a las conclusiones de culpabilidad del acusado por otros medios probatorios lícitos.

Esta doctrina tiene su origen al igual que la doctrina de los frutos del árbol envenenado en la jurisprudencia de los Estados Unidos, y se da por razones de política criminal, en virtud de que la misma Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, señaló que habrá fuente independiente cuando no exista relación de un nexo causal entre la evidencia ilícita originaria y la evidencia derivada. Esta doctrina

se remonta al caso *Silverthorne Lumber CO. vs. United States*, en donde la Corte norteamericana, establece que las pruebas obtenidas por vías ilegales podrían derivar de una fuente independiente. (González, 2004).

En esta doctrina se busca identificar la autonomía del medio de prueba, y solo al establecerse su independencia se podrá dar por deducida la aplicación de la cláusula de exclusión. La Fuente Independiente es una situación que estrictamente no pertenece a un caso de excepción a la regla de nulidad de la prueba derivada, por la razón de que un medio de prueba obtenido de forma idónea, con respeto de los derechos y garantías fundamentales, no puede ser excluido del material probatorio si proviene de una fuente totalmente distinta a la prueba ilícita. Solo si la prueba es fruto de una fuente distinta a la prueba ilícita se podrá decir que es independiente y si no lo es, se debe aplicar la regla de exclusión.

En la Doctrina de la Fuente Independiente, se debe de probar el origen de dicha fuente, tiene que existir un cauce de investigación autónomo, distinto al cuestionado como ilícito, del cual se pueda inferir que existe un medio distinto para recabar el medio probatorio, en estos casos el Juez no puede emplear las máximas de experiencia para otorgar valor a la alegación de fuente independiente, la cual se debe aplicar a una situación real.

Una tesis de la doctrina defiende la postura de que solo hay que invocar la aplicación de esta doctrina como una posibilidad de haberse investigado el hecho punible por otro camino, conduciendo a los mismos resultados de la actuación nula; por su parte existe otro sector doctrinario que señala que esta doctrina tiene lugar si se demuestra que existía otra investigación ya encaminada.

Esta teoría establece que “serán aceptables en juicio las pruebas que deriven de una fuente que no haya sido “contaminada” por una actuación policiaca violatoria de derechos fundamentales”. Es decir, que la prueba podrá usarse siempre y cuando exista una fuente distinta de aquella que violó los derechos del imputado.

Esta excepción fue objeto de estudio en el caso conocido como *Murray vs. United States* de 1988 en el cual dos agentes de policía entraron sin orden de cateo a

una bodega en donde se encontraba el vehículo del acusado, y en donde hallaron marihuana, posteriormente regresaron a la bodega con la orden de cateo y confiscaron la marihuana. En este caso, la entrada inicial resultó ilegal, por lo que la droga encontrada no pudo haber sido utilizada en juicio como prueba, sin embargo, como los agentes regresaron a la bodega ya con la orden de cateo, la droga se obtuvo de forma independiente y legal (al haber sido confiscada ya con la orden de cateo), de manera que, la Corte resolvió que es aplicable la “Doctrina de la Fuente Independiente” cuando alguna prueba inicialmente descubierta, durante o como consecuencia de una pesquisa ilegal, es obtenida de forma posterior mediante otras acciones independientes que no fueron contaminadas por la ilegalidad inicial (Carbonell, 2012).

De esta forma, resulta claro que el principio de exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas no implica sacrificar la administración de justicia al preferir la protección de los derechos fundamentales, sino que precisamente al aplicar este principio, se favorece la aplicación estricta de la ley, desalentando conductas violatorias de derechos, y librando al proceso de pruebas ilícitas que afectan y restan legitimidad al proceso penal.

En Venezuela, dicha doctrina no está acogida en virtud del artículo 180 del Código Orgánico Procesal Penal, en virtud de no ser admisible ni valorada la prueba recogida con violación de los derechos fundamentales.

Teoría del inevitable descubrimiento

Esta excepción se elaboró en 1984, según la cual, una prueba directamente derivada de una prueba primaria ilícita es admisible si la fiscalía demuestra convincentemente que esa prueba habría de todos modos sido obtenida por un medio lícito, así la prueba primaria inicial si deba ser excluida.

La casuística más conocida es Nix vs Williams (1984) caso en el cual mediante inobservancia de la Sexta Enmienda (derecho a la asistencia legal obligatoria de un abogado) se logró la declaración de un sujeto sobre la ubicación del cadáver una menor de edad que el mismo acababa de dar muerte, dándose de esta forma, gracias a

su revelación, con el paradero de la víctima muerta. Condescendiéndose valor probatorio a esta confesión viciada ya que inevitablemente se hubiese descubierto el cuerpo del delito, basándose en el supuesto de que en el operativo de búsqueda se encontraban 200 agentes de policía muy próximos a la escena del crimen, lo que induce a pensar lo ineluctable del hallazgo.

Según esta regla, no se aplica la exclusionary rule si se demuestra que la prueba obtenida por medios ilícitos, pudiera ser descubierta valiéndose de medios lícitos independientes. Otro ejemplo de esta excepción es cuando luego de una detención ilegal un hombre confiesa ser autor de hurto y señala incluso que guarda las cosas sustraídas en un árbol que posteriormente cae en la vía pública a consecuencia del impacto de un relámpago y deja las cosas sobre la superficie.

El tribunal puede excluir las declaraciones del acusado, ya que fueron consecuencia de un acto ilegal, pero no puede excluir los bienes sustraídos ya que su descubrimiento era inevitable.

Según esta teoría una prueba ilícitamente obtenida es susceptible de apreciación siempre y cuando la autoridad judicial acredite que en virtud a la inminencia y la exhaustividad de las labores investigativas se pueda concluir que de todas maneras la prueba hubiese sido obtenida con el uso de medios lícitos.

Este tipo de prueba tiene un evidente carácter inconstitucional, pero su admisión se permite por la presencia de un factor externo que consiste en la inevitabilidad del hallazgo probatorio por ser tan contundentes las tareas de búsqueda de la fuente de prueba.

De manera que esta excepción “permite admitir una prueba a juicio, aunque haya derivado de otra obtenida ilícitamente, siempre que el descubrimiento de la segunda se hubiera producido incluso sin la existencia de la primera, de forma inevitable” (*Carbonell, 2012*).

El Ministerio Público tiene la carga de probar la inevitabilidad, pero se encuentra exonerado de demostrar la falta de mala fe en la recaudación de la evidencia, es decir en esta excepción existe un control para no desnaturalizar su

esencia, evitando que la Fiscalía del Ministerio Público la invoque, encubriendo los delitos de los funcionarios policiales.

Toda prueba que se obtenga directa o indirectamente con violación del debido proceso ha de ser excluida de la actuación. Se incluyen en este supuesto las pruebas derivadas que siempre deberán ser censuradas sin tener en cuenta la delgada relación con la prueba ilícita o en el carácter inevitable de su hallazgo, porque en el fondo son violatorias del debido proceso constitucional. “...la Corte Suprema de los Estados Unidos apuntó la doctrina de “descubrimiento inevitable”, es una fórmula parecida de la fuente independiente, pero en tal sentido se debe tener muy en cuenta que ambas si bien tienen un punto común: hacer valer una prueba ilícita, también tienen características que las desvinculan haciéndolas autónomas, como es el factor ineludible para invocarla del elemento tangible de “inevitabilidad” para conseguir los mismos hallazgos probatorios”. (González 2004).

La Excepción de la Buena Fe en la Actuación Policial

Como se ha anticipado, en el ordenamiento norteamericano el fundamento de la *exclusionary rule* se halla en la necesidad de disuadir a los agentes de la policía a que realicen actuaciones contrarias a los derechos individuales (*deterrent effect*). El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha considerado que la *exclusionary rule* no será aplicable en aquellos casos en que la policía, aunque actuó de forma ilícita, esto es, con lesión de derechos individuales, lo hizo en la creencia de que lo hacía de buena fe, es decir, dentro de los márgenes de la ley o de la Constitución. En consecuencia, este tipo actuación policial eliminaría el efecto disuasorio (*deterrent effect*) sobre el que descansa la *exclusionary rule*.

Esta excepción se aprecia por el Tribunal Supremo en el caso *Leon vs. United States*, 468 US 897 (1984), en el que la policía llevó a cabo un registro domiciliario actuando de conformidad con un mandamiento judicial que consideraba ajustado a Derecho. Sin embargo, con posterioridad, un órgano judicial superior estimó que dicho mandamiento había vulnerado la IV Enmienda al haberse dictado sin concurrir causa probable. Sin embargo, el Tribunal Supremo admitió la validez de las pruebas

obtenidas en el registro al entender que los agentes de la autoridad habían actuado de buena fe (*good faith exception*), creyendo que su conducta se hallaba amparada por un mandamiento judicial legal. De ahí que en este caso no opere el efecto disuasorio que persigue la *exclusionary rule* de evitar futuros comportamientos ilícitos de la policía.

La excepción de la buena fe funciona en la práctica neutralizando la aplicación de la propia regla de exclusión de la prueba ilícita, al facilitar la utilización en el proceso penal de pruebas que se obtuvieron con vulneración de derechos fundamentales. Se trata, pues, de una verdadera excepción a la aplicación directa de la regla de la exclusión probatoria ilícita.

Es otra de las famosas excepciones a la regla de exclusiones probatorias, implica que el medio de prueba ilícito ha sido obtenido sin intención dolosa de cometerlo, y al creerse que se ha actuado en derecho puede ser valorado ya que el efecto disuasivo que contiene la regla de exclusiones probatorias, no puede reputarse a alguien que actúa de buena fe, debido a que su intención no fue esa, no pudiéndose persuadir a abstenerse de vulnerar garantías constitucionales a alguien que no ha querido hacerlo.

La referida excepción ocurre cuando la autoridad obtiene algún medio de prueba estando bajo la creencia de que se encuentra actuando legalmente, pero que inintencionadamente comete alguna conducta ilícita. Es decir, “se configura cuando un agente de policía actúa de buena fe, pero viola un derecho fundamental” (Carbonell, 2012).

Si el acto que genera la obtención de pruebas incriminatorias es ilegal y esta condición es ignorada por el ejecutor, no hay lugar a la *exclusionary rule* toda vez que se actúa de buena fe. Esta situación se da generalmente cuando se realizan registros amparados en una orden judicial que posteriormente es declarada ilegal por un tribunal superior.

Esta excepción se encuentra presente en el caso de *United States vs. Leon* de 1984 en el cual se acudió ante un juez para solicitar una orden de cateo para el

domicilio del acusado, en donde se localizaron grandes cantidades de droga. Sin embargo, el acusado, el señor Leon, alegó que la orden de cateo era ilegal, por carecer de los requisitos legales, y que por lo tanto no se debía admitir la droga encontrada como prueba en el juicio. La Corte determinó que los oficiales que realizaron el cateo actuaron de buena fe, confiando en la legalidad de la orden judicial emitida por un juez neutral, de manera que la droga encontrada no fue excluida del juicio. (Rudstein, 2008).

Ahora bien esta excepción tiene ciertos límites, de manera que no se puede invocar cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.- Cuando la autorización judicial derivó de una declaración jurada falsa del propio agente o de uno de sus superiores.
- 2.- Cuando el juez en cuestión carece de neutralidad respecto al caso.
- 3.- Cuando faltan indicios suficientes en la declaración jurada.
- 4.- Cuando la orden es omisa, por lo que hace a la particularidad de la delimitación del ámbito de la autorización a la policía, lo cual acontece cuando se da una orden genérica de cateo, sin señalar lo que se debe buscar o el lugar preciso en el que se debe realizar la búsqueda.
- 5.- Cuando existen defectos en la ejecución de la orden judicial que autoriza un registro (Carbonell, 2012).

En el Derecho Penal solo se castiga la culpabilidad y dentro de ella se ubica el dolo, por lo que los partidarios de esta excepción manifiestan que al existir la ausencia del dolo no puede haber un castigo como resultado procesal.

Afirma Chiesa (1995 citado por González, 2004), lo siguiente:

En el caso normativo y ya clásico de *United States vs. León*, la Corte Suprema crea una excepción a la regla de exclusión ya en el área de la evidencia sustantiva. La Corte empieza a precisar así la controversia que a resolver: si debe modificar la regla de exclusión de la Enmienda Cuarta para no prohibir el uso como prueba sustantiva de evidencia obtenida por los funcionarios gubernamentales que actúan al confiar de buena fe en una orden de registro

expedida por un magistrado aunque luego se determina que la orden fue expedida sin causa probable. La Corte resuelve la controversia en la afirmativa, creándose así la excepción a la regla de exclusión conocida por “buena fe”. Ante la presencia de estos casos se debe admitir las pruebas, porque los funcionarios actúan de buena fe y no existe la materialización de uno de los fundamentos de la regla de exclusión, como lo es el efecto disuasivo en los funcionarios públicos, en virtud de no existir un vicio procesal que afecten las garantías constitucionales.

Una casuística famosa que ilustra esta excepción es el caso O. J. Simpson, en donde al encontrarse el cadáver asesinado de su ex mujer y al presunto amante de ésta, la policía se introdujo sin orden de allanamiento al domicilio del O. J. Simpson bajo la creencia de que su vida podía correr peligro, y no para obtener pruebas en su contra. De esta manera el guante ensangrentado que allí se encontró, fue admitido como prueba, aunque después por defectos en la práctica de la prueba parcial el análisis de la sangre no arrojó ningún dato concluyente sobre la culpabilidad de Simpson por lo que por ésta y varias razones fue absuelto.

La Doctrina de la conexión atenuada

Es una doctrina que se encuentra en medio camino entre el reconocimiento de las pruebas ilícitamente obtenidas y la teoría de la fuente independiente. Se exige que el hecho por el que se reputa la culpabilidad nazca de manera autónoma y espontánea, existiendo bien un lapso entre el vicio de origen y la prueba derivada (Rivera, 2011).

Respecto a esta doctrina, Parra (2004) sostiene que consiste en sopesar, en el caso concreto los derechos fundamentales en conflicto y excepcionalmente permitir la aducción de pruebas, que en otras circunstancias serían consideradas ilícitas. Si el vínculo entre la conducta ilícita y la prueba es tenue, entonces la prueba derivada es admisible.

Este principio se refiere a que, no es aplicable la regla de la exclusión cuando la distancia entre la prueba viciada y un segundo elemento de prueba no permita considerar que la primera afecta al segundo, de forma que la mancha original ha sido borrada; es posible utilizar una prueba derivada o subsecuente, que tenga un nexo

causal (que guarde alguna relación) con una prueba inicial que haya sido obtenida de forma ilícita, siempre y cuando este nexo causal se encuentre tan aminorado o atenuado que permita que la prueba derivada pueda ser utilizada en juicio. Carbonell menciona algunos elementos que permiten identificar cuando el nexo causal se encuentra atenuado, es decir, cuando la “mancha” que contaminó la prueba inicial obtenida ilícitamente, ha sido eliminada o deja de afectar a las pruebas derivadas de ésta, permitiendo su admisión en juicio:

1.- El tiempo transcurrido entre la primera ilegalidad y la obtención de las pruebas derivadas (si el tiempo es mayor existen más probabilidades de que un tribunal admita la prueba derivada).

2.- Los acontecimientos que intervienen entre la primera ilegalidad y la obtención de pruebas derivadas (si la cadena lógica es muy extensa, es más probable que la prueba sea admitida; si tal cadena es corta, dada la inmediatez de la obtención de la prueba derivada, la inadmisión es más que probable).

3.- La gravedad de la violación originaria, dentro de la que se aplica la máxima según la cual si el árbol está más envenenado, será más difícil que sus frutos estén sanos.

4.- La naturaleza de la prueba derivada.

De esta manera, si se actualiza cualquiera de las circunstancias anteriores, entonces la ilegalidad se atenuará y las pruebas obtenidas de forma ilícita podrán admitirse en juicio (Carbonell, 2012).

El paradigma casuístico es Wong Sun vs. United States (1963) caso de drogas en el que se arresta en forma viciada e inconstitucional a una persona quien a la vez incrimina a otra detenida también en forma indebida, y ésta, la otra persona, sindicada e involucra a un tercero (Wong Sun) quien previo a la audiencia de juzgamiento confiesa voluntariamente admitiendo su responsabilidad penal.

La excepción de la atenuación consiste en que no se aplicará la cláusula de exclusión, si la autoridad demuestra que la conexión entre la prueba ilícita y la obtenida por reflejo se ha atenuado o disipado por otros elementos probatorios,

siendo que la relación existente entre esta y aquella es mínima. Respecto del Vínculo atenuado la doctrina no es muy clara al respecto, pues la postura mayoritaria sostiene que la Prueba en estas condiciones conserva un vínculo con la prueba nula, y puede decirse que sigue la suerte de las pruebas derivadas, esto es, afectación por el vicio supra legal. No obstante, el nexo de causalidad se atenúa por la mediación de factores externos que le imprimen a la prueba caracteres de medio independiente que producen el efecto indicado.

Dentro de ciertos medios de prueba derivados puede permanecer y subyacer la ilicitud como origen remoto, al nacer de una prueba ilícita con la cual se preserva un vínculo tenue y lánguido; y es en virtud de esta consideración que no se impide su valoración por parte del juez. El criterio de proporción, se vislumbra de manera peligrosa, ya que es una desnaturalización de la prueba ilícita, y no se puede buscar la verdad en el proceso penal a cualquier costo; este criterio es contrario a los postulados filosóficos de un sistema acusatorio, cuya esencia se concibe en el debido proceso, que castiga al delito evitando las arbitrariedades policiales, es por ello que nuestro sistema procesal penal, inadmite toda prueba ilícita y esta excepción el legislador venezolano no la acoge, en virtud del artículo 49 de la CRBV y los artículos 174 y 175 del COPP.

Tratamiento de la prueba ilícita en el Derecho Comparado

En el derecho comparado existen tres tendencias sobre la naturaleza y trascendencia de la prueba ilícita, la tradición Anglosajona, la tradición Romana y la tradición Germana.

Tradición Anglosajona

En la tradición anglosajona existe una regla general de exclusión de la prueba ilícita con dos tendencias: La de Estados Unidos donde la regla de exclusión es imperativa y no hay margen de discrecionalidad para el juez; y la de Gran Bretaña, Canadá y Australia, donde el juez cuenta con discrecionalidad para sopesar la prueba y aplicar factores de ponderación. Los países de esta tradición otorgan al juez penal un cierto grado de discrecionalidad, ya que le permiten emplear y sopesar diversos

factores previamente, con excepción de los Estados Unidos, en donde los jueces deben respetar las reglas y excepciones en materia de evidencias ilícitas sentadas por la Corte Suprema de Justicia y aplicarlas rigurosamente al caso concreto.(Parra, 2004).

El Derecho anglosajón es un sistema "jurisprudencial", en tanto la principal fuente del mismo son las sentencias judiciales (el conjunto de las mismas se denomina "jurisprudencia"), las cuales tienen un carácter "vinculante", es decir, son obligatorias para todos los jueces, quienes no pueden apartarse de las decisiones tomadas previamente por otros magistrados; desde el punto de vista de la jurisprudencia (y no de las fuentes del derecho), en el sistema anglosajón cada fallo de cada juez sienta una base jurisprudencial firme y con rango de norma legal.

El sistema de Derecho anglosajón se basa, sobre todo, en el análisis de las sentencias judiciales dictadas por el mismo tribunal o alguno de sus tribunales superiores (aquellos a los que se pueden apelar las decisiones tomadas por dicho tribunal) y en las interpretaciones que en estas sentencias se dan de las leyes. Por esto las leyes pueden ser ambiguas en muchos aspectos, ya que se espera que los tribunales las clarifiquen (o estos ya lo han hecho sobre leyes anteriores, pero similares). Este es el motivo por el cual en Estados Unidos aún se enseñan normas de la época colonial inglesa.

Un detalle muy importante es que, la *ratio decidendi* que significa literalmente en español "razón para decidir" o "razón suficiente" de las sentencias previamente dictadas obligan a un tribunal (y todos los tribunales inferiores a éste) a fallar de la misma manera o de forma similar. Por esto el estudio del sistema se basa en el análisis detallado de las sentencias de las cuales se induce la norma, estudio que termina en la elaboración de un "caso típico", el cual se compara con la situación en estudio para ver si es similar o no. En muchas ocasiones se analizan diversas sentencias que contienen el mismo principio, visto desde diversas ópticas, para extraer finalmente la norma que se aplicará al caso en estudio.

Ahora bien, todo aquello que por exclusión no constituya la *ratio decidendi* será *obiter dictum*, es decir, serán aquellas consideraciones que no son necesarias para la decisión del caso, aunque pueden servir para robustecer a la razón de decidir.

Por otro lado, existen interpretaciones judiciales que crean figuras jurídicas nuevas, lo que en un principio era la norma, pero hoy es la excepción. Sin embargo se mantiene la nomenclatura que reconoce como *delito estatutario*, por ejemplo, al delito creado por la ley.

En el Derecho Anglosajón existe una fuerte tendencia hacia la "codificación" de las reglas jurídicas, esto es, una creciente producción de normas escritas, que van desplazando paulatinamente los antiguos precedentes judiciales y los van reemplazando por normas escritas. Este fenómeno es posible gracias a la enorme flexibilidad que caracteriza al derecho anglosajón.

La mencionada flexibilidad del Derecho anglosajón puede comprobarse en la circunstancia de que el mismo comenzó siendo un sistema de derecho consuetudinario o costumbrista, en el que la principal fuente de derecho eran las costumbres, que se conocían como "derecho común" ("common law"). Posteriormente, y debido a la actuación de los tribunales judiciales, evolucionó hasta que los precedentes se encumbraron como la principal fuente de derecho, y el sistema pasó a convertirse en uno de "derecho jurisprudencial" (Merryman, 1997)

Afirma Saavedra (2004), que en los Estados Unidos la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la prueba ilícita ha tomado contornos constitucionales porque fundamentalmente este tipo de decisiones ha girado alrededor de los derechos y garantías penales y procesales consagradas en las enmiendas IV y V de ese país.

Finalmente, en cuanto a la terminación de la obligatoriedad del precedente, ésta se denomina *overrule* y se puede hacer de dos formas: el legislativo y el judicial. En cuanto al primero se realiza cuando el poder legislativo establece en una ley un principio diferente al contenido en un precedente. En cuanto al segundo, ocurre porque la razón de un precedente ya desapareció; porque una decisión esté equivocada; porque una sentencia vaya en contra de un principio de derecho o de la

justicia, o porque simplemente la decisión ya no es aplicable a las nuevas circunstancias.

Tradición Romana

Para los juristas romanos, el derecho era el resultado de las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones imperiales, edictos de los magistrados y respuestas de los Prudentes. A esto hay que añadir la fuente del derecho más abundante en su origen: la costumbre.

El mos maiorum, esto es, las tradiciones de los antepasados relativas a lo que se estima como justo, sirvió de base a la organización gentilicia y familiar, a todo este sistema de relaciones privadas y a la estructura jurídica, religiosa, cultural y social de Roma, hasta la aparición de la Ley de las XII Tablas (mediados del siglo V a.C.)

Mientras no hubo leyes escritas, el dominio de los pontífices sobre el Derecho fue prácticamente total. En los libri pontificales se guardaban los dictámenes sobre cuestiones públicas, y sólo los pontífices podían consultarlos.

Ya que ni los magistrados ni los jueces estaban en realidad familiarizados con el derecho, llegaron a ser de gran importancia personas que, aunque no participaban en la administración de la justicia, sí tenían conocimientos legales: eran los iurisprudentes (también llamados iurisconsulti o iurisperiti). Los responsa iurisprudentium eran grabados y editados por los alumnos del experto en cuestión, y tenían autoridad proporcional a su reputación como abogado.

La época clásica, que correspondió a la de la consolidación del Derecho Romano como un derecho de juristas, se extendió desde el 130 a.C. hasta el 230 d.C. Quinto Mucio Escévola, que fue cónsul el año 95 a.C., escribió la primera exposición sistemática del ius civile en 18 libros, que se ocupaban ordenadamente de las siguientes materias: herencia, personas, cosas, y obligaciones.

Esta labor codificadora culmina en las grandes compilaciones de Justiniano. El conjunto de compilaciones de Justiniano, realizadas entre 528 y 533, se conoce desde el siglo VI con el nombre de Corpus iuris civilis, y se reparte en los siguientes bloques:

1.- Institutiones: de carácter elemental, dedicadas a los estudiantes, cuya base son las Institutiones de Gayo.

2.- Digesta o Pandectae: compilación de textos de jurisconsultos clásicos (Ulpiano, Paulo, Papiniano y Juliano).

3.- Codex: compilación de leyes, ordenadas por materias.

4.- Nouellae: constituciones imperiales posteriores a las compiladas en el Codex.

La compilación de Justiniano se considera como el derecho usual en el Imperio de Occidente, heredero y continuador del Imperio Romano. Los estudios se incrementaron en los siglos sucesivos, con una orientación teórico-práctica y este *mos italicus* (sistema italiano) se extiende a todas las universidades de Europa durante los siglos XV y XVI. En algunos países pervivió el Derecho Romano como derecho supletorio e incluso como derecho común.

En la tradición Romana, ejemplificada con Francia e Italia, la legislación procesal estableció un rígido sistema de nulidades sustanciales y procedimentales que exigen una debida fundamentación del juez al aplicarlas.

En Italia, las pruebas ilícitas son consideradas no nulas, sino inutilizables, al señalar el Código de Procedimiento Penal Italiano, que no se pueden utilizar pruebas que hayan sido adquiridas con violación de una expresa prohibición. La inutilización no surge de la violación de cualquier norma que estatuya reglas para la asunción de la prueba.

La problemática de la prueba ilícitamente obtenida se diversificará según cual sea la persona de su autor; si se trata de un órgano de la autoridad pública, es la misma constitución, la que prohíbe su utilización, si es un particular el autor del acto ilícito la reacción social se limita a la aplicación de las normas del Código Penal, sin reclamar ulteriores sanciones de naturaleza procesal, así la prueba será perfectamente admisible.

Tradición Germánica

Se denomina Derecho Germánico al conjunto de normas por las que se regían los pueblos germánicos que invadieron el Imperio Romano de Occidente. No poseían un código legislativo; se regían bajo el derecho consuetudinario. Sin embargo, tras el contacto con la forma de vida romana, surgieron algunos códigos de leyes promulgados por los reyes como es el caso del Código de Eurico.

En el Derecho Penal Germano son famosas las ordalías aplicadas en el Derecho Germánico. Con las ordalías se pretendía determinar la culpabilidad o no de una persona. Incluso podía tratarse de un tercero ajeno al proceso el que se sometiese a la prueba (ordalías de representación).

Un acusado debía demostrar su inocencia sometándose a pruebas tales como sostener una piedra al rojo vivo, o agua hirviendo. En ocasiones también se obligaba a los acusados a permanecer largo tiempo bajo el agua. Si era capaz de soportarlo, se entendía que Dios le ayudaba por ser no culpable. La naturaleza de las mismas tenía carácter de medio de prueba y juicio de Dios.

El derecho germánico se considera el tercer ordenamiento jurídico, en orden de importancia y después del Derecho Romano y el Derecho Canónico para la formación del Derecho occidental actual. Se considera que figuras como las relaciones jurídicas mancomunadas o la comunidad de bienes proceden directamente del Derecho germánico.

En la tradición Germánica no existe ni regla general de exclusión ni un sistema de nulidades sino un sistema en el que el juez tiene el poder para determinar en cada caso cuando una prueba obtenida con violación de derechos debe desestimarse, aplicando un método de ponderación de factores múltiples jurídicamente relevantes. Dentro de esta tradición se encuentra Alemania y Suiza.

Alemania integra el grupo de países que derivan de las normas y principios constitucionales que consagran derechos a los individuos, prohibiciones en el orden probatorio, y se halla también en el grupo de países que han introducido excepciones al principio de inadmisibilidad. El correlativo frente a los excesos del principio de

inadmisibilidad es el principio de proporcionalidad, el cual impone un examen entre el medio empleado y la finalidad.

Los factores que son ponderados por el juez, para excluir la prueba ilícita son múltiples, entre los cuales se tienen en consideración la seriedad del delito, la gravedad del vicio probatorio, los intereses constitucionales en juego dentro de los cuales se destaca el interés en que la violación de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal no quede en la impunidad sacrificándose la verdad real.

En el plano jurídico, los germanos tuvieron una influencia relativa en occidente; los códigos germánicos no se han conservado en su forma primitiva, sólo se conocen ya evolucionados y redactados en latín. Muy pronto el Derecho Romano adulteró las costumbres germánicas. No obstante, el sistema administrativo de los reinos sucesores del Imperio pronto se distanció de la anterior organización romana. La administración civil fue absorbida por la corte o por las instituciones militares y los recursos públicos del soberano desempeñaron un papel secundario al lado de los producidos por la explotación del dominio y la administración de justicia (Merryman, 1997).

La Nulidad de la prueba ilícita y la Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado

La CRBV, en el artículo 49 ordinal 1°, establece el principio de nulidad de las pruebas violatorias al debido proceso:...”*serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso*”, y el artículo 174 del COPP establece que los actos cumplidos en contravención o con inobservancia de las condiciones previstas en este código, la CRBV, las leyes, tratados, convenios y acuerdos internacionales, suscritos y ratificados por la República, no podrán ser apreciados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, salvo que el defecto haya sido subsanado o convalidado.

Asimismo, el artículo 175 eiusdem sanciona con nulidad absoluta los actos que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías fundamentales previstos en dicho texto legal, en la CRBV, las leyes, tratados, convenios y acuerdos

internacionales, suscritos y ratificados por la República; por lo tanto la nulidad absoluta es de carácter insubsanable, no puede ser salvada ni aun con expreso consentimiento de las partes, ha de ser declarada a pedimento de éstas o de oficio, en cualquier estado o grado del proceso. Del análisis de esta normativa se deduce que las pruebas tienen valor si son lícitas, es decir, si en su obtención e incorporación no ha habido violación al debido proceso.

Esto quiere decir que las pruebas que hayan sido obtenidas sin respetar los derechos de la persona, sin los procedimientos establecidos por la ley o utilizando medios engañosos o fraudulentos son nulas, pues el COPP en el artículo 181 prevé que 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 y que no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en el 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 procedimientos ilícitos.

Según prevé el artículo 179 del COPP, la nulidad se declarará mediante auto razonado bien de oficio o a petición de parte. El auto que acuerde la nulidad deberá individualizar plenamente el acto viciado u omitido, determinará concreta y específicamente, cuáles son los actos anteriores o contemporáneos a los que la nulidad se extiende por su conexión con el acto anulado, cuáles derechos y garantías del interesado afecta, cómo los afecta, y, siendo posible, ordenará que se ratifiquen, rectifiquen o renueven.

Por otro lado, se observa que el artículo 179 del COPP, no establece quienes son las personas legitimadas para intentar la nulidad de una prueba ilícita; sin embargo debería decretarla el juez de oficio y en su defecto el legitimado sería el imputado, de conformidad con el artículo 424 de la ley adjetiva penal, quien es la persona sobre la cual recae el efecto negativo de dicha prueba.

Además, el juez puede, de oficio, declarar la nulidad de la prueba en cualquier grado y estado del proceso, por lo que no hace falta que las partes aleguen la ilicitud de la prueba puesto que al juez le corresponderá determinar cuál ha sido la garantía constitucional afectada, y al constatar que existe el vicio resolverá, mediante un auto o en la sentencia según sea la etapa del proceso, y atendiendo a la gravedad del asunto decretará la nulidad de la prueba.

Afirma González (2004), que hay un sector en la doctrina que se inclina por considerar necesaria la petición previa de la parte interesada, ya que su silencio podría entenderse como una aceptación tácita de los efectos jurídicos de la prueba ilícita. Sin embargo, aunque el particular no haya pedido la ineficacia de la prueba ilícita en primera vista oral nada impide que de oficio el juez considere que las probanzas son ilícitas y no se podría manifestar, que el no alegarla en una etapa procesal pudiese convalidarla por cuanto en todo estado y grado del proceso se puede solicitar la nulidad.

Lo que establece nuestro sistema procesal es que cuando las nulidades sean absolutas: todo aquello que tiene que ver con la nulidad de la actividad judicial donde esté presente la intervención, asistencia y representación del imputado, la forma en que se establezca, la inobservancia y violación de derechos y garantías en general, en estos casos las nulidades se hacen valer ex officio y de pleno derecho; mientras que en los otros tipos de nulidades se requieren la instancia de parte y son normalmente saneables.

Cuando el COPP, establece que no podrá fundarse una decisión judicial ni utilizar como presupuesto de ella los actos cumplidos en contravención a la forma que prevé el Código, la Constitución, las leyes y los tratados y convenios internacionales suscritos por la República, se está estableciendo el tema de las nulidades de manera abierta, sólo atendiendo a la infracción de garantías constitucionales y aquellas que se encontraren planteadas por la normativa internacional de los derechos humanos, en cuyo caso se procederá a la nulidad de los actos procesales, con lo cual se está consagrando un sistema de nulidades implícitas o virtuales.

Como se estableció con anterioridad, en estos artículos se establece el principio de la legalidad de las pruebas y éste 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, ya que sería ilícita una prueba ilegalmente lograda, como ilegalmente incorporada.

Igualmente en el artículo 182 del COPP, se establece la libertad de prueba la cual prevé: “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”. Es así que, un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y ser útil para el descubrimiento de la verdad.

Este principio de libertad probatoria está unido al de su licitud y al de su libre apreciación. Así mismo, la licitud de la prueba como argumento contrario a la ilicitud de la prueba, está también previsto en el artículo 183 del Código Orgánico Procesal Penal; toda vez que el mismo establece: “Presupuesto de Apreciación. Para que las pruebas puedan ser apreciadas por el tribunal, su práctica debe efectuarse con estricta observancia de las disposiciones establecidas en esta Código”. Este artículo establece la legalidad de incorporación de la prueba al proceso como requisito de su apreciabilidad, en todas las fases del proceso.

Aunado a ello, la disposición establecida en el artículo 25 de la CRBV, establece la nulidad de los actos del Poder Público, que hagan nugatorios los derechos garantizados al ciudadano por la Constitución y la ley; lo que significa una protección constitucional ante los abusos de los funcionarios públicos; en tal sentido, estos actos serán nulos.

Por su parte, el artículo 13 del COPP, establece la finalidad del proceso. “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”.

Delgado (2014), señala que con fundamento a las 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; y 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 (p.76).

Por último, el artículo 180 del COPP, desarrolla el efecto de la declaración de la nulidad, al establecer que: "La nulidad de un acto, cuando fuere declarada, conlleva la de los actos consecutivos que del mismo emanaren o dependieren", porque precisamente la nulidad sobreviniente de los actos derivados del acto impugnado la estableció el legislador como un efecto directo de la declaración de nulidad.

El artículo 181 del COPP, recoge, en la parte in fine la teoría de los frutos del árbol envenenado, en virtud de que una evidencia obtenida de manera ilegal en un procedimiento contra un ciudadano determinado no podrá usarse contra otro ciudadano, ni contra el primero, aun cuando sea corroborado por algún medio legal, y que se trataría de uso indirecto de la prueba obtenida ilegalmente.

Cuando el legislador estableció en el artículo 181 del COPP la frase: “Así mismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos”; recoge la teoría de los efectos reflejos provenientes de los frutos del árbol envenenado.

El encabezamiento del artículo 181 del COPP, establece que los elementos de convicción tendrán valor probatorio al ser obtenidos de manera lícita; en tal sentido el alcance dado a la palabra valor, se circunscribe a la valoración y apreciación de la prueba, y por lo cual se establece la inadmisibilidad de la evidencia obtenida con violación a derechos fundamentales.

Medios de Impugnación de la Prueba Ilícita Penal

El legislador venezolano ha establecido en el artículo 49 numeral 1 de la CRBV, que las pruebas obtenidas por violación del debido proceso serán nulas; por lo que estas pruebas deben ser impugnadas para que sean desechadas del proceso penal, por lo que si no se impugnan surtirán los mismos efectos jurídicos que una prueba obtenida e incorporada al proceso sin quebrantamiento al debido proceso.

El COPP establece en el artículo 423 la impugnabilidad objetiva, al señalar que las decisiones serán recurribles solo por los medios y en los casos expresamente establecidos; pero presenta un vacío legal de cómo tramitar la impugnación de la prueba ilícita.

Sin embargo, con respecto al momento de impugnación de la prueba ilícita; el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, Sentencia N° 003, de fecha 11 de enero de 2002, ha establecido sobre el momento de alegar la nulidad de la prueba ilícita, lo siguiente: “En cuanto a las nulidades absolutas, nuestro sistema procesal vigente acoge la doctrina italiana, manifestada en la opinión del tratadista Leone (1946), para quien existen una serie de aspectos que deben seguirse plenamente y de no ser así producen nulidades, las cuales son denunciabiles en cualquier estado y grado del proceso, pues afectan la relación jurídica procesal. Por lo tanto las partes y el Juez deben producir la denuncia de la falta cometida a objeto de imponer el correctivo.”

En el proceso penal venezolano se distinguen cuatro fases, a saber: fase preparatoria, fase intermedia, fase de juicio y fase de ejecución.

Fase preparatoria, La CRBV y el COPP, establecen los fundamentos para solicitar la nulidad de los elementos de convicción y diligencias de investigación que se hayan realizado en esta fase con violación del debido proceso, ya sea, porque no se haya cumplido con los requisitos para su adquisición o en violación al derecho a la defensa, presunción de inocencia o al principio de afirmación de libertad. Aunado a la potestad del control jurisdiccional, que le otorga el legislador al Juez de la fase preparatoria en el artículo 264 del COPP, en el cual se establece dentro de esa

actividad la competencia para suprimir del proceso los elementos de convicción conseguidos en forma ilícita.

Fase intermedia, después que el Ministerio Público hubiere presentado como acto conclusivo una acusación en contra del imputado, que cumpla con los requisitos exigidos en el artículo 308 del COPP entre éstos el ofrecimiento de los medios de prueba que se presentarán en el juicio, con indicación de su pertinencia y necesidad, el imputado en su escrito de descargo de conformidad con las facultades y cargas de las partes que les confiere el legislador, éste también promoverá sus pruebas que producirán en el juicio oral con indicación de su pertinencia y necesidad y podrá impugnar las pruebas ilícitas ofrecidas por el Ministerio Público, para que el Juez tome en consideración esta impugnación al momento de decidir sobre la admisión de la acusación, la legalidad, licitud, pertinencia y necesidad de las pruebas ofrecidas para el juicio oral en la audiencia preliminar, conforme lo establece el artículo 313, numeral 9 del COPP. Esta decisión debe ser debidamente fundamentada en el Auto de Apertura a Juicio, establecido en el artículo 314 eiusdem en donde constará la admisión de las pruebas ofrecidas, su legalidad, licitud, pertinencia y necesidad, dejando claro el legislador que este auto es inapelable, salvo que la apelación se refiera a una prueba inadmitida o a una prueba ilegal admitida. En este caso se impugnaría la prueba ilícita mediante el Recurso de Apelación de auto ante el mismo juez de control.

Fase de juicio oral y público, de conformidad con el artículo 315 del COPP, puede la parte afectada alegar la nulidad de la prueba ilícita y el Juez de juicio está obligado a pronunciarse sobre esa solicitud al fundamentar su sentencia, de lo contrario la sentencia estaría viciada de nulidad por falta de motivación, la cual sería impugnada mediante el recurso de apelación de sentencia establecido en el artículo 444 del COPP.

En el proceso penal venezolano, el imputado podrá siempre impugnar una decisión judicial en los casos en que se lesionen disposiciones constitucionales o legales sobre su intervención, asistencia y representación, aunque haya contribuido a

provocar el vicio objeto del recurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 427 de la ley adjetiva penal, por lo que podría hacer uso de una gama de medios de impugnación con el fin de atacar una prueba por su ilicitud, los cuales se interpondrán en las condiciones de tiempo y forma que se determinan, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 426.

Dichos medios de impugnación son los siguientes:

- Recurso de apelación de autos.

Mediante este recurso se puede impugnar desde la fase preparatoria los elementos de convicción o diligencias de investigación, que recabe el Ministerio Público con violación al debido proceso y en los que el juez de control fundamente su decisión. Este recurso se interpondrá por escrito debidamente fundado ante el Juez de Control que haya dictado la decisión.

- Recurso de apelación de sentencia.

Cuando se ha dictado una sentencia condenatoria basada en prueba ilícita, ésta puede ser atacada por vulneración al principio de inocencia y así lograr la nulidad de la sentencia y la absolución del imputado, puesto que este principio requiere para ser enervado de que las probanzas incriminatorias se practiquen cumpliendo el debido proceso. En tal sentido, el COPP, regula esta situación en el artículo 444, al establecer en el numeral 4 que uno de los motivos por los cuales sólo se podrá fundar el recurso es cuando la sentencia se funde en prueba obtenida ilegalmente o cuando ésta sea incorporada con violación a los principios del juicio oral y conforme al numeral 5, también se podrá fundar dicho recurso cuando exista violación de la ley por inobservancia o errónea aplicación de una norma jurídica.

- Recurso de Casación.

Mediante este recurso, establecido en el artículo 452 del COPP, se puede denunciar la ilicitud de las pruebas ante la Sala de Casación Penal, fundando el recurso en violación de la ley, por falta de aplicación, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. Al establecer dicho artículo que: “El recurso de casación

podrá fundarse en violación de la ley", infiere que dentro de este supuesto se encuadra el control de la ilicitud probatoria, concretamente el incumplimiento del debido proceso en la administración de justicia penal.

- Recurso de Amparo Constitucional.

Este es un remedio judicial eminentemente extraordinario, urgente, residual o especial, del que se puede hacer uso y que solo procede cuando se haya agotado todos los recursos ordinarios, no existen o sean inoperantes otras vías procesales que permitan la reparación del daño. El Amparo Constitucional es un medio procesal constitucional del ordenamiento jurídico, que tiene por objeto específico hacer real, eficaz y práctica, las garantías individuales establecidas en la Constitución, buscando protegerse de los actos de todas las autoridades cuando violen dichas garantías. Esta acción de tutela es una vía idónea para expulsar la prueba ilícita del proceso, puesto que se han violados derechos fundamentales en su obtención o en su irregular incorporación al proceso. En tal sentido, en el artículo 26 de la CRBV, se encuentra establecida la acción de tutela cuando textualmente refiere: Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El legislador constitucional en esta disposición fundó las bases de la acción de tutela desde el punto de vista sustantivo, y la consagró como un derecho y no como mera acción para defender derechos, el legislador se refiere a que cualquier persona puede pedir protección y efectiva tutela de sus derechos, por lo que se infiere que la prueba ilícita quebranta el debido proceso.

- Recurso Extraordinario de Revisión Constitucional.

Dispone el artículo 336 numeral 10 de la CRBV que es atribución de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: *“Revisar las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas*

dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva”.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en su artículo 25, numeral 10, dispone que es competencia de la Sala Constitucional: “...revisar la sentencias definitivamente firmes que sean dictadas por los Tribunales de la República cuando hayan desconocido algún precedente dictado por la Sala Constitucional; efectuado una indebida aplicación de una norma o principio constitucional; o producido un error grave en su interpretación; o por falta de algún principio o normas constitucionales”. El artículo 25 numeral 11 de la misma ley orgánica establece como competencia de la Sala “...Revisar las sentencias dictadas por las otras Salas que se subsuman en los supuestos que señala el numeral anterior, así como la violación de principios jurídicos fundamentales que estén contenidos en la Constitución de la República, tratados, pactos o convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República o cuando incurran en violación de derechos constitucionales”.

Según sentencia Nro. 44 del 02 de marzo de 2000 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se trata de una revisión extraordinaria creada con la finalidad de unificar criterios constitucionales y para evitar que lesionen los derechos y garantías constitucionales.

Al respecto, Bello (2012) señala que: El artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no crea una tercera instancia en los procesos de amparo constitucional o de control de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas; lo que incorpora tal dispositivo es una potestad estrictamente excepcional, extraordinaria y discrecional para la Sala Constitucional. En razón de ello, la Sala al momento de ejecutar la potestad de revisión de sentencias firmes, está obligada, de acuerdo a una interpretación uniforme de la Constitución, y en consideración a la garantía de la cosa juzgada, a ser excesivamente prudente en cuanto a la admisión y procedencia de los recursos que pretendan la revisión de las sentencias que han adquirido dicho carácter de cosa juzgada judicial.

Según la Sala Constitucional el hecho de que el Tribunal Supremo de Justicia o los demás Tribunales de la Republica cometan errores graves y grotescos en cuando a la interpretación de la Constitución o no acojan las interpretaciones establecidas, implica además de una violación e irrespeto a la Carta Fundamental, una distorsión a la certeza jurídica y, por lo tanto, un quebrantamiento del Estado de Derecho (p.144-145). Dicho autor indica que este recurso deberá ser ejercido previo agotamiento de la doble instancia (p.150).

La competencia de esta sala, no puede ni debe entenderse como parte de los derechos a la defensa, tutela judicial efectiva y amparo consagrados en la Constitución, sino, según lo expuesto, como un mecanismo extraordinario de revisión cuya finalidad constituye únicamente darle uniformidad a la interpretación de la norma y principios constitucionales.

Sus funciones, son tres y están dadas por el poder constituyente, el cual especifica el mecanismo extraordinario de revisión:

1. Garantizar la uniformidad de la interpretación de las normas y principios constitucionales, por ser la Sala Constitucional su máximo y último interprete.
2. Garantizar la eficacia de la Constitución, con especial énfasis en materia de derechos constitucionales.
3. Garantizar la seguridad jurídica, porque se puede controlar la actividad jurisdiccional de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y de todos los tribunales de la Republica.

Y su fin, tiende a la defensa del derecho objetivo y a la uniformidad de la interpretación de las normas y principios constitucionales.

Ante la ausencia de regulación legal expresa del procedimiento a seguir para tramitar y decidir la revisión de sentencias, la sala constitucional ha interpretado con amplitud la norma Constitucional y las disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia referentes a las sentencias revisables, agregando por vía jurisprudencial otras sentencias que pueden ser objeto de revisión.

La revisión puede proceder sobre sentencias, que por su condición, sean definitivamente firmes, y que por su contenido se refieran a amparos constitucionales o que para su determinación se haya ejercido control de constitucionalidad, independientemente de la materia jurídica de que se trate, esto implica aplicar el control difuso que se menciona el artículo 334 de la Constitución.

La Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia puede revisar las sentencias dictadas en materia de amparo constitucional, respecto de las sentencias emitidas por los tribunales distintos del Tribunal Supremo de Justicia.

Se trata así de aquellas sentencias dictadas por los juzgados superiores o de alzada, competencia que le es propia en relación a los criterios establecidos en la constitución, en la ley y en la jurisprudencia.

Pero hay que tener presente:

- 1.- Que dicho amparo verse sobre sentencias definitivamente firmes
- 2.- Deben además obedecer al análisis realizado por el juez sobre la constatación de la lesión alegada y la efectiva violación de los derechos constitucionales.

Esto incluye no solo los fallos dictados de amparos autónomos sino también los pronunciamientos en sede cautelar siempre que sea definitivamente firme.

Se puede presentar el caso de una sentencia en la cual el juez declare la inadmisibilidad de la acción pero de manera sobrevenida, es decir, que se haya llevado a cabo todo el proceso con la respectiva audiencia constitucional, y no sea sino hasta en la segunda instancia en la que se declare inadmisibile la acción por estimar que se ha configurado una de las causales establecidas en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por ejemplo una sentencia que dictada en segunda instancia confirme o revoque la dictada en primera instancia sobre el amparo constitucional solicitado a la que solo se le impute la violación de los requisitos formales de la sentencia.

Pudiera ser que una sentencia dictada en juicio de amparo sea objeto de revisión, aun cuando la misma no contenga una interpretación o valoración por parte del juez sobre los derechos constitucionales anunciados.

La competencia para conocer en revisión de una sentencia dictada por otro tribunal de la república quedaría en principio delimitada a los siguientes supuestos:

- 1.- Las sentencias definitivamente firme de amparo constitucional
- 2.- Las sentencias de control difuso de la constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas.

CAPÍTULO IV

CRITERIOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES QUE GUARDAN RELACIÓN CON EL VALOR PROBATORIO DE LOS HALLAZGOS CASUALES OBTENIDOS MEDIANTE LA PRÁCTICA DE UN ALLANAMIENTO EN UN HOGAR DOMÉSTICO EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO Y EN EL DERECHO COMPARADO

En cuanto al valor probatorio de los hallazgos casuales obtenidos mediante la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico en el Proceso Penal Venezolano y en el Derecho Comparado, para esta investigación se consultó la doctrina y jurisprudencia española, alemana, estadounidense y venezolana.

Doctrina y Jurisprudencia Española.

De Urbano (2010) respecto a los hallazgos casuales expresa que si bien el presunto delito investigado debe constituir el exclusivo objeto de la diligencia de entrada y registro y en ningún caso debe extenderse a otras infracciones, lo cierto es que durante la misma se descubren otros presuntos delitos cometidos, en cuanto a esto existen dos interpretaciones, en las que es justo reconocerlo, pues han pesado decisivamente las circunstancias concretas de cada caso.

Primero: Nulidad, ya que el mandato sólo habilitaba para la intromisión domiciliaria para el descubrimiento de un determinado delito, porque el mandamiento debe reflejar las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas, declara el registro nulo e inexistente y las pruebas obtenidas ilícitamente en él, radicalmente nulas e inutilizables en el proceso.

Segundo: Validez de los objetos y pruebas obtenidas, al existir mandamiento judicial.

Rives (citado por Tapia, 2002), presenta la sentencia 2878 del 28 de Abril de 1995, del Tribunal Supremo de España y expresa que éste ha señalado al respecto que aunque se admita la tesis rigorista de que no se podía investigar otra presunta

actividad delictiva que la que figuraba en el mandamiento, ello no quiere decir que tuviera que vendarse los ojos para no percibir el posible efecto de otro delito que allí se le pusiera de manifiesto.

Cuando buscando útiles del robo la policía encontró droga, los agentes se encontraron ante un delito flagrante como hubieran podido hallar a sensu contrario armas u objetos robados habiendo entrado con un mandamiento para investigar tenencia de droga. No se puede exigir a la policía que suspenda la entrada cuando se da esta circunstancia del delito flagrante para solicitar un nuevo mandamiento, que automáticamente le sería concedido, exponiéndose a la fuga del responsable o a la destrucción o desaparición del cuerpo del delito o de sus pruebas objetivas. Así pues la entrada en si fue lícita y la flagrancia del hecho delictivo, que, por así decirlo, sin querer se encontró delante de sus ojos la Policía Judicial, exceptúa, según el tenor literal del artículo constitucional del requisito formal y de la protección de ese domicilio con aquella garantía.

En definitiva, la solución propuesta es que si los hallazgos casuales permiten inferir la existencia de un nuevo delito conexo al hecho investigado e imputable al sujeto pasivo de la diligencia, no existe impedimento alguno en su posterior valoración. Sin embargo, en estas hipótesis deben establecerse parámetros objetivos para la validez de los hallazgos. En primer lugar, debe darse inmediato conocimiento al órgano jurisdiccional que dispuso la diligencia y el agente fiscal que dirige la investigación. En segundo término, en los casos en que no se presente un supuesto de flagrancia, no habiendo urgencia en realizar la medida, se deberá requerir al órgano judicial una nueva orden de registro domiciliario disponiendo el secuestro (p. 443).

La Corte Suprema de Justicia, con pronunciamiento de O'Acosta en el fallo 310:85, sostuvo que en el caso de registro domiciliario, mientras dura la diligencia, se encuentra enervado el derecho de exclusión del habitante de la morada, de modo que carecerían de eficacia las objeciones que pretendiera oponer a cualquier acto que constituyera ampliación del objeto de la pesquisa, porque su intimidad ha sido en concreto desguarnecida por mandato judicial.

En este sentido, Álvarez (2011) señala “a la vista de estos preceptos de nuestra ley procesal penal parece que la autorización para entrada y registro domiciliario lo debe ser siempre para un objeto determinado, preciso, concreto; en relación con un determinado delito, y con una determinada persona, por lo que los hallazgos casuales no están siquiera contemplados, al menos en un plano legislativo. Por ello, es necesario acudir a la jurisprudencia e ir analizando resoluciones en las que nuestros tribunales haya tenido ocasión de pronunciarse al respecto”.

Con relación a la legalidad de los hallazgos casuales, la doctrina española en su postura, considera que debe tomarse en cuenta el principio de proporcionalidad, la conexión entre el delito investigado y el hallazgo casualmente encontrado, y la flagrancia.

Comenta esta misma autora al respecto de la legalidad de los hallazgos casuales y el principio de proporcionalidad que la sentencia del 18 de octubre de 1993, el TS sostenía que “sería absurdo que una diligencia de entrada y registro acordada para la investigación de un determinado delito, tuviera que detenerse al encontrarse, de forma inesperada, pruebas o indicios de la comisión de un delito distinto.

No obstante para Martín (2000), dicho argumento del TS no ofrece una respuesta adecuada al tema de los hallazgos casuales, pues, a juicio de este autor, el problema no es si la diligencia de entrada y registro debe o no detenerse como consecuencia de ese hallazgo casual (que obviamente, según Martín, 2000), debe continuar), sino únicamente si las pruebas halladas casualmente deben considerarse lícitas o no, y la calificación jurídico-procesal que debería dársele a la prueba inesperada. “Es cierto”, afirma el autor, “que existe una autorización de entrada y registro (...) pero debe tenerse presente que lo que se discute no es la licitud probatoria de los objetos y efectos para los que específicamente se autorizó la diligencia de entrada y registro, sino el calificativo que debe darse a las pruebas obtenidas al margen de aquella para cuya eventual aprehensión se restringió expresamente el derecho constitucional a la inviolabilidad domiciliaria, y cuya ignorancia previa a la práctica de la diligencia hubiera imposibilitado incluso la

solicitud policial al respecto y, en todo caso, la expedición de autorización judicial alguna”.

Posteriormente las SSTs de 4 y 18 de febrero de 1994, establecían que si la pruebas que se hallaron de forma casual “hubieran podido ser encontradas mediante el procedimiento en el que se las encontró” nada impedía que pudieran ser valoradas.

Martin (2000) es extremadamente crítico con este parecer del TS, al decir que, a su juicio este argumento “no resuelve (...) el tema planteado, ya que es evidente que concurriendo los presupuestos constitucionales y legales puede procederse a la restricción de cualquier derecho fundamental (...) pero es obvio que, con relación a los efectos u objetos hallados casualmente no concurrían a priori tales presupuestos”, por lo que, en ningún caso, podría haberse autorizado la entrada y registro domiciliario a tales efectos.

Una opinión similar a la sostenida por el TS en las referidas sentencias, es la que sostiene una sentencia de la AP de León del año 2003, en la que se viene a decir que cuando durante la investigación de unos hechos delictivos se produzca el hallazgo casual de elementos o indicios de la comisión de un delito distinto al investigado, ello no impedirá la validez y el valor probatorio de los elementos encontrados.

Con cita de la STS de 1 de febrero de 1999, se señalaba, en relación con el hallazgo o elemento o datos directos o indiciarios de la comisión de un delito distinto del que dio lugar a la iniciación de las investigaciones, que la doctrina más reciente del TS había establecido, respecto de los descubrimientos casuales de pruebas de otro delito distinto del inicialmente investigado, la posibilidad de su validez y de la adjudicación del valor probatorio a los elementos encontrados, siempre que se cumpliera con el principio de proporcionalidad y que la autorización y la práctica del registro se ajustaran a las exigencias y previsiones legales y constitucionales.

Continúa señalando esa misma decisión que “es evidente que el principio de proporcionalidad se respeta en el caso presente, en cuanto que las pruebas encontradas se refieren a un delito grave (...) que justificaría automáticamente la

concesión de una autorización habilitante para invadir el domicilio de la persona o personas sospechosas. Por otro lado, no podemos olvidar que existe una resolución judicial que autoriza la entrada, con lo que se cubre los presupuestos constitucionales inexcusables para legitimar una intromisión en el domicilio ajeno, y también se observa que se han cumplido las previsiones legales en su práctica, habiendo asistido el Secretario Judicial, con lo que quedan salvadas las previsiones de la ley procesal, en cuanto a los requisitos formales necesarios para su validez.

Expresa la autora que de esta manera el principio de proporcionalidad se respetaría por cuanto: a) las pruebas se refieren a otro delito grave que justificaría autónomamente la concesión de una autorización habilitante para invadir el domicilio de la persona o personas sospechosas, b) existe una resolución judicial que autoriza la entrada y registro, con lo que se cubren los presupuestos constitucionales inexcusables para legitimar un intromisión en el domicilio ajeno, y c) se cumplen las previsiones legales en su práctica (asistencia del Secretario Judicial).

Esta doctrina ha sido reiterada en el derecho español a través de diversas sentencias y muy especialmente en la sentencia del Tribunal Superior Nro. 1149/1997, de fecha 26 de septiembre de 1997, que referidas a un encuentro casual de efectos constitutivos de un delito del que fue objeto de la injerencia, declarándose favorable su licitud y admite su validez, siempre que se observe el principio de proporcionalidad y que la autorización y práctica se ajusten a los requisitos y exigencias legales y constitucionales, y en otras decisiones de fechas 1 de diciembre de 1995, 4 de octubre de 1996, 07 de junio de 1997 y 30 de marzo de 1998), pues “ello no obliga a guardar silencio en cuanto a los vestigios o evidencias que pudieran aparecer de actividades delictivas diferentes”.

Refiere la autora que en el caso de los delitos conexos y los hallazgos casualmente encontrados, el Tribunal Supremo español, en sentencia de fecha 29 de septiembre de 1997, que recoge a su vez la opinión sustentada en la STS de 3 de octubre de 1996, y es el de la posible conexidad de los delitos. Según esta sentencia “se ha impuesto una posición favorable a la licitud de la investigación de aquellas

otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizados. (...) El delito nuevo es algo añadido al delito investigado (...) aplicándose las normas de conexión de los artículos 17.5 y 300 de la LECri, por lo que no existe novación del objeto de investigación, sino simple adicción a éste”.

Este nuevo criterio ha sido sustentado por parte de la doctrina y se ha estimado como la pauta a seguir para determinar la licitud de este tipo de descubrimiento. De esta manera, si en el transcurso de la práctica de la diligencia se hallaren indicios u objetos de otros posibles delitos, el juez deberá valorar si son conexos con la presunta comisión del delito que dio origen a la autorización y práctica del registro. En caso de estimarse la conexión, nuevamente el órgano judicial deberá considerar si procede extender el mandamiento y, por ende, el objeto del registro, con cuantas prevenciones correspondieran en derecho. A decir del propio TS, esta solución intenta aunar el derecho a la inviolabilidad domiciliaria con el derecho a una justicia eficaz del artículo 8 del CEDH.

Sin embargo, esta solución no resulto pacífica, y el propio TS ha mantenido diferentes criterios según qué casos. Así, STS de fecha 7 de junio de 1993, afirmaba la constitucionalidad del descubrimiento casual, dándole cobertura legal por la mera existencia del mandamiento de entrada y registro, sentencia duramente criticada por otras resoluciones posteriores del propio TS. Aun así, esta opinión, que ampara la licitud de los hallazgos casuales, se mantuvo en otras sentencias posteriores, pero sin que tuviera la consideración favorable de gran parte de la doctrina, de modo que el propio TS se apartó de ella, considerando que la ilicitud de los hallazgos casuales se produce de forma sobrevenida, salvo que se sostenga el consentimiento del titular o la ampliación del auto de entrada y registro.

Señala la autora que Martín (2000) afirmaba su “completo y radical disenso” con la postura sustentada en la mencionada sentencia 1149/1997, que viene determinada “por el hecho palmario de que las normas que regulan la conexidad procesal, y cuya eficacia se resuelve en establecer la norma general sobre la determinación cuantitativa del proceso y sus excepciones nada tienen que ver, ni

pueden ser, lógica y conceptualmente, parámetros de licitud o ilicitud constitucional”, y esta sentencia, “ni siquiera solucionaría con carácter general el tema litigioso” pues cuando se diere la absoluta falta de conexión entre los delitos, sería obvia la ilicitud del hallazgo casual, por lo que “toda solución que no resuelva satisfactoriamente y con carácter general, todos los supuestos conflictivos (...) no puede considerarse ni aceptarse como solución jurídicamente aceptable”.

No obstante, según el TS, la aplicación de esta teoría no supone quiebra del principio de especialidad cuando el acto de investigación logra los resultados pretendidos y, además, se descubren indicios de un nuevo delito. Sin embargo, en este caso es difícil afirmar la legitimidad de la intervención, pues se le daría tal validez en función de que la diligencia arrojara un resultado positivo; es decir, se buscaría *post facto* y no *ex ante*.

Ahora bien, en cuanto a la legalidad de los hallazgos casuales y los delitos flagrantes, la autora señala que en sentencia del 30 de marzo de 1998 del TS, se da un nuevo giro en este tema, con la introducción de una nueva idea, al acudir al concepto de flagrancia para obtener un margen de legalidad a los hallazgos casuales. La cobertura de la flagrancia permitiría entender que la situación fáctica que se produce de forma inesperada en un hallazgo casual, excusaría la necesidad de una autorización judicial, pues el delito se percibe por la evidencia encontrada, exigiendo de manera inmediata la intervención policial.

Nuevamente cita a Martín (2000), quien indica que “es evidente que el concepto de flagrancia no puede colorear de licitud probatoria el hallazgo casual y ello, por la elemental razón de que no existiría flagrancia alguna”. También cita a Díaz Cabiale (1991), quien al analizar la jurisprudencia del TC sobre flagrancia, se muestra crítico con esta teoría, pues por lo general, entiende que no surgirá la necesidad imperiosa (entiéndase, la urgencia), por lo que nada impediría que se paralizara el registro, tras la adopción de las precauciones oportunas.

Opina asimismo, que la nota de la flagrancia ha sido una referencia constante para la jurisprudencia en el tema de los hallazgos casuales. De hecho se ha llegado a

sostener que en caso de no existir flagrancia, los descubrimientos o hallazgos casuales entrarían de lleno en el artículo 11.1 LOPJ, invalidando las pruebas halladas. Ejemplo de esto es la STS del 20 de septiembre de 2006 que absolvía a los condenados ‘por un presunto delito contra la salud pública, al considerar, en un hallazgo casual, que no existía flagrancia.

Finalmente, indica que también pueden encontrarse sentencias en la que se sostiene que los nuevos hechos descubiertos casualmente en un delito flagrante, solo tienen el valor de la *notitia criminis*, idea seguida por parte de la doctrina.

Comenta también la autora en su estudio en cuanto a la ilicitud probatoria que en relación a la diligencia de entrada y registro, es indiscutible que solo por mandamiento judicial, en caso de delito flagrante o por consentimiento de los interesados, puede dejar de ser inviolable el domicilio. Pero por su parte, el TS ha afirmado que la falta de resolución judicial y, consecuentemente, del mandamiento judicial, implica la inexistencia de la condición legitimante de la invasión del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, por lo que la diligencia de entrada y registro que se practique sin la referida resolución y las pruebas resultantes de la misma devienen ilícitas y no pueden surtir proceso alguno en el proceso, contaminando las restantes diligencias que de ella se deriven, trayendo causa directa o indirectamente de la misma.

En este sentido se expresa la STS DE 29 de febrero de 1996 al afirmar que es preciso distinguir entre el registro domiciliario—constitucionalmente protegido por el artículo 18.2 CE—, para el que es preciso, a falta de consentimiento del interesado o situación de flagrancia, la pertinente autorización judicial, de las exigencias legalmente previstas en la LECri para la realización de tal diligencia. La falta de autorización judicial, en el primer caso, implicaría a juicio del TS, una vulneración constitucional con las consecuencias del artículo 11.1 LOPJ, pero el incumplimiento de las exigencias legales solo implicaría la nulidad de la diligencia (artículos 238 y ss. LOPJ) más no impediría la prueba de los hechos por otros medios probatorios. Tras la importante STC 114/1984, de 29 de noviembre, y de lo dispuesto en el artículo 11.1

LOPJ, ya no puede existir ninguna duda en nuestro derecho, de que, en los casos de que se realice alguna diligencia de forma contraria a la CE la prueba obtenida en su consecuencia es radicalmente nula y carece de todo valor probatorio.

En numerosas sentencias del TS, tradicionalmente la doctrina, en este tipo de supuestos, venía concediendo relevancia a los resultados de tales pruebas ilegítimamente adquiridas, porque en la ponderación de los intereses en juego se estimaba que tenía que prevalecer aquél de carácter público que derivaba de la necesidad de que en el proceso penal la sentencia definitiva respondiera a la verdad material, por encima de lo que se consideraba como una lesión a un derecho individual.

Sin embargo, cuando estos derechos de la persona se incorporan a la vida política de los Estados, de manera que, rebasando su carácter meramente subjetivo o individual, se constituyen en elementos esenciales del ordenamiento jurídico en cuanto que se conciben como pieza clave para la organización de una convivencia verdaderamente humana, justa y pacífica, entonces la perspectiva cambia, y ante el carácter fundamental que se concede a tales derechos, cuya protección adquiere, incluso, un rango de carácter internacional por el deber contraído por algunos países, como España, por convenios pactados con otros, en aras a conseguir el imprescindible efecto disuasorio en sus posibles infractores, a fin de impedir que una violación de este tenor pueda, en definitiva, prevalecer, se impone la necesidad de estimar radicalmente nula la prueba así obtenida, y, por tanto, sin eficacia ninguna en el proceso.

Así pues, cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Jueces y Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria; quizá haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de la verdad material, debiendo hacerse

en cada caso una adecuada valoración de la norma violada, su consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza.

Según el TS, el problema ha de analizarse desde la doble perspectiva de la legalidad constitucional y de la legalidad ordinaria, pues el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se verá directamente afectado cuando el registro se haya practicado fuera de los supuestos del art. 18.2, mientras que si la diligencia se desarrolla únicamente con la infracción de otros requisitos procedimentales, por muy trascendentes que sean, se propiciarán otros efectos distintos de la vulneración del derecho.

Hay que distinguir por tanto entre los casos en los que por faltar la autorización judicial se perturba de alguna manera el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, de aquellos otros en los que, existiendo ese mandamiento como requisito legitimante, no se lesiona de manera grave el derecho constitucional aún cuando en la realización del acto judicial se incumplan normas procesales reguladoras de la forma en que la diligencia ha de llevarse a efecto. En el primer caso el acto es ilícito e ilícito la prueba obtenida, porque se ha vulnerado un derecho constitucional. En el segundo, el acto es irregular y nulo, sin efecto probatorio alguno. En la ilicitud del acto procesal, como contrario a la Constitución, tal ilicitud se comunica a todo el proceso y fundamentalmente a todos los actos que del acto ilícito traigan causa, de modo que la prueba ilícita ni puede ser tenida en cuenta ni puede ser convalidada por diligencias posteriores.

En cambio, cuando el acto es irregular, como quiera que se desenvuelve dentro de lo que son infracciones de legalidad ordinaria, sólo se origina la ineficacia del acto en sí, mas sin obstaculizar futuras posibilidades de acreditar los mismos hechos por otros medios, dentro del contexto de lo que al principio de este razonamiento se dijo, incluso de “sanar” aquel efecto negativo con la práctica de otras diligencias de la instrucción o del plenario. Por ello resulta de especial trascendencia determinar si los hallazgos casuales se instalan en la nota de la flagrancia, o bien se entienden amparados por la autorización inicial de entrada y registro que propicia ese encuentro

inesperado; o, por el contrario, no pudiéndose hablar ni de flagrancia ni de cobertura habilitante, nos encontramos en una ilicitud probatoria del art. 11.1 LOPJ, con las consecuencias inherentes a ello: la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental es radicalmente nula no sólo en sí misma, sino también en sus efectos sobre otras pruebas distintas, pues así lo exige la doctrina de los “frutos del árbol contaminado”.

"Los requisitos que ha establecido el legislador para una mayor garantía de los actos procesales de obtención de pruebas no están a disposición de los funcionarios que los realizan, sino que deben ser cumplidos por éstos aunque no estén impuestos directamente por la Constitución. En efecto, también las leyes ordinarias son obligatorias y su infracción debe tener consecuencias jurídicas tanto procesales como personales para quienes las infringen. (...) La irregularidad procesal de la diligencia de entrada y registro determina la imposibilidad de valoración de la prueba obtenida en ella, lo que -como es claro no impide que los hechos sean probados por otros medios independientes".

Como hemos visto, el TS ha venido distinguiendo entre la ilicitud de la diligencia y su irregularidad procesal, debiendo provenir el efecto invalidante de la entrada y registro de la vulneración de derechos fundamentales y no del incumplimiento de normas ordinarias. La licitud sólo se realizaría cumpliendo alguna de las condiciones previstas en el segundo inciso del apartado 2 del art. 18 CE (consentimiento del titular, flagrancia o mandamiento judicial, además de otros supuestos excepcionales). Su inexistencia supondría la ilicitud de la diligencia, y por ende, su nulidad radical. Pero, además de ello, la diligencia procesal debe cumplir una serie de requisitos formales, cuya ausencia determinará la irregularidad e incluso la falta de valor probatorio que la Ley otorga genéricamente a tal diligencia. Pero, por lo mismo, esta última irregularidad no impide, según el TS y el TC, acudir a otros medios para acreditar lo que tal acto por sí mismo ya no puede probar.

"La doctrina de esta Sala se ha decantado en la distinción, puesta de relieve en la sentencia de 28-1- 1993 (RJ 1993, 213), entre los supuestos en que por faltar el

elemento imprescindible de autorización judicial para invadir el domicilio de una persona, el derecho a su inviolabilidad, consagrado en el art. 18.2 CE es lesionado, de aquellos otros en que, existiendo tal elemento legitimante, no se causa aquella lesión a un derecho constitucional, pero se produce en la realización del acto el incumplimiento de normas procesales reguladoras del mismo. En el primer caso el acto es ilícito e ilícita es también la prueba obtenida en el mismo; en el segundo caso, el acto es sólo irregular y, por ende, nulo procesalmente, por lo que no puede, por lo mismo, producir los efectos probatorios que le serían propios de haberse cumplido todas las formalidades procesales.

Las consecuencias de esa diferente naturaleza son trascendentes, por cuanto en el caso de ilicitud del acto procesal como contrario a normas constitucionales, tal ilicitud se comunica a todo el proceso y, fundamentalmente, a los futuros actos procesales que del acto ilícito traigan causa, de modo que la prueba ilícita ni puede ser tomada en cuenta ni puede ser sanada por actos posteriores con ella relacionada, ni sobre la misma, en consecuencia, puede fundamentarse una condena (ATS de 18 de junio de 1992 [RJ 1992, 6102]. En cambio, el acto irregular afectado por infracciones de legalidad ordinaria sólo pierde la probanza que de su ejecución pudiera deducirse, pero no suprime las futuras posibilidades de acreditar los mismos hechos por otros medios o de sanar aquel efecto negativo de prueba pre-constituida, practicando en el juicio oral otras clases de pruebas que acrediten lo que per se el registro irregular no puede acreditar”.

Siguiendo la letra de la STS de 28 de octubre de 1992, es evidente que las pruebas obtenidas ilícitamente son radicalmente nulas e inutilizables en el proceso; que no surtirán, pues, efecto alguno las logradas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales; que la doctrina ”de los efectos reflejos de la prueba ilegítimamente obtenida” ha de ser entendida en sus justos términos, cuando de nulidad absoluta se trate, no en casos de anulabilidad o nulidad relativa; y que, como no todo es lícito en el descubrimiento de la verdad, ha de rechazarse cuanto se interfiere en los derechos fundamentales de la persona, porque

las intromisiones que sobre éstos tengan lugar, han de tener una inequívoca legitimidad de origen y de desarrollo.

No debe entenderse tan sólo aquella que no se acomode a las exigencias constitucionales de no atentar, directa o indirectamente, contra los derechos fundamentales, sino también cualquiera que no cumpla las garantías concretas que para su práctica establece la legalidad procesal ordinaria.

La vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE puede producirse tanto por la falta absoluta de prueba de cargo, como porque la existente haya sido practicada sin las debidas garantías legales o constitucionales.

Ello no obstante el pleno valor probatorio de aquellas pruebas que se hubieren realizado y obtenido de forma completamente desconectada de la diligencia tachada de nula y no contaminada por la misma, por haberse roto el nexo de causalidad. Así, afirma la STS de 9 de julio de 1993, que: "no ofrece ni puede ofrecer la menor duda que una prueba ilícita no puede servir de plataforma a la convicción de culpabilidad de un acusado. Ello significaría nada más y nada menos que entronizar el principio de que todo vale para probar una infracción penal, lo que es absolutamente incierto. Sólo sirve aquella prueba que se lleve a efecto de acuerdo con los principios constitucionales y procesales correspondientes, esto es, que la verdad no puede alcanzarse a cualquier precio".

Por su parte, señala además que Torres Morato (1997) apunta dos posibles interpretaciones al respecto del tema que nos ocupa:

1º.- la nulidad, ciñéndose a que el objeto de las diligencias de entrada y registro no se puede extender a otras infracciones distintas de las que supusieron la habilitación. En este sentido, las SSTC de 29 de noviembre de 1986 y de 17 de febrero de 1984, al decir que el mandamiento de entrada y registro debe reflejar las actividades que una vez dentro del domicilio se pueden realizar, por lo que, en todo lo que se extralimite la diligencia, el registro será nulo e inexistente, y las pruebas se considerarán de ilícita obtención, por lo que serán inutilizables en el proceso.

2º.- la validez: tanto de los objetos como de las pruebas obtenidas, al entender que no hay infracción del art. 5.4 LOPJ, al existir un mandamiento judicial dando cobertura a la diligencia. El propio TS ha reconocido que sería absurdo detener una diligencia de entrada y registro por el hecho de que aparezcan pruebas de la comisión de un delito distinto al investigado.

González-Cuellar citado por Torres Morato (1997), sostiene que, los datos o resultados encontrados casualmente relativos a hechos punibles que no guarden relación con los finalmente descubiertos, si la medida se hubiera adoptado legalmente, deberán gozar de plenos efectos probatorios, “siempre que la gravedad de los hechos descubiertos pudieran haber justificado la adopción de la medida, sin que quepa hablar en esos casos de prueba prohibida, incluso en aquellos supuestos en los que las informaciones incriminen a personas distintas de las inicialmente investigadas”(p.247).

Esta se configura como otra de las teorías con relación a los hallazgos casuales: la de la comparación de la gravedad de los ilícitos, que sería de aplicación en los supuestos en que la ilicitud del nuevo delito fuera de igual o mayor gravedad que el que dio origen a la diligencia. Es decir; si se otorgó la autorización para investigar lo menos grave, tanto más se hubiera obtenido para la investigación de lo más grave. Evidentemente, esta teoría no sirve para justificar la ilicitud de los hallazgos casuales, pues, caso contrario, quedarían fuera los supuestos en que se encontraran elementos de delitos de menor gravedad al investigado (principio de proporcionalidad).

Claro está que en todo caso el juez deberá controlar la ampliación del inicial objeto investigado, tal y como se apuntó en el auto del llamado “caso Naseiro”, de modo que exista una cobertura suficiente para la persecución de los nuevos hechos delictivos hallados de forma fortuita.

La STS de 4 de mayo de 1994, afirmaba que:

“una cosa es que se cierren todas las puertas a la más mínima vulneración de un derecho fundamental y que se elimine cualquier manifestación de indefensión, y otra que se haga imposible la investigación que conduzca al descubrimiento y posterior

enjuiciamiento de los delitos que en cada caso correspondan. (...) Cuando en la diligencia se descubre algo que nada tiene que ver con la autorización judicial, lo procedente es ponerlo de manera inmediata en conocimiento del juez y esperar a su decisión, salvo que la urgencia de las medidas a tomar, con carácter cautelar, aconsejen otra cosa”.

Para el TS, estas son las conclusiones a extraer de este tema: lo que realmente otorga validez a la práctica de un registro, no es sino la correcta habilitación judicial para la ejecución del allanamiento domiciliario legal

a) una vez cumplido tal requisito, la actuación policial discurre en un ámbito perfectamente legítimo, en sus dimensiones espacial y temporal

b) por ello, cualquier hallazgo que se produzca en tales circunstancias, no puede ser tachado de irregular, vista la legalidad en la que la diligencia discurre

c) si a ello se une, además, la concurrencia de la proporción entre la injerencia en el derecho fundamental y la gravedad del ilícito inesperadamente descubierto, la diligencia adquiere una imprescindible cobertura, y, por último,

d) tan sólo si se advirtiera que todo ello puede responder a un designio intencionado de los funcionarios solicitantes del registro que fraudulentamente hubieren ocultado al juez autorizante el verdadero motivo de su investigación, la violación del domicilio habría de ser considerada ilegal.

Por consiguiente, el hecho de hallar en un registro domiciliario, válida y fundadamente autorizado en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado, no convierte en ilegal la práctica de la diligencia así realizada, de modo que si aquélla inicial autorización reunió todos los requisitos exigibles para ser tenida como correcta, los hallazgos producidos como resultado de la misma, han de tener valor probatorio.

Y para concluir, desde la perspectiva de Gil (2018), “en el caso de que en la práctica de la diligencia se encontraran objetos de otro posible delito, será el juez el que valore si no hallamos ante delitos conexos, con el presunto delito que dio origen a la autorización de la diligencia de entrada y registro. En caso de tratarse de delitos

conexos, el juez considerará si es necesario extender o ampliar el mandamiento de registro. De otra parte, en el caso de la flagrancia delictiva, al producirse de forma inesperada o fortuita podría evitarse la necesidad de la autorización, exigiendo de manera inmediata la intervención policial por el delito encontrado. A pesar de todas las reticencias doctrinales y jurisprudenciales, la nota de la flagrancia es una reseña importante para el caso de los hallazgos casuales.

A modo de ejemplo, la reciente STS 1058/2018, de 27 de septiembre, se alega la correcta práctica de la diligencia de entrada y registro, aplicando la doctrina de los hallazgos casuales. En la sentencia se deja claro que la entrada en el domicilio del recurrente estaba justificado tanto en la flagrancia delictiva (se estaba produciendo un tiroteo) como en la autorización expresa del recurrente para la inspección ocular del mismo. Tras proceder al registro del domicilio, uno de los agentes encontró sustancias estupefacientes, de tal forma que el inspector acordó suspender la práctica de la inspección ocular para comunicar el hallazgo o descubrimiento de las sustancias a la autoridad judicial para obtener la autorización judicial lo que si se acordó la ampliación mediante auto.

A modo de resumen, el hecho de hallar en un registro domiciliario válidamente autorizado, objetos distintos de los que se corresponden al delito investigado, no convierte en ilegal la práctica de la diligencia practicada, teniendo los hallazgos encontrados pleno valor probatorio. En el caso de flagrancia delictiva, se podrá informar incluso por llamada telefónica de los objetos hallados fortuitamente para que se autorice la ampliación del objeto de la diligencia acordada anteriormente, para comprender también el presunto delito”.

Doctrina Alemana

López (2000) deduce de la doctrina alemana una propuesta de solución relativa a los descubrimientos casuales y consiste en analizar el grado de conexión objetiva-subjetiva, que ha de darse entre el hecho delictivo directamente investigado objeto de la medida y el delito imputable al mismo sujeto pasivo de la injerencia o a terceros no imputados.

Para este autor el hecho delictivo descubierto casualmente habrá de confrontarse con el fundamento de la medida que en su ejecución permitió adquirir el conocimiento fortuito y, en segundo término, con el sujeto pasivo de la misma. Teniendo en cuenta ambos factores objetivo y subjetivo y ante las distintas posibilidades y variaciones que la conjugación de estos criterios ofrecen, cabría por ejemplo, afirmar que no sería utilizable un descubrimiento casual cuando el conocimiento se refiera a un hecho delictivo totalmente independiente del investigado en el proceso en que se ordenó la medida o cuando se refiera a un tercero no sujeto pasivo de la misma.

Doctrina Norteamericana de Plain View

La doctrina de plain view, es una excepción al requisito de orden judicial que permite a los oficiales confiscar los artículos que observan y reconocen de inmediato como evidencia o contrabando mientras están legalmente presentes en un área protegida por la 4ta Enmienda. El caso de la fundación que proporciona los elementos de una captura de vista simple en relación con la doctrina de plain view es Horton vs. California.

En Horton, un oficial de policía tenía motivos probables para creer que existían pruebas de un robo en una casa. Si bien el oficial tenía una causa probable para creer que los ingresos del robo, así como las armas utilizadas en el robo se encontrarían en la casa para ser registrados, el magistrado emitió una orden de registro solo para los ingresos. Al ejecutar la orden de registro, los oficiales descubrieron las armas a "plain view" e inmediatamente reconocieron las armas como evidencia del robo.

Horton, argumentó que dado que la policía sabía sobre las armas antes de la búsqueda, las armas no deberían ser admitidas a plain view porque su descubrimiento no fue "inadvertido". La Corte Suprema utilizó el caso Horton para eliminar cualquier requisito de que el descubrimiento fuera inadvertido. El Tribunal señaló que uno debe distinguir una observación clara (que puede proporcionar una causa probable) de una confiscación de la doctrina de plain view como una excepción al requisito de la orden judicial. En su conclusión, el Tribunal sostuvo que la confiscación de la doctrina

plain view tiene tres elementos. Primero, el oficial ya debe estar presente legalmente en un área protegida por la 4ta Enmienda, segundo, el artículo debe estar a la vista, y tercero, el oficial debe reconocer inmediatamente el artículo como evidencia o contrabando sin hacer una intrusión adicional.

Lo que constituye una intrusión adicional se explicó en *Arizona vs. Hicks*. En *Hicks*, la policía respondió a un tiroteo en el que un hombre en un apartamento del primer piso resultó herido por una bala disparada a través del piso del apartamento de Hicks. Los oficiales entraron al apartamento de Hicks basándose en circunstancias exigentes y tomaron tres armas y una máscara de esquí. Durante la búsqueda, uno de los oficiales notó algunos costosos equipos de estéreo en este apartamento. El oficial movió el equipo de estéreo para obtener números de serie. Al realizar una verificación de los números de serie, el oficial descubrió que se había robado un tocadiscos en un robo. En una apelación ante el Tribunal Supremo, el oficial argumentó que la plataforma giratoria robada había estado a la vista. El Tribunal concluyó que el oficial no tenía causa probable para creer que la plataforma giratoria era una prueba o contrabando hasta que realizó una intrusión adicional moviendo los elementos para obtener los números. El movimiento fue una búsqueda adicional no relacionada con la circunstancia exigente original de buscar armas y evidencia de los disparos.

Por lo tanto, los elementos significativos en cualquier confiscación de la doctrina plain view son: (1) el oficial ya debe tener presencia legal en un área protegida por la 4ta Enmienda. En una casa, eso significaría que el oficial debe haber ingresado con una orden judicial, exigencia o consentimiento. (2) El oficial debe observar un artículo a simple vista. (3) El oficial debe reconocer inmediatamente el artículo como evidencia o contrabando sin hacer una intrusión adicional. Debe reconocerse que los oficiales hacen observaciones de forma clara, pero eso no significa necesariamente que el artículo pueda ser incautado a menos que el oficial haya cumplido con los elementos anteriores.

Un caso de Ohio señala que la presencia legal en un área protegida por la 4ta Enmienda es esencial para la doctrina de plain view. En Ohio vs. Cooper, la policía que investiga un robo desarrolló a Cooper como sospechoso. Sabiendo que Cooper tenía una orden de arresto pendiente en un asunto no relacionado, la policía fue a la casa de Cooper y llamó a la puerta. Cooper abrió la puerta y salió al porche o se paró en la puerta que daba al porche cuando la policía le informó que tenían una orden para él y lo sospechó del robo. Los oficiales esposaron a Cooper y luego lo llevaron a la casa y lo hicieron sentar en un sofá. Uno de los oficiales observó una chaqueta azul que él creía que era la misma chaqueta que llevaba el ladrón en una cinta de video del robo. La chaqueta fue tomada a plena vista. Cooper impugnó el uso de la chaqueta como prueba argumentando que la policía, que lo detuvo en su porche o en su puerta, no tenía presencia legal en su hogar.

Al analizar el caso, el tribunal observó que los agentes no proporcionaron ninguna justificación para ingresar a la casa, aparte de informar que ingresaron a la casa para llevar a cabo el arresto. El tribunal observó que el arresto ya se había realizado en el porche y, por lo tanto, no era necesario ingresar a la casa para efectuar el arresto. El tribunal concluyó que los oficiales no estaban "legalmente presentes" dentro de la casa cuando se realizó la observación de plain view y, por lo tanto, la chaqueta era inadmisibile. El tribunal también rechazó el uso por parte de la fiscalía de una búsqueda de consentimiento posterior para salvar la chaqueta. El tribunal concluyó que el consentimiento fue manchado por la entrada ilegal.

El tribunal también examinó la admisibilidad de una declaración hecha por Cooper durante su arresto. Mientras estaba en la casa, a Cooper le dijeron por segunda vez que era sospechoso de un robo al que respondió que era solo un robo y que solo tenía un arma de fuego. Aunque los agentes no habían interrogado expresamente a Cooper, el tribunal concluyó que la declaración del detective a Cooper sobre el hecho de que era un sospechoso en el robo (en dos ocasiones durante el arresto), constituía el "equivalente funcional del interrogatorio" que se reconoció en Rhode Island vs. Innis. El equivalente funcional de la interrogación es la conducta

o las palabras de un oficial, que el oficial sabe o debería saber es probable que produzca una respuesta incriminatoria. Después de concluir que Cooper fue objeto de interrogatorio, mientras estaba bajo la custodia de 9 oficiales de policía que se encontraban en la casa, el tribunal suprimió las declaraciones.

Álvarez (2011), sostiene que esta teoría va más allá de los descubrimientos ocasionales, llegando incluso a operar como uno de los supuestos excluidos de la necesaria autorización judicial para el registro o la intervención. Sobre la base de esta doctrina, si un objeto es descubierto por un agente de policía desde un lugar en el que se encuentra legalmente, ese descubrimiento no queda viciado por ilegalidad alguna y su resultado podrá ser utilizado como prueba en el acto del juicio. Lo que se exige, en todo caso, es que el objeto encontrado tenga por sí mismo la suficiente fuerza incriminatoria; es decir, debe existir causa probable de que el objeto es el fruto, instrumento o prueba del delito, sin que se pueda consentir la más mínima actividad investigadora sobre el mismo para alcanzar ese estándar de causa probable. En ningún caso puede ser utilizada esta doctrina para ampliar órdenes de entrada y registro “generales” o de prospección.

La doctrina del plain view se fundamenta, así, en la constatación de que, una vez que los agentes de policía se encuentran legalmente en una posición desde la que pueden observar el objeto directamente (de primera mano), el interés del propietario en preservar su derecho a la intimidad sobre tal objeto se pierde, pues aunque siga teniendo el título y la posesión, deja de tener ese derecho a la intimidad.

De este modo, en el contexto de entradas y registros (también extensible a las escuchas e intervenciones telefónicas), aquellos objetos, evidencias, etcétera, que se pueden observar a simple vista por la autoridad policial que está legalmente amparada para encontrarse en el lugar desde el cual puede ver tales elementos incriminatorios, son susceptibles de registro, aún sin expresa autorización judicial, por lo que se pueden introducir como prueba en el proceso. Por lo tanto, y a modo de resumen, al amparo de esta doctrina, el hallazgo casual de piezas de convicción de carácter incriminatorio, en el transcurso de un registro a los fines de investigación de un delito

distinto, se justifica y se permite, cuando la policía está realizando legalmente un registro en un área específica, si:

1.- se puede establecer que la policía disponía de una autorización anterior para la entrada y registro de ese lugar (las policía se encuentra legalmente en el lugar),

2.- si la policía se encuentra de forma imprevista e imprevisible las nuevas piezas de convicción de la comisión de un delito distinto, y

3.- si esta evidencia se muestra de forma notoria e inmediata.

Parte de la doctrina ha llegado a sostener que la “Plain view” no constituye realmente un registro, no pudiéndose considerar este supuesto como una excepción a la necesaria autorización para la práctica de dicha diligencia (salvo consentimiento del titular y flagrancia), pues el objeto del registro no fue propiamente buscado, es decir, no hubo búsqueda de ese específico elemento probatorio-incriminatorio, por lo que no resultaría necesaria la-de otro modo-preceptiva autorización judicial. El agente de policía, de forma inesperada y accidental, simplemente se encontró con algo no buscado.

Doctrina y Jurisprudencia Venezolana.

El hallazgo casual o descubrimiento ocasional, refiere a las fuentes de prueba de la comisión de uno o varios delitos, obtenidas en el marco de la práctica de diligencias para la investigación de uno o varios delitos distintos, así como las fuentes de prueba de la comisión de uno o varios delitos por parte de un tercero ajeno a aquel o a aquellos que estaban siendo investigados en el marco de la diligencia de prueba en cuya práctica resultan obtenidas; es decir, la aparición de evidencias probatorias no buscadas y relativas a la comisión de ilícitos penales ajenos a aquellos que fundamentaron la práctica de la diligencia de prueba en la que son advertidas, o bien cometidos por persona o personas distintas a las investigadas. Hallazgos casuales o descubrimientos ocasionales que se revelan en la práctica de las diligencias de entrada y registro domiciliario o en la diligencia de intervención telefónica, en las que se desafectan los derechos fundamentales que les son subyacentes mediante la correspondiente autorización judicial.

A los fines de cumplir con los parámetros establecidos para el tema de investigación, de manera exhaustiva se realizó una revisión de la doctrina y jurisprudencia venezolana, evidenciándose que en la actualidad no existe doctrina nacional al respecto, y muy escasos antecedentes jurisprudenciales relacionados con los hallazgos o descubrimientos casuales obtenidos durante la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico. En tal sentido, se observó que los casos jurisprudenciales se refieren más específicamente a criterios relacionados con la práctica del allanamiento, sus requisitos, su legalidad, el alcance de su valoración probatoria, entre otros, como son las decisiones que se citan a continuación:

□ Ferreira (2006), analiza el criterio de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 11 de Diciembre de 2001, mediante sentencia N° 2.580 acerca de la dimensión constitucional y normativa de la flagrancia, en un caso en el que la imputación fiscal versó sobre el delito de transporte ilícito de drogas y hace un análisis de tal criterio con relación a la flagrancia propia, valorando los hechos discutidos en la referida sentencia, en orden a las garantías de inviolabilidad de la libertad personal y ambulatoria e inviolabilidad del domicilio o el recinto privado, además de tocar algunos tópicos desarrollados en la referida sentencia, tomando como referencia la doctrina del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo Español en cuanto a la flagrancia.

□ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 05 de Mayo del 2005, Expediente 04-0047, sentencia N° 747, en un caso de allanamiento en un hogar doméstico, donde denunciaron violados derechos fundamentales a la libertad personal y a la inviolabilidad del hogar doméstico, por parte de la autoridad policial que actuó en el procedimiento, situación que fue convalidada por la jurisdicente, quien expidió medida privativa de libertad con base en pruebas que fueron obtenidas de manera contraria a la constitución y la ley, la sala dejó sentado las siguientes consideraciones:

En tales circunstancias, tal actuación debe ser subsumida, más bien en el supuesto de flagrancia, bajo el cual la Constitución y la Ley dispensan al funcionario de la necesidad de obtención de orden judicial previa de privación de libertad (artículo 44.1 de la Constitución y 248 del Código Orgánico Procesal Penal); así mismo, en tal situación de urgencia, que, en casos como el presente, implica, para la autoridad policial, el deber de impedir la comisión o la continuación en la comisión de una conducta típicamente antijurídica; mayormente, si se tiene en cuenta, en el caso que se analiza, que, de acuerdo con lo que aparece acreditado en autos, el delito cuya ejecución o continuación en la ejecución debía impedirse, era, en definitiva, el de ocultamiento de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

Se trataba, entonces, de un delito permanente, calificación que emana del contenido no controvertido de los autos, la cual lleva la convicción de que la conducta de los funcionarios policiales estuvo adecuada a la situación de comisión actual de un delito de acción pública y que tiene señalada pena corporal privativa de libertad, en otros términos, a una situación de flagrancia, bajo la cual era deber de aquéllos la aprehensión de los imputados, así como impedir la comisión o continuación de la misma, de dicho hecho punible.

Bajo tales circunstancias, entonces, se concluye que la actuación de la autoridad policial fue bajo una situación de flagrancia, razón por la cual no le era requerido el cumplimiento de las formalidades que prescribe el artículo 210 de la predicha ley procesal.

- La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 24 de Septiembre de 2004, fallo N° 2294, estableció lo siguiente: Se trata de un caso de que en el inmueble donde fue ejecutada la referida medida de allanamiento, se encontraban en curso actividades que encuadraban en el tipo legal que describe el artículo 54 de la Ley para el Control de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles. En tal situación resulta indudable que como se trata de un delito que acarrea pena privativa de libertad, la situación, según el artículo 248 del COPP, era de

flagrancia, en la cual la autoridad estaba obligada a aprehender al sospechoso o a los sospechosos y, por tanto, no se trataba un allanamiento stricto sensu, razón por la cual no estaba sujeta a las formalidades que, en materia de dicho acto de investigación, prescribe el Código Orgánico Procesal Penal. Así las cosas, estima esta Sala que fue conforme a derecho, y no lesionó ilegítimamente derecho fundamental alguno, la actuación de la autoridad que participó en la predicha incursión, de acuerdo con la segunda excepción que, establece el artículo 210 del referido código procesal.

□ La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 578, Exp 06-0433 de fecha 14 de diciembre del 2006, después de citar los artículos 47 de la CRBVy 210 del COPP, dejó sentado lo siguiente: Las disposiciones transcritas describen y desarrollan el Derecho a la inviolabilidad del domicilio que garantiza el ámbito de privacidad de las personas dentro de un espacio individualmente delimitado y las protege contra las agresiones de otras personas, incluso de la autoridad pública. Este derecho fundamental sólo puede ser afectado directamente cuando el registro se realice fuera de los supuestos taxativamente enunciados en el Texto Constitucional y en el COPP.

Del acta policial, se evidencia que el registro domiciliario se efectuó para impedir la perpetración de un hecho punible, conforme lo preceptuado en el numeral 1 del artículo 210 del COPP y específicamente para impedir la comisión del delito de ocultamiento de sustancias estupefacientes toda vez que el imputado informó a los funcionarios policiales que dentro de su residencia se encontraba cierta cantidad de droga y este hecho fue corroborado por el testigo quien afirmó haber visto al imputado dirigir a los funcionarios policiales hasta el interior de un closet donde fue localizada la droga.

Así mismo, es menester destacar que los funcionarios policiales practicaron la aprehensión del imputado en un supuesto de flagrancia, siendo que en esa oportunidad obtuvieron información sobre la existencia de otra cantidad de droga y comunicaron del procedimiento a la Fiscal Décima Sexta del Ministerio Público en

materia de droga, quien giró las instrucciones pertinentes para que las actuaciones fuesen remitidas al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

Por tanto, se encontraban plenamente facultados como órganos de apoyo a la investigación penal para efectuar el registro del inmueble y ello en virtud de lo previsto en los numerales 2 y 4 del artículo 15 de la Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, que dispone: Corresponde a los órganos de apoyo de investigación penal, en el ámbito de su competencia: Impedir que las evidencias del hecho delictivo, rastros o materialidades desaparezcan y proteger el estado de las cosas de tal forma que no se modifiquen hasta que llegue al lugar la autoridad competente. Identificar y aprehender a los autores de delitos en casos de flagrancia y ponerlos a disposición del Ministerio Público.

- La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia N° 561, Exp. 06-0362 de fecha 14 de diciembre del 2006, dejó sentado lo siguiente: en un caso donde el Tribunal de Control emite orden de allanamiento de conformidad con lo dispuesto en los artículos 210, 211 y 212 del COPP, donde se presume la existencia de venta y distribución de sustancias estupefacientes y psicotrópicas (Droga).

El allanamiento, se practicó con cumplimiento de todos los requisitos expresados en la orden a excepción de la presencia de un testigo, consideró la Sala, que ello constituye un vicio que acarrea la nulidad del mismo y que el artículo 210 transcrito, denunciado como infringido por errónea interpretación, es categórico en relación al número de dos testigos que deben estar presentes en la realización de un allanamiento; y tal requisito no puede ser alterado so pretexto de encontrarse los policías actuantes moralmente obligados, a practicarlo tal como lo expresó la recurrida.

Resulta evidente que desde el inicio del presente proceso se ejecutaron acciones opuestas a la constitucionalidad y a la legalidad, lo cual conlleva a establecer que las pruebas así obtenidas que sirvieron al juzgador para condenar al imputado son ilícitas,

y no se les puede dar a las mismas valor probatorio alguno, habida cuenta de su origen, todo de conformidad con los artículos 13 y 197 del COPP, los cuales expresan: “El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas...”y “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.

En consecuencia de lo antes expuesto y por cuanto fue indebidamente interpretado el artículo 210 del COPP, la presente denuncia debe ser declarada con lugar y anulado el allanamiento efectuado, así como las pruebas que se derivan con ocasión a éste.”

- Sala de Casación Penal. Sentencia N° 1146, de 9 de agosto de 2000: “Este procedimiento efectuado por parte de los funcionarios del Cuerpo Técnico de PJ constituye a toda luz un allanamiento viciado, (...), lo cual conlleva a asentar que el mismo y todas las pruebas derivadas de éste son nulas; por lo que mal podría condenarse a persona alguna con base a pruebas obtenidas ilegalmente en virtud de su origen írrito”.

- Sala Constitucional. Sent. N°1768, exp. N° 09-0253 de 23 de noviembre de 2011. Magistrada ponente Luisa Estella Morales: “El régimen garantista establecido en la legislación penal adjetiva venezolana, comporta un régimen probatorio que aun cuando contiene el sistema de la libertad de pruebas, deben ser pertinentes, necesarias, obtenidas lícitamente y ser incorporadas al proceso de acuerdo a las formas previstas en el Código Orgánico Procesal Penal, lo que permite afirmar que, las pruebas obtenidas e incorporadas al proceso sustrayéndose de las reglas previstas al respecto en los arts. 197 (art. 181-COPP 2012) y siguiente de dicha legislación procesal, no podrán ser apreciadas dentro del proceso” (Rivera, 2013).

Para finalizar, sobre hallazgos casuales se encontró una decisión emanada de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, de fecha 02 de Diciembre de 2013, signada con el Nro. 032-2013, en el Expediente VP02-R-2012-

000867, en un caso por el delito de SICARIATO y ASOCIACION PARA DELINQUIR, en la cual se estableció lo siguiente:

“(…) Por otro lado, esta Sala observa que el teléfono marca Nokia que le fue incautado al acusado J.J.J., se encuentra debidamente descrito en la Registro de Cadena de Custodia de Evidencia Físicas N° 0944-10, suscrita por el funcionario JOHAN CARRUYO adscrito al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, al cual le fue practicado el Experticia de Reconocimiento Físico y Vaciado de Contenido Nro.-9700-242-DEZ-DC-1755, de fecha 09 de julio de 2010, practicado la funcionaria Experto Profesional II TAIRE J.V.F., adscrita al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, prueba esta que fue admitida en el auto de apertura a juicio el Tribunal Décimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Control de este Circuito Judicial Penal; pero como se dijo anteriormente, los órganos de policía de investigaciones penales pueden legalmente ir adelantando las gestiones investigativas que sean urgentes y necesarias para dar aviso posteriormente al órgano fiscal sin que ello vicie los actos realizados antes de dicha notificación, pues el presente caso la Experta Profesional II TAIRE J.V.F., fue designada para la práctica de Experticia sobre los elementos asentados en los Registro de Cadena de Custodia de Evidencias Físicas, lo cual quedo confirmado con las declaraciones aportada por la misma en el Debate Oral y Público, por lo que no existe ninguna violación expresa de los disposiciones legales planteada por la defensa.

Considera esta Sala de Alzada, que no le asiste la razón a la defensa, ya que no existe un procedimiento ilícito tal y como lo denuncia, en virtud que los procedimiento efectuados por los funcionarios actuantes, fueron realizados bajo las disposiciones que establece el Código Orgánico Procesal Penal, en este caso particular, en el supuesto que tal prueba obtenida ilícitamente como lo alega la defensa, por lo que existe la teoría de la “Fuente Independiente”, la cual se explicó en las denuncias del primer recurso de apelación, pues en nuestro ordenamiento jurídico, consiste en que si el órgano investigador en este caso la Fiscalía del Ministerio Publico, logra demostrar que la evidencia alegada como contaminada pudo haber sido

producto de una fuente independiente, es decir, obtenida de otros medios distintos a los ilegales, la prueba será lícita. Considera esta S. que tal prueba pudo haber sido obtenida de una investigación distinta a la obtenida por lo que la doctrina del fruto del árbol envenenado no es del todo rígida y algunos cambios se han venido manifestando, al punto que se ha permitido videntes correcciones, pues de lo contrario se crearía situaciones de impunidad que ponen de relieve el problema de la injusticia, por ello, se plantea la posibilidad de dar por legal una prueba que es obtenida bajo la figura de los hallazgos casuales o la ejecución de actividades propias de la prevención policial o la vigilancia preventiva.

También, tenemos otra hipótesis no descartable, que recoge C.A., y esta Sala de Alzada considera válida reproducirla, dado que puede existir algún patrón común en la manera como se realiza la función policial, es la aplicación de llamada “Doctrina del descubrimiento Inevitable”, tesis que consiste en darle validez a aquellas actuaciones policiales que aunque provienen de una fuente inválida, sin embargo, el hallazgo se hubiere producido de cualquier modo insuperable, lo cual revela que no era innecesario plantearse una nulidad, la finalidad de esta doctrina radica en suprimir aquella prueba que fue obtenida en quebrantamiento de las garantías establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en consecuencia no le asiste la razón al apelante en este punto. Y ASI SE DECIDE (...).”.

CONCLUSIONES

De manera conclusiva en el Capítulo I, se tiene que la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el Código Orgánico Procesal Penal, garantizan la inviolabilidad del hogar doméstico. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el artículo 47 prohíbe el allanamiento en un hogar doméstico de manera expresa: *“El hogar doméstico y todo recinto privado de personas son inviolables. No podrá ser allanado sino con orden judicial para impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano”*. Igualmente, la Carta Magna sólo permite el allanamiento en un hogar doméstico con orden judicial en estos dos casos. Por otra parte, el Código Orgánico Procesal Penal, exceptúa de lo dispuesto los casos siguientes: 1.- Para impedir la perpetración o continuidad de un delito. 2.- Cuando se trate de personas a quienes se persigue para su aprehensión.

Entonces, se prevén dos excepciones para las cuales no se requiere orden judicial, entre éstos, en caso del delito flagrante, entendiéndose éste, como el que se está cometiendo o acaba de cometerse, aquel por el cual el imputado se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que es el autor.

Con respecto al Capítulo II, en relación a los requisitos exigidos para la práctica de un allanamiento, el Código Orgánico Procesal Penal, exige entre otros que, la orden judicial debe ser escrita y fundada, debe contener el señalamiento concreto del lugar o lugares a ser registrados, el motivo preciso del allanamiento, con indicación exacta de los objetos o personas buscadas y las diligencias a realizar, la notificación al morador, la presencia de dos testigos y la asistencia del abogado defensor.

En cuanto al incumplimiento de estos requisitos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha expresado que:

1.-La Orden de allanamiento que no reúna los requisitos formales está viciada de nulidad relativa.

2.-No siempre para la realización de un allanamiento será necesaria la existencia de una orden judicial, pues no se necesita orden de allanamiento para los delitos permanentes, por ser también flagrantes.

3.- Las actuaciones realizadas por funcionarios policiales en un domicilio determinado, previa autorización de su propietario, no acarrear vicios de ilegalidad, ni mucho menos contrarían lo dispuesto en la Constitución.

4.- En casos de flagrancia, ha considerado que la Constitución y la Ley dispensan al funcionario policial de la necesidad de obtención de orden judicial, razón por la cual no le es requerido el cumplimiento de las formalidades del artículo 196 del Código Orgánico Procesal Penal, consideran el allanamiento como válido y las pruebas obtenidas durante su práctica como lícitas y con pleno valor probatorio, en virtud de que los funcionarios actuantes en los casos de flagrancia actúan amparados por vía de excepción conforme lo permite la Ley Penal Adjetiva y por lo tanto no ha habido violación de derechos fundamentales.

La Sala de Casación Penal, ha sostenido que:

1.-Cuando la orden es emitida después que los funcionarios policiales se apersonan en el lugar del registro, se ocasiona una violación del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio.

2.- Se encuentra viciado de nulidad absoluta el allanamiento practicado sin contarse con la emisión previa de la orden de un juez, y sin que concurran las excepciones previstas en el artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal.

3.- Que un solo testigo presencie el allanamiento, constituye un vicio que acarrea la nulidad del mismo.

En relación al Capítulo III, se concluye que:

En Venezuela, durante la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico se

pueden encontrar objetos o evidencias de interés criminalístico que no guardan relación con el delito investigado y constituyen un nuevo delito y que no se encuentran especificados en la orden judicial, estos son los llamados hallazgos o descubrimientos casuales.

Estos hallazgos durante el proceso pueden ser ofrecidos como pruebas para la fase de juicio, pero para que estas pruebas puedan ser admitidas deben referirse directa o indirectamente al objeto de la investigación y ser útil para el descubrimiento de la verdad, así lo establece el artículo 182 del COPP y para que adquieran valor probatorio, deben ser consideradas como lícitas, con fundamento en el artículo 181 del mismo Código, por lo cual durante su obtención o incorporación al proceso, no se debe haber infringido el debido proceso, debe darse cumplimiento a todos los principios que rigen la actividad probatoria, para que las pruebas puedan ser apreciadas por el tribunal; su práctica debe efectuarse con estricta observancia de las disposiciones del COPP, de lo contrario serán nulas conforme lo establece el artículo 49 de la CRBV: *“serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación al debido proceso”*.

El COPP, en el artículo 181, no sólo hace referencia al valor de los elementos de convicción si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código; sino también ordena en el artículo 183 que para que las pruebas puedan ser apreciadas por el tribunal su práctica debe efectuarse con estricta observancia a las disposiciones establecidas en este código. Asimismo, el artículo 182, dispone que un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse, directa o indirectamente al objeto de la investigación y ser útil para el descubrimiento de la verdad.

Como consecuencia, el resultado de toda prueba ilícita es nulo y la nulidad de este acto cuando fuere declarada, comprende, la nulidad de los actos consecutivos que del mismo emanaren o dependieren, (efecto cascada o pruebas derivadas) por aplicación del artículo 180 del mismo Código, según el cual la nulidad de la prueba ilícita debe alcanzar no solo a la prueba obtenida ilícitamente sino también a todas

aquellas pruebas que aún obtenidas o practicadas de forma lícita tengan su origen en la primera.

Como se dijo, la Ley Penal Adjetiva venezolana, señala que un medio de prueba para ser admitido, debe referirse, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y ser útil para el descubrimiento de la verdad; al interpretar esta norma se llega a la conclusión de que estos hallazgos casuales objeto de estudio no guardan relación con el objeto de la investigación, razón por lo cual en aplicación de esta norma son inadmisibles como pruebas y deben ser consideradas como ilícitas, en concordancia con la doctrina de los frutos del árbol envenenado (COPP artículo 180)

Como se puede observar ni la CRBV, ni el COPP regulan la valoración de los hallazgos casuales obtenidos mediante la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico, generándose así una laguna normativa, resolviéndose los casos presentados a través de la jurisprudencia, tomando en consideración las circunstancias de cada hecho en concreto. Se debe tomar en cuenta para su valoración: a) Si el allanamiento fue practicado *con orden judicial*, que en caso de ser así, debe verificarse si esa orden emitida por el Tribunal de Control cumple o no con los requisitos exigidos por la norma; b) Si el allanamiento fue practicado *sin orden judicial*, por flagrancia, amparado en las excepciones previstas en la Ley Penal Adjetiva (artículo 196). De aquí la importante relación entre el estudio de la prueba ilícita y su valor probatorio y el valor probatorio de los hallazgos casuales.

Para finalizar, en el Capítulo IV, se concluye que en el Proceso Penal Venezolano y en el Derecho Comparado, ni la Doctrina ni la Jurisprudencia, mantienen un criterio unificado, en cuanto al valor probatorio de los Hallazgos Casuales obtenidos durante la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico.

En la Doctrina y Jurisprudencia Española, existe diversidad de criterios, un sector de la doctrina sostiene que con relación de la legalidad de los hallazgos casuales, debe tomarse en cuenta el principio de proporcionalidad, la conexión entre el delito investigado y el hallazgo casualmente encontrado, y la flagrancia. Otro sector, sostiene que el problema es, si las pruebas halladas casualmente deben

considerarse lícitas o no, y la calificación jurídico-procesal que debería dársele a la prueba inesperada.

Jurisprudencialmente, el Tribunal Supremo Español también ha sido cambiante en sus decisiones, al igual que la doctrina, tomando en consideración: la flagrancia, el principio de proporcionalidad, la conexión entre el delito investigado y el hallazgo casualmente encontrado, la ilicitud o no de las pruebas halladas casualmente, la existencia o no de orden judicial y ha sostenido que en los casos de hallazgos casuales, cuando el registro se haya practicado fuera de los supuestos establecidos en la Constitución, el derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio se ve directamente afectado y el acto es ilícito por ser contrario a la Constitución e ilícita la prueba obtenida, ilicitud que se extiende a todo el proceso y fundamentalmente a todos los actos que del acto ilícito se deriven, de modo que la prueba ilícita ni puede ser tenida en cuenta ni puede ser convalidada por diligencias posteriores.

De manera más reciente, se tiene la postura de Gil (2018) quien sustenta que el hecho de hallar en un registro domiciliario válidamente autorizado objetos distintos de los que se corresponden al delito investigado, no convierte en ilegal la práctica de la diligencia practicada teniendo los hallazgos encontrados pleno valor probatorio. En el caso de flagrancia delictiva, se podrá informar incluso por vía telefónica de los objetos hallados fortuitamente para que se autorice a la ampliación del objeto de la diligencia acordada anteriormente para comprender también el presunto delito. (STS 1058/2018 de 27 de septiembre de 2018)

En el Proceso Penal Venezolano, en cuanto al Valor Probatorio de los Hallazgos Casuales obtenidos mediante la práctica de un allanamiento en un hogar doméstico, al analizar la doctrina y la jurisprudencia se infiere que debe tomarse en consideración si durante la práctica de un allanamiento con orden judicial o durante la incorporación de éste al proceso se han o no violado derechos fundamentales; si existe violación de derechos fundamentales, estos hallazgos se convierten en una prueba ilícita, por lo tanto, viciada de nulidad absoluta y carente de valor probatorio. Por otra parte, en el caso del allanamiento que se practica sin orden judicial, como

consecuencia de la dispensa de ley respecto a los delitos flagrantes, el autor de esta investigación concluye que esos hallazgos o descubrimientos casualmente encontrados durante dicha diligencia podrían ser valorados como una prueba lícita, si durante dicho procedimiento no se han violentado garantías fundamentales y se han observado todas las formalidades exigidas por la ley penal adjetiva (presencia de dos testigos, asistencia del defensor, estar en presencia de un delito flagrante, que este haya sido practicado sin violación a garantías constitucionales, entre otras).

Considera el autor, que en el desarrollo de la presente investigación ha quedado clara la protección constitucional y legal de la inviolabilidad del hogar doméstico, en atención al resguardo del derecho fundamental a la intimidad y la dignidad humana, pero también se ha hecho evidente que esta protección constitucional cede ante situaciones específicas y necesarias del interés público. Su ejercicio no es un derecho ilimitado, el mismo puede soportar limitaciones o restricciones si fuera necesario para la investigación de un delito. El Estado, en uso de su potestad investigadora y sancionadora, puede ordenar la práctica de un allanamiento en el hogar doméstico, en razón del deber de investigar la presunta comisión de hechos delictivos que afectan a la sociedad a la cual debe su razón de ser. Para nadie es un secreto que vivimos en un país en el que diariamente se comenten numerosos delitos tales como: tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, legitimación de capitales, estafas, terrorismo, trata de personas, homicidios, delitos informáticos, entre muchos otros, surgiendo así la necesidad de practicar allanamientos en el domicilio de las personas, siempre que se garantice la protección de los derechos fundamentales y el cumplimiento de los requisitos procedimentales.

A lo largo de los últimos años se han ido ampliando las distintas excepciones a la regla de exclusión probatoria en el derecho estadounidense, las cuales han sido tomadas en distintos países, entre los cuales se encuentra el nuestro, con la inclusión del artículo 180 en el COPP, que adopta la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado. El motivo de dichas excepciones es que una aplicación rígida de la regla de exclusión probatoria llevaría en algunos casos a tomar decisiones fuera del

sentido común o las reglas de la lógica y que atentarían contra la confianza depositada en el sistema judicial.

No obstante, el autor de esta investigación coincide con la opinión expresada por Delgado (2014), quien a su vez comparte opinión con Pérez (2002), cuando refiere lo siguiente:

“... bajo ciertas circunstancias, regidas por un principio de proporcionalidad, las autoridades judiciales de países con mucha prosapia en materia de debido proceso, han llegado a aceptar que la legalidad de una acción determinada para la búsqueda de evidencia debe ceder frente a un hallazgo de evidencia de delitos gravísimos o atroces. Tal sería el caso de un domicilio ilegalmente allanado, bien por error, ya que no era el dueño el que señalaba la orden de cateo o, por carecer la autoridad de orden en absoluto, pero en el cual se descubren uno o varios cadáveres. Éste el caso de la irrupción de la policía en la casa del célebre asesino múltiple John Wayne Gacy jr, el payaso asesino de Chicago, en cuyo sótano se encontraron los cadáveres de diecisiete de sus víctimas”.

Por supuesto que la tacha de ilicitud, por incumplimiento de las exigencias de ley, debe tener por fundamento la omisión de formalidades que deben considerarse esenciales, previstas para garantizar derechos fundamentales de las personas, puesto que, de tratarse de formalismos superfluos, de poca monta, que no quebranten sustancialmente esos derechos, no deben invocarse para demandar la nulidad por ilicitud de una prueba, con menoscabo de la justicia como fin, en atención al bien conocido postulado que consagra el artículo 257 de la Constitución, de que no debe sacrificarse la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.”

Cada caso en concreto es un mundo aparte y puede contener diversas aristas, por lo que se deben considerar distintas circunstancias para tomar una decisión que proteja los intereses constitucionales para que no convierta a la regla de exclusión en una máxima sin atenuantes que socavaría la confianza en el sistema de justicia. En el marco de una investigación penal, es de perogrullo que esta tiene varias etapas, en la que se pueden solicitar o promover distintas diligencias de investigación, que pueden

estar derivadas o no de del allanamiento inicial, como pueden ser independientes a este procedimiento; hacer caer todo a consecuencia de una ilegalidad inicial, que por el enlace de diferentes circunstancias se ha tornado en insignificante y sin ningún efecto práctico su declaración de ilicitud, llevaría a tomar una decisión apartada de la justicia y hasta de la verdad material. Pero, para decidir sobre la existencia de dicha excepción no alcanza con un conjunto de reglas, como las que se enunciaron en el desarrollo de la presente investigación, sino que hay que atender al caso específico, al valor justicia y al respeto de los derechos y garantías fundamentales para el logro de los fines del Estado.

RECOMENDACIONES

Se recomienda al órgano legislativo en las próximas reformas de la ley penal adjetiva, dictar normas que regulen el valor probatorio de los hallazgos casuales, ya que ésta presenta vacíos en relación a estos casos, lo que permite distintas interpretaciones en cuanto a la forma de proceder y al valor probatorio de las pruebas obtenidas de manera casual durante la práctica de un allanamiento.

Se recomienda el cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el Código Orgánico Procesal Penal en la práctica de allanamientos en un hogar doméstico, para que de igual manera se respeten los derechos fundamentales constitucionales y procesales de los ciudadanos a quienes se les violentan sus derechos en estos procedimientos.

Se recomienda capacitar a los funcionarios auxiliares quienes son los encargados de la práctica de los allanamientos, para que puedan proceder adecuadamente ante los casos de registros domiciliarios y así evitar la trasgresión de derechos y garantías fundamentales establecidas en la CRBV y el COPP, ya que su infracción en algunos casos acarrea nulidades absolutas previstas en dicho texto normativo.

Se recomienda a los investigadores jurídicos continuar profundizando en esta área del conocimiento, a fin de brindar un aporte documental y que éste se convierta en una plataforma bibliográfica ante la escasa doctrina, contribuyendo así al fortalecimiento de las debilidades planteadas en esta área del conocimiento jurídico; y así estimular el debate sobre el tema planteado; por cuanto es un tema relacionado con la actividad probatoria; y a los doctrinarios y aplicadores de la Ley unificar criterios en relación al tema planteado, sobre la validez de estos procedimientos.

REFERENCIAS

- Álvarez, S. (2011). Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio). *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. Nro2-2011. Recuperado de <https://dialnet.inirioja.es/servlet/articulo?codigo=4403232>
- Alvarado, J. (2000) *Historia del Derecho y la Antropología Jurídica*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Arias, F. (2006). *El Proyecto de Investigación*. Caracas: Editorial Espítame.
- Araya, A. (2014). *Teoría del fruto del árbol envenenado*. Recuperado de www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina28061.pdf
- Balza, L. (2002). *Consideraciones Generales acerca de la Prueba*. Recopilación de Ramírez, Ariel (2014). Recuperado de <https://books.google.co.ve/books?id=zeIJBgAAQBAJ>
- Bello, A. (2012). *Lecciones de Derecho Procesal Constitucional*. Caracas: Mobilibros.
- Beltrán, S., García, A. y Henríquez, C. (2007). *Allanamiento y secuestro de objetos con violación a garantías*. Recuperado el 02 de noviembre de 2018 de <http://ri.ufg.edu.sv/jspui/bitstream/11592/7020/1/345.0254-B453a.pdf>
- Bergman, P. (1995) *La Defensa en Juicio*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- Borrego, C. (1998). *Nuevo Proceso Penal. Actos y Nulidades Procesales*. Caracas Livrosca.
- Borrego, C. (2006). *Las Pruebas en el Nuevo Código Orgánico Procesal Penal*. Caracas. Mc Graw Hill.
- Borrego, C. (2006). *Procedimiento penal ordinario. Actos y nulidades procesales*. Caracas: Graficas León.

- Borrego, C. (2007), *Constitución y las pruebas en el proceso penal*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Botero, A. (2000). *La Metodología Documental en la Investigación Jurídica*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Cabanellas, G. (2002). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Editorial Hellasta, S.R.L.
- Cafferata, J. (1998). *La prueba en el Proceso Penal*. (3ª Ed.). Buenos Aires: Ediciones de Palma.
- Caicedo, C. (2007). *La Regla de Exclusión*. Recuperado de www.regla/exclusion/juridica/la-regla-de-exclusion/exclusion/juridico_regla.
- Calocca, A. (1998). *Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita*. Chile: Ius et Praxis.
- Carbonell, M. (2012). *Los Juicios Orales en México*. México: Porrúa, 2012.
- Código Orgánico Procesal Penal (2012). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 6078. Extraordinario, Junio 15, 2012
- Colín, G. (1998). *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. México, Porrúa.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 5253. Extraordinario, marzo 24, 2000.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1977). Pacto de San José de Costa Rica. 1.969. *Gaceta Oficial N° 31.256* del 14 de Junio de 1.977. Caracas. Venezuela.
- Convención de Europa para la Salvaguarda de los Derechos del hombre y libertades fundamentales de Roma 1958. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6302495.pdf>
- Conso. (1995). *El Proceso y las debidas Garantías*. Recuperado de www.proceso/garantias/proceso_garantias.pdf.

- Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia.
Sentencia N° 032-2013 de fecha 02-12-2013, signada con el Nro. 032-2013.
Recuperado de www.mppre.gob.ve/tag/tribunal-supremo-de-justicia
- Correa, J. (2009). *La prueba en el proceso penal*. Chile: Thomson Reuters.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). San José de Costa Rica.
Investigaciones Jurídicas. S.A.
- Delgado, L. (2013). La regla de exclusión de la prueba ilícita en el derecho español.
Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5490612>
- Delgado, R. (2014). *Las Pruebas en el Proceso Penal Venezolano*. (5ta. Ed. rev.).
Caracas: Vadell Hermanos Editores, C.A.
- Devis, H. (1981). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. (5ta Ed.) Buenos Aires: Editor Alberti 835
- De Urbano, E. y Torres, M. (2010). *La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial*.
Madrid: Editorial Thomson Reuters - Aranzadi.
- Díaz, J. (1991). *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del CGPJ. N° 20. Madrid: Editorial Universitario.
- Díaz, J. y Martin R., (1991). *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid: Ed. Civitas.
- Díaz, J. y Martin, R., (2000) *La restricción imponderada. Relevancia procesal de los descubrimientos casuales, en la obra colectiva El principio constitucional de intervención indiciaria*. Granada: Ed. Grupo Editorial Universitario.
- Echarri, F. (2011). *Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales*. Recuperado de www.personas/juridicas_imputacionperspectiva/garantia/constitucional.pdf.
- Ferreira, F. (2006), *La Dimensión Constitucional y la Normativa de la Flagrancia*.
Revista CENIPEC. Saber ULA. Recuperado de

<http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/23552/articulo7.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

García, E. (1980). *Introducción al Estudio de Derecho*. México: Porrúa.

García, J. (2014). *El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal*. Madrid: Editorial Arazandi.

Gil, A. (2018). *Estudio práctico de la diligencia de entrada y registro en el domicilio*. Recuperado de http://seccionia.urjc.es/bitstream/handle/10115/57101/996_La%20ilicitud%20de%20la%20diligencia%20de%20entrada%20y%20registro.pdf?sequence=1

González, H. (2004). *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal*. Caracas: Hermanos Vadell.

Hoyos, C. (2000). *Un Modelo para Investigación Documental*. Medellín: Universidad de Medellín

Larez, R. (2013). *Efectividad del fundamento legal del procedimiento de allanamiento por parte de los órganos policiales sin violar el principio constitucional de inviolabilidad del domicilio*. Recuperado en <http://bibliovirtualjap.files.wordpress.com/2011/05/robersy-lares.pdf>

López, T. (1999) *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Madrid: Ed. Instituto de Derechos Humanos.

López, T. (2000). *Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal*. Madrid: Ed. Instituto de Derechos Humanos.

Martin, P. (2000). *Hallazgos casuales en la diligencia de entrada y registro. Prueba ilícita*. En, TSJ y AP: Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales. Madrid. Ed. Arazandi. Tomo V, Volumen V: Estudios e índices, 1ª ed.

Meier, J. (2007) *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Merryman, J. (1997). *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. México.

Fondo de Cultura Económica.

Miranda, M. (1999). *Mínima Actividad Probatoria*. Barcelona: J.M. Bosch Editor

Miranda, M. (2004). *El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*. (2da edición). Barcelona: J.M. Bosch Editor.

Miranda, M. (2010). *Mínima Actividad Probatoria*. Barcelona: J.M. Bosch Editor

Molina, T. (2010). *La Diligencia de Entrada y Registro practicada en la Instrucción*. Real Centro Universitario «Escorial-María Cristina» San Lorenzo del Escorial. Recuperado de www.diligencia-entrada-salida-instruccion/diligencia/entrada-salida/escorial.pdf

Muñoz, F. (2004). *Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*. Argentina. Editorial Hammurabi.

Muñoz, F. (2010). *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal del enemigo*. Buenos Aires. Editorial Hammurabi.

Nava, H. (2008). *La Investigación Jurídica*. Maracaibo: D.R. ©Hortensia Nava de Villalobos.

Orrillo, J. (2010) *Apuntes sobre Prueba Ilícita y su Tratamiento* Recuperado de https://prueba/ilicita/apuntes/tratamiento/prueba_ilicita/juana-orriillo.pdf.0451

Osorio, M. (2007). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Montevideo: Editorial Obras Grande S.A.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966. (ACNUDH) Naciones Unidas. Derechos Humanos. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Parra, J. (2004). *Ideas sobre la prueba ilícita*. Ponencia presentada en el IV Congreso de Derecho Procesal. Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal.

- Perdomo, R. (2005). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Universidad de los Andes. Mérida: Consejo de Publicaciones de la Universidad de los Andes.
- Pérez, E. (2005) *La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*. Caracas: Vadell Hermanos C.A.
- Pérez, E. (2008). *Control y Contradicción de la Prueba*. Caracas: Vadell Hermanos C.A.
- Perrot (1981). *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal*. Recuperado de www.prueba-ilicita/proceso-penal/prueba/penal/proceso.pdf
- Prieto, J. (2014). *Los Frutos del Árbol envenenado. Las implicaciones del Principio de exclusión de la prueba obtenida ilícitamente*. México: Porrúa.
- Redondo, I. (1997). *La prueba ilícita. Los medios de prueba*. Madrid: Ed. Aranzadi.
- Rivera, R. (2011). *Las pruebas en el derecho venezolano. Civil, Penal, Agrario, Laboral y de Lopnna*. Barquisimeto: Editorial Horizonte.
- Rivera, R. (2013). *Código Orgánico Procesal Penal comentado y concordado con el COPP, la Constitución y otras Leyes*. (3ed) Barquisimeto: Editorial Horizonte.
- Rionero & Bustillos, D. (2003) *Instituciones Básicas en la Instrucción del Proceso Penal*. Caracas: Ed. Livrosca, C.A.
- Rionero & Bustillos, D. (2013) *Maximario Penal. 2000-2012*. Edición Especial. Caracas: Vadell Hermanos Editores.
- Rionero & Bustillos, D. (2015) *Maximario Penal. 2014-2015*. Edición Especial. Caracas: Vadell Hermanos Editores.
- Rodríguez, P. y Guerrero, V. (2012). *La Prueba Ilícita en el Sistema Acusatorio*. Recuperado de www.eumed.net/prueba_ilicita/sistema-penal.html
- Rojas, M. (2012). *Eficacia de la Prueba obtenida mediante irrupción en la intimidad*. Medellín: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de www.books.openedition.org/uec/159?lang=es
- Rudstein, D. (2008). *El Proceso Investigativo del Procedimiento Criminal*. New York: Vandeplas Publishing C.A. 130

Ruiz, J. (2013). *Código orgánico procesal penal: Comentado, Concordado y Jurisprudenciado*. Caracas: Ediciones Libra, C.A.

Saavedra, E. (2004). *La Prueba Ilícita y su reproche Constitucional y Legal*. Ponencia presentada en las Sextas Jornadas de derecho Procesal Penal. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas

Sánchez, N. (2006). *Técnicas y Metodología de la Investigación Jurídica*. Caracas: Editorial LIVROSCA.

Silva, J. (1991). *La Expansión del Derecho*. Madrid: Aranzadi

Sumarriva, V. (2009). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima: Editorial UIGV.

Tapia, J. (2002). *Descubrimientos Accidentales en el Curso de un Registro Domiciliario o una Intervención de Comunicaciones*. Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <https://procesalpenal.wordpress.com/2007/11/23descubrimientosaccidentales-en-el-curso-de-un-registrodomiciliario-o-unaintervención-comunicaciopdf>.

Tribunal Supremo Español

1. Sentencia N° 310 de fecha 1985.
2. Sentencia N° 2878 de fecha 28-04-1995.
3. Sentencia de fecha 07-06-1997.
4. Sentencia N° 1149 de fecha 26-09-1997.
5. Sentencia de fecha 18-02-1998.
6. Sentencia N° 41 de fecha 24-02-1998.
7. Sentencia N° 465 de fecha 30-03-1998.
8. Sentencia N° 1313 de fecha 21-07-2000.
9. Sentencia de fecha 18-02-2002.
10. Sentencia de fecha 12-06-2003.
11. Sentencia N° 981 de fecha 03-07-2003.
12. Sentencia N° 372. 2010.

Tribunal Supremo de Justicia. (Venezuela) Sala Constitucional.

1. Sentencia N° 44 de fecha 02-03-2000
2. Sentencia N° 2.580 de fecha 11-12-2001
3. Sentencia N° 2294 de fecha 24-09-2004
4. Sentencia N° 747 de fecha 05-05-2005
5. Sentencia N° 1978 de fecha 25-07- 2005
6. Sentencia N° 09-0253 de fecha 23-11-2011

7. Sentencia N°1768 de fecha 23-12-2011

Tribunal Supremo de Justicia. (Venezuela) Sala de Casación Penal

1. Sentencia N° 1065 de fecha 26-07-2000
2. Sentencia N° 1146 de fecha 09-07-2000
3. Sentencia N° 003 de fecha 11-02-2002
4. Sentencia N° 041 de fecha 11-02- 2003
5. Sentencia N° 122 de fecha 08-04-2003
8. Sentencia N° 041 de fecha 11-02-2003
9. Sentencia N° 561 de fecha 14-12-2006
10. Sentencia N° 578 de fecha 14-12-2006
11. Sentencia N° 370 de fecha 04-07-2007
12. Sentencia N° 162, de fecha 23-04-2009

www.mppre.gob.ve/tag/tribunal-supremo-de-justicia

Valconi, T. (2011). *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Venezolano*. (Trabajo de Grado de Maestría). Recuperado de tesis.luz.edu.ve/tde_arquivos/92/./9210valconi_luzardo_tahinachahrazad_anyelin.pdf

Vásquez, M. (2001). *Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Vásquez, M. (2015). *Derecho Procesal Penal Venezolano*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Witker, J. (2010). *La Investigación Jurídica*. México: McGraw-Hill/Interamericana, S.A de C.V.