

Tesis
CPC 2009
TG.

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS**

**IMPORTANCIA DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL
PROCESO PENAL VENEZOLANO.**

Trabajo Especial de Grado,
para optar al Grado de
Especialista en Derecho
Ciencias Penales y
Criminológicas.

Autor: ABG. Karla Torres Lara
Asesor: Dr. Mario Alberto Popoli

Caracas, Junio del año 2009

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

ACEPTACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogado KARLA TORRES LARA, para optar al Grado de Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, cuyo título es: **IMPORTANCIA DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO** y que acepte asesorar a la estudiante, durante la etapa de desarrollo del Trabajo hasta su presentación y evaluación.

Caracas, a los treinta (30) días de Junio del 2009.



Mario Alberto Popoli Rademaker

C.I 5.303.401

ÍNDICE GENERAL

Carta de Aceptación del Asesor.....	
Índice General.....	
Resumen.....	V
CAPITULO I. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL	6
1.1. Sistemas de Prueba y Valoración	6
1.2. Proceso de la Prueba y el Proceso Penal Acusatorio	13
1.3. Antecedentes y Legislación Comparada de la Prueba Anticipada	21
CAPÍTULO II. LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO	28
2.1. Teoría General de la Prueba.	28
2.2 Los Actos de Prueba	40
2.3. Medios y Necesidad de la de Prueba	46
CAPÍTULO III: LA DINÁMICA DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL	51
3.1 La Prueba Anticipada	51
3.2. Procedimiento de la Prueba Anticipada	59
3.3 Aplicabilidad de la Prueba Anticipada en las fases Intermedia y de Juicio en el Proceso Penal Venezolano	67
3.4 La Valoración de la Prueba Anticipada	71

CAPITULO IV. LAS EXCEPCIONES A LA INMEDIACIÓN 79
PROBATORIA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL
PENAL

4.1. La intermediación en el Procesal Penal 79

4.2. La prueba anticipada como excepción a la intermediación 83
probatoria en el Código Orgánico Procesal Penal

CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 86

5.1. Conclusiones 86

5.2 Recomendaciones 91

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 93

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

**IMPORTANCIA DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL
PROCESO PENAL VENEZOLANO**

Autor: ABG. Karla Torres Lara
Asesor: Mario Alberto Popoli Rademaker
Fecha: 30-06-09

RESUMEN

En la actualidad venezolana, se está en un momento importante para el derecho procesal penal, un tiempo en el que surgen muchas interrogantes y en el que se debe hacer un esfuerzo por alcanzar soluciones que permitan al proceso penal mantener su eficacia y utilidad como mecanismo o instrumento solucionador de conflictos. De allí, parte el estudio sobre importancia de la prueba anticipada, el cual tiene un largo camino recorrido en la adquisición y sistematización de los conceptos doctrinales sobre esta materia. El presente trabajo con carácter documental, está sustentado en un diseño bibliográfico con base a la teoría de los autores reseñados en la bibliografía, el propósito de la investigación es analizar la importancia de la prueba anticipada en materia penal basado en normas diáfanos y equitativas de formación y valoración de la prueba. Se concluye: La prueba anticipada permite el contacto directo e inmediato del juez sobre la prueba, sobre sus órganos y objeto lo que induce a una mejor y más abundante captación de elementos y circunstancias, y un proceso discursivo más lógico, racional y veraz por parte del juez y su valoración en la búsqueda de la verdad en el cumplimiento de las reglas del debido proceso y por tanto, sometida a contradicción, dando así oportunidad para que el imputado no solamente se entere del acto probatorio, sino también para que lo contradiga en un claro y amplio ejercicio del derecho a la defensa, única manera de poder aplicar útilmente la prueba practicada anticipadamente para destruir o desvirtuar la condición de inocente que tiene el imputado en el proceso penal. Se sugiere modificar el artículo 316 del Código Orgánico Procesal Penal, para que la prueba anticipada se produzca cumpliendo cabalmente con el principio de inmediación, ante el juez llamado a pronunciar la sentencia definitiva.

Descriptores: Prueba Anticipada- Proceso Penal Venezolano.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad venezolana, se está en un momento importante para el derecho procesal penal, un tiempo en el que surgen muchas interrogantes y en el que se debe hacer un esfuerzo por alcanzar soluciones que permitan al proceso mantener su eficacia y utilidad como mecanismo o instrumento solucionador de conflictos. En lo que se refiere al proceso penal hay varias cuestiones que enfrentar, tanto de las que afectan a su entorno como de las que afectan a su interior. Aquí, podría señalarse a los que se refieren a la celeridad del proceso, a la justicia penal negociada, a la aparición de sistemas alternativos de resolución de conflictos, los que derivarán de la unificación del derecho procesal en el marco de la integración y siempre presente en todos ellos, el clásico, pero a la vez necesario, debate sobre las garantías de los ciudadanos, en lo que se refiere a la construcción de un espacio penal y procesal homogéneo y uniformado.

De todos los problemas que afectan al proceso penal, es importante destacar el que se refiere a la existencia de la instrucción, especialmente cuando es judicial. Este problema no es sino el propio proceso penal en su concepción de sistema acusatorio, en el que se distinguen legal y oficialmente dos (2) fases distintas, la de investigación y la de enjuiciamiento, lo que origina el problema de la atribución de valor probatorio a las diligencias de instrucción. Y ya este mismo enfoque supone desdibujar la

propia esencia de un proceso penal que se señale como regido por el principio acusatorio y es precisamente la existencia de una fase de instrucción reconocida y regulada legalmente, necesariamente separada de la fase de enjuiciamiento o juicio oral, la que origina problemas de comprensión referidos a las nociones básicas que se analizan.

Y ello, es así porque la fase de instrucción implica antes que nada en el modelo actual la intervención de una autoridad judicial, el Juez de Instrucción, del que se predicen todas las garantías de la jurisdicción, como es lógico, independencia, imparcialidad, entre otros, y cuya presencia se erige, a la vez, en garante del respeto a la legalidad de las actuaciones de la instrucción, del respeto a los derechos de defensa sustentados en la Constitución Bolivariana de la Republica de Venezuela (CBRV,1999).

En la instrucción están presentes todas las partes procesales, las acusadoras y la acusada, es decir la imputada, en cuanto el proceso penal se dirija contra una persona concreta ésta tiene derecho a personarse en las actuaciones penales y realizar cuantas actuaciones estime convenientes o necesarias para su defensa. Se tiene un juez, se tiene unas partes y se tiene una actividad regulada por la ley procesal, pero no se tiene el juicio, y no hay certeza de que éste se vaya a celebrar o abrir, dependerá del resultado de la instrucción.

Por otra parte, la investigación o instrucción en el proceso penal es distinta a la que pueda resultar en un proceso dispositivo. La comisión de un hecho delictivo suele necesitar de una reconstrucción a partir de la notitia

crimínis siendo frecuente que el delito se cometa con ocultación, o que los datos que se necesitan hayan sido ocultados por el propio delincuente, entre otros. En este sentido se habla de que el acusador parte de una posición de desventaja inicial, dado que recopilar los datos que necesita exige superar distintas barreras, entre ellas las que pueda poner el delincuente para no ser hallado o para que no se pueda probar el hecho delictivo o su participación en él.

De allí, el conocimiento acerca de la prueba anticipada en el proceso penal, el cual tiene un largo camino recorrido en la adquisición y sistematización de los conceptos sobre esa materia, el cual viene a ser aquella que se practica con anterioridad al juicio oral, que es la oportunidad legal fijada para que tenga lugar la producción de la prueba en el proceso penal. Ella, en principio, tiene plena validez, el mismo valor que la prueba practicada con ocasión del acto del juicio oral, para ello basta con que se haya practicado en las condiciones que la justifican y autorizan su práctica y con el acatamiento estricto de las garantías que informan el debido proceso y del derecho a la defensa.

Esto es, que tiene que ser cumplida bajo contradicción e inmediación. Es de advertir, que el valor probatorio de la prueba anticipada queda sujeto a la permanencia de las circunstancias que la hacen necesaria, es decir, a la irreproducibilidad en sentido amplio, toda vez que si el testigo puede comparecer al acto del juicio oral, desapareciendo su condición y por ser la prueba anticipada excepcional, la prueba que queda sometida a valoración

sería la que se practicaría dentro del juicio oral; hace que la prueba anticipada pueda calificarse de provisional. En cuanto a su procedimiento, la regulación de la substanciación y práctica de la prueba anticipada es breve y deficiente, puesto que nada dice el Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 2006) de cómo se sustancia la prueba anticipada.

De acuerdo a lo anterior, la presente investigación utilizando la estrategia de la investigación documental, y sustentada en fuentes primarias de autores venezolanos y extranjeros ubica sus reflexiones en determinar la Importancia de la Práctica de la Prueba Anticipada en el Proceso Penal Venezolano. El propósito es el de suministrar elementos teóricos que permitan alcanzar un adecuado y oportuno conocimiento de la prueba anticipada que permitan un justo equilibrio, entre la necesidad de buscar o encontrar la verdad material propia del proceso penal y la necesidad de asegurar al imputado el fundamental derecho a la defensa, constitucionalmente declarado inviolable. Para que exista un proceso penal cumplido en conformidad con las reglas del debido proceso, es menester se respeten estrictamente los principios de oralidad, concentración, publicidad, inmediación y contradicción.

Al analizar la prueba anticipada, en materia penal se realiza con anhelos de esperanza y aires democráticos, sólo en este marco puede realizarse la aspiración a un debido proceso que tenga como fundamento normas diáfanas y equitativas de formación y valoración en la aplicación de la prueba anticipada en el proceso penal venezolano.

El trabajo se estructura por capítulos, con una parte introductoria, en la cual se contempla el propósito de la investigación. El Capítulo I está referido a los Principios que rigen la Actividad Probatoria en el Código Orgánico Procesal Penal. El capítulo II está constituido por la Actividad probatoria en el Proceso Penal Acusatorio. En el capítulo III la dinámica de la Prueba Anticipada en el Código Orgánico Procesal Penal, en el capítulo IV las excepciones a la Inmediación Probatoria en el Código Orgánico Procesal Penal. El capítulo V las Conclusiones y Recomendaciones, por último las referencias bibliográficas.

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL

1.1. Sistemas de Prueba y Valoración

Los sistemas de prueba y de valoración son entes orgánicos que propician la creación de un puente comunicante entre la realidad, su reconstrucción en el juicio y el convencimiento que debe demostrar todo operador de justicia en cualquier circunstancia, sea el tribunal del control, o en el tribunal del juicio (tribunal unipersonal y mixto).

De esta manera, para Cafferata (1998), el contenido de los sistemas de prueba y de apreciación va dirigido a: (a) presentar los elencos de medios probatorios admisibles en el juicio. (b) definir la forma en que los medios son llevados a éste, los cuales, previo el examen de admisibilidad, deben ser analizados de manera clara, objetiva y científica.

Bajo el esquema anterior, para la investigadora, toda ley procesal tiende a establecer las reglas de juego por las que el juzgador y las partes han de ceñirse a objeto de llevar el juicio, sin más limitaciones que las impuestas a través de las fuentes de conocimiento: postulados y dogmas conocidos en forma de ley o en la diversa doctrina que ha venido sentando criterio al respecto. Específicamente las leyes procesales en Venezuela se han

distinguido por establecer dos sistemas de prueba: (a) El sistema de la prueba legal. (b) El sistema de la prueba libre. Además puede contarse con otro que se antoja como un sistema, mixto también se le conoce como sistema legal atenuado (Devis, 1988), donde se asume características, principios e ideas de los dos grupos anteriormente identificados.

El sistema de la prueba legal se caracteriza por describir explícita los medios o instrumentos de prueba que deben usarse para llevar a cabo los cometidos centrales del proceso. Es decir, el legislador plantea de antemano cuáles herramientas han de convertirse en conductores de las fuentes de prueba que se hallan en los distintos fueros del injusto que se pretende establecer como acontecido, como ejemplo se puede citar el derogado artículo 244 del Código de Enjuiciamiento Criminal.

Dentro del campo de la prueba legal, se han reconocido ciertas ambivalencias sospechosamente inclinadas a dar o no mayor margen de acopio de los otros sistemas aunque sin confesarlo expresamente. Es el caso del llamado por Cabrera (1990) sistema de la Prueba legal ampliado.

Se es de la opinión, que este método se reniega de su existencia, haciendo permeable su estructura y con ello, viendo horizontes para y apoyarse en otros campos, es una clara evidencia del esquema ampliado que lo constituye la derogada parte procesal de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, cuyo sector probatorio era poco preciso y daba a las partes y a los jueces plena disposición de los medios de prueba previstos en otras leyes y códigos vigentes.

En cuanto se refiere al sistema de valoración, es muy común que converjan las fórmulas estimatorias o modo de valoración específicos, delineados o tasados; de manera que no habría cabida a la especulación. Esto es, que las reglas axiológicas vienen prediseñadas, lo que equivale a una suerte de silogismo legal antes que judicial, ya que la premisa mayor y la conclusión se encuentran concebidas por el legislador en la ley y al juez sólo le corresponde la premisa menor, la declaración del testigo, el dictamen pericial, la posición jurada, el documento público y privado, para declarar la existencia de la voluntad legista acerca del medio legal que está sometido a la actividad de apreciación en momentos del juicio. (Bello, 1989).

Se trata de un *numerus clausus*, pues los parámetros dados por el legislador deben dar como resultado un tipo de convencimiento, si es A debe ser B, lo que supone un dispositivo formulario capaz de resolver todos los distintos dilemas de una misma manera. Con razón a este método se le considera inoperante, debido a que no permite el raciocinio y convierte al juez en una especie de calculadora automática. No obstante, se defiende el sistema de apreciación, argumentando que se trata de un esbozo coherente, simétrico, que evita las complicaciones y, por si fuera poco, procura un mejor control de la prueba y su valoración al brindar la seguridad jurídica necesaria en todo proceso.

En otro sentido y en el mismo escenario, se encuentra el sistema de la prueba libre, en este método los distintos conductos probatorios no se ordenan en roles y, su verosimilitud con el proceso yace en la pertinencia,

adecuación y conformidad con lo planteado y lo que se desea establecer en el juicio, la oportunidad como un aspecto que descansa en la necesidad de establecer un argumento o afirmación dado en la etapa correspondiente dispuesta para este fin, la eticidad, en cuanto a la forma de proceder tanto del juez como de las partes en general, y la moralidad del medio a utilizar como lo decoroso de cada actuación particular de los intervinientes. (De Lamo , 2000)

De modo, que tanto el juez como las partes pueden acopiar in genere de asuntos y convertirlos en medios de prueba con tal y se adecuen a las necesidades inmanentes del proceso, debido a que el cometido central del juicio es el ejercicio de la acción y efecto de probar y por esta razón como asienta Michelle (1989), la prueba es en todo caso una experiencia, una operación, un ensayo, dirigido a hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición.

Para Montero (1994), la prueba en el campo jurídico procesal penal es un método de averiguación y un método de comprobación, por lo que la inclusión del sistema de la prueba libre en el terreno de los juicios y más en los penales, hará que el juez y las partes se sientan más comprometidos por la labor que van a desempeñar, a objeto de sostener la magistratura penal en los límites de la rigurosa observancia del deber de comprobación de los hechos, eso si guiado por la sensatez que brinda el mundo de las garantías procesales y humanas ampliamente reconocidas. Para el caso del sistema de la prueba libre es importante destacar que el método de axiología,

Michelle (1989), deberá darse bajo la vista y signo de los ordenadores lógicos, toda vez que se reconoce la existencia de un silogismo judicial, donde la premisa mayor, menor y la conclusión se hallan en la mente del juzgador, al contrario de lo que ocurre en el sistema de valoración legal.

Por tanto, el juez al usar su saber y entender, debe tener conciencia de la libertad de comprobación y a su vez, esta libertad ha de interpretarse sobre la base de la responsabilidad en la función judicial que cumple, con atención a los principios de imparcialidad e independencia, la libre apreciación se recrea en el convencimiento del juez; pero con la indefectible obligación de convencer a todos los interesados de esa certeza.

De ahí que lo expuesto por Paz (1999):

La labor de apreciación de la prueba bajo el signo libertario sea más intrincada, pues las reglas del método las van a aportar: la lógica, la experiencia común de los diferentes fenómenos de conocimiento, la psicología en los términos expuestos y la evaluación de los hechos que se suscitan en el mundo, cuya notoriedad permite hacer inferencias para el caso en particular (p.122).

A su vez, se presenta otra serie de roles como es el caso de la recepción de la prueba, cuya actividad debe estar acompañada de pulcritud en su recolección, es decir, que su realidad estará sustentada en procedimientos de captación lo suficientemente transparentes que permitan una definida auscultación y posterior valoración; pues es sano recordar como

asienta Ragués (1999), que lo más cercano a la verdad procesal es la convicción, la certeza que se obtiene a través de la prueba y, ello con una gran duda acerca de los parámetros: verdad y certeza.

Por lo cual, para lograr una convicción basada en pruebas falsas, recepción ilícita o viciada sin el cumplimiento de las garantías procesales necesarias, implicaría un error o un fraude en el convencimiento capaz de aniquilar el objetivo de todo proceso: encontrarse con una realidad sucedida en el tiempo, sometida a consideración de la administración de justicia.

Los procesos cognoscitivos del juzgador, en un ambiente de libertad probatoria, han de ser acompañados con el máximo rigor en la individualización y adquisición de la prueba. Michelle (1989) dice que no se trata de una cuestión estrictamente formalista, sino de celo escrupuloso en la captación de la misma. En función de una mejor actividad de comprensión, ha de evitarse juicio apriorístico de las circunstancias que suelen acompañar los primeros momentos de la investigación judicial.

El marco de referencia apuntado, sugiere que el método ha de conducirse por una gran ciencia y conocimiento por parte del juzgador. El instrumento de valoración de la libre convicción certeza o razonamiento no tiene fórmulas exclusivas preconcebidas. Pero, como Pesina, (citado en Montero, 2005) ello no obsta a que se dejen de lado los confines legales en la búsqueda de las pruebas y el examen de ellas en discusión pública. En consecuencia, para Alexy (1997), “el diseño legal con el estigma libre es realmente complicado, por cuanto requiere de jueces más hábiles, con

amplio conocimiento y sin ataduras extrañas a su propia funcionalidad legal y constitucional” (p.51). Todo lo dicho anteriormente sirve de introducción general para acometer el análisis de la prueba en el Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 2006).

El texto del artículo 198, constituye el piso para consagrar definitivamente al sistema de la prueba libre. En efecto, la descripción típica indica que los hechos y las circunstancias de interés podrán probarse con cualquier medio de prueba, siempre que no estuviere prohibido por la propia ley. De modo que, el legislador al exponer esta versión de la prueba, aplicable en común para todo el enjuiciamiento criminal, ya es suficiente para decir que es un gran adelanto, sobre todo porque ya no habrá una prueba diferente para cada procedimiento ordinario o especial, sino que, por el contrario todos los juicios deben orientarse con este mismo propósito.

El camino abierto con la reforma permite modernizar las fórmulas probatorias, que se convirtieron en foco de perturbación para el establecimiento de la realidad histórica. Por tanto, para Cafferata (1998)

La prueba concebida en un ambiente de mayores libertades, ha de procurar unos resultados más confiables e identificados con el tema u objeto de prueba, que en definitiva es hacia donde debe mirar todo juicio, puesto que la convergencia de datos para el juzgamiento ha de ser dispuesta con suficiente flexibilidad lo que procurará una certeza plena (p.218).

De hecho, el texto postula dos (2) aspectos importantes como límite: (a)
Las pruebas han de ser conducidas al proceso conforme a lo dispuesto en el

Código, esto es en lo concerniente al capítulo II del título VII que lleva por título, De los requisitos de la actividad probatoria y (b) No son asimilables en el juicio aquellas pruebas que estuvieren expresamente prohibidas. No obstante, hay que tener en cuenta que alcanzar la verdad declarada así por el propio texto del Código debe de tener precisión para que se conduzcan los hechos, por lo que aún cuando exista una apertura probatoria, ha de tomarse como referencia la serie ordenatoria de las garantías procesales como límite necesario de toda prueba.

1.2. Proceso de la Prueba y el Proceso Penal Acusatorio

En el proceso penal acusatorio, el conocimiento de la causa en primera instancia, se desarrolla a través de tres (3) fases perfectamente diferenciadas. Estas son: la fase preparatoria, la fase intermedia y la fase plenaria, que adopta la forma fundamental de juicio oral. La fase preparatoria o investigación preliminar tiene como finalidad la comprobación de la existencia misma del delito y recabar las evidencias que permitan determinar a los autores demás partícipes, a los efectos de acusarlos formalmente ante un tribunal y llevarlos a juicio oral. Es una fase jurisdiccional, mayormente escrita, que conserva como rasgo inquisitivo la facultad de búsqueda de evidencia por el Ministerio Público, pero que se debe desarrollar de forma contradictoria desde que en ella se hacen parte el imputado y la víctima, quienes tienen el derecho a incorporar pruebas al expediente de la causa e

impugnar las probanzas inculpatorias, formándose de esa manera una masa común de evidencia.

La fase intermedia tiene como finalidad comprobar si la acusación tiene o no sustento en la investigación practicada durante la fase preparatoria y justifica la apertura del proceso a juicio oral, o, en su caso, que el imputado sea sentenciado por haber admitido voluntariamente los hechos o si, por el contrario, el resultado de la fase preparatoria amerita el sobreseimiento de la causa y la liberación del imputado (COPP, 2006 arts. 327 - 331).

El juicio oral, que sólo tendrá lugar si la acusación es admitida en la fase intermedia, consiste en un debate o discusión verbal acerca de la responsabilidad o no del acusado, en un acto preferentemente público, donde las partes deben someter a la consideración del tribunal las pruebas de que intenten valerse (COPP, 2006 arts. 332 - 341).

Por tanto, para que una persona pueda ser condenada en el proceso penal acusatorio es necesaria que sea llevada a un juicio oral y demostrado allí su responsabilidad, a menos que antes admita voluntariamente los hechos de que se le acusa. De tal manera, salvo en los casos de admisión libre y espontánea de los hechos previa al juicio oral, nadie puede ser condenado si no ha se ha demostrado su responsabilidad en un juicio oral y público, con todas las garantías del derecho a la defensa. Esto constituye el principio del juicio oral y público previo a la condena, como parte integrante del debido proceso. El principio trae aparejada una norma rectora que garantiza la justeza del juzgamiento, cual es aquella que establece que a los

efectos de la sentencia que se pronuncie en juicio oral sólo tendrán valor las pruebas practicadas en juicio oral y que hayan sido legalmente incorporadas a éste (COPP 2006 art. 14). Ésta es una de las normas fundamentales del sistema acusatorio y es su principio básico en materia de actividad probatoria, a diferencia del sistema inquisitivo, en el cual la prueba practicada en el sumario tenía plenos efectos a menos que se desvirtuara en el plenario.

Sin embargo, aquella norma fundamental del sistema acusatorio ha sido interpretada erróneamente, en el sentido de que las pruebas recogidas en la fase preparatoria no tienen valor alguno y que la fase preparatoria no forma siquiera parte del proceso. Esto no es cierto en modo alguno, como tampoco lo es el que las pruebas de la fase preparatoria sean pruebas imperfectas o inacabadas que deban perfeccionarse en el juicio oral.

En el proceso penal acusatorio, dice Montero (1994), las probanzas recabadas en la fase preparatoria no tienen valor directo o por sí mismas para la sentencia definitiva que se dicte en juicio oral si no se llevan o incorporan, pero ello no quiere decir que dichas pruebas carezcan en absoluto de valor o que sean imperfectas, pues sí tienen valor, y un gran valor, en dos (2) sentidos, ya que, en primer lugar, estas evidencias sirven para fundamentar las diversas solicitudes y decisiones que se producen en las propias fases preparatoria e intermedia y que requieren de prueba y, en segundo lugar, porque esas probanzas son la base o fundamento de las que deben ser presentadas, sobre todo por las partes acusadoras, para ser practicadas en juicio oral.

La prueba es, por tanto, un elemento constante en el proceso penal acusatorio, dada la cantidad de incidencias que deben ser resueltas con su auxilio a lo largo de sus diversas fases. Para cada una de esas incidencias la prueba que se incorpora a la fase preparatoria es absolutamente válida, siempre y cuando sea útil, conducente y pertinente.

Esta es una situación resultante de la extensión de lo que hay que probar en el proceso; del *thema probandum*, como dirían unos, o el objeto de la prueba, como dirían otros. Probar dice Florian (1997) “significa suministrar en el proceso, el conocimiento de cualquier hecho, de manera que se adquiera para sí o se engendre en otros la convicción de la existencia o verdad de un hecho”(p.299).

Y ese hecho puede ser tanto la actividad del imputado para amedrentar a los testigos de la fiscalía, que serviría de base para imponerle una medida de prisión provisional (cuestión incidental), como la autoría misma del hecho justiciable (cuestión de fondo).

Ese convencimiento o certeza que la prueba debe aportar sobre los hechos del proceso, es lo que se denomina la función de la prueba. Todo proceso jurisdiccional supone la aplicación de normas jurídicas preexistentes a determinados hechos concretos o la producción de la norma aplicable a aquéllos de conformidad con su naturaleza y clase. Pero en todo caso, es necesario determinar la certeza de tales hechos. La función de la prueba en un proceso jurisdiccional es precisamente procurar certeza acerca de los hechos respecto de los cuales debe pronunciarse la regla de derecho.

Pero el solo planteamiento de la cuestión de la función de la prueba concita una serie de interrogantes. Sobre el particular cabe preguntarse, en primer lugar: ¿a quién y cuándo le corresponde fijar los hechos del proceso? La respuesta a esta pregunta depende de a qué tipo de proceso nos estemos refiriendo, pues la cuestión de la fijación de los hechos del proceso divide a estos dos grupos: los procesos dispositivos y los procesos oficiosos. En los procesos dispositivos corresponde a los particulares contendores la determinación de los hechos que han de ser objeto del proceso, y en los procesos oficiosos corresponde a determinados órganos del Estado la concreción factual de la controversia.

Los procesos civiles y mercantiles son los del tipo dispositivo por excelencia, en tanto que los procesos penales y administrativos son oficiosos por definición. Ahora bien, el aporte de hechos al proceso adopta una forma particular: la alegación, y ella es universalmente reconocida como la clave para determinar a quién corresponde probar los hechos, lo que dio lugar a la regla más universalmente difundida acerca de la carga de la prueba y que establece que a cada uno incumbe probar los hechos que alegue en el proceso.

Sin embargo, y como es bien sabido, esa regla, que en principio parece justa y equitativa por igualitaria, resulta ser en ocasiones sumamente injusta, sobre todo en los procesos dispositivos, porque muchas veces quien alega un hecho en su defensa no puede probarlo, sencillamente porque los medios para ello están en manos de la contraparte. En esos casos, para favorecer al

débil jurídico, sería necesario o invertir la carga de la prueba o autorizar la intervención coactiva del Estado en los predios de las partes para capturar la prueba.

Por otra parte, las reglas sobre carga de la prueba no pueden funcionar de igual manera en los procesos dispositivos y en el proceso penal, en razón de los diferentes intereses tutelados por esos tipos de procesos. En los procesos dispositivos, en los que se debaten intereses particulares, es posible el manejo de reglas de carga de la prueba de forma tal que, quien nada alegue en la defensa o no se oponga a los hechos de la contraparte, pueda ser tenido por confeso.

En el proceso penal, y mucho más en el acusatorio, en el cual el valor tutelado es el interés público y cuyo fundamento es la verdad material, las reglas de la carga de la prueba no pueden funcionar de la misma manera, por cuanto la satisfacción de esas premisas exige a las partes acusadoras probar la responsabilidad de los imputados más allá de toda duda razonable. La falta de alegación de hechos exculpativos por el imputado, la falta de prueba de los alegatos, e incluso la falsedad manifiesta de los alegatos, no relevan a los acusadores de probar la existencia del delito y la responsabilidad del procesado.

De tal manera, la actividad probatoria del Estado y la obligación ineludible de las partes acusadoras de probar sus asertos, con independencia de la actividad probatoria del imputado, son las características diferenciales de la prueba en el proceso penal, con respecto al proceso civil o

mercantil y el obstáculo principal para el logro de un cauce procesal común para los procesos dispositivos y los procesos oficiosos.

La función de la prueba en el proceso penal tiene dos (2) aspectos igualmente relevantes. Un aspecto positivo, que se refiere a la comprobación de la certeza de los hechos alegados por cada parte o por la contraparte cuando resulten favorables a quien intente tal comprobación y un aspecto negativo, que consiste en la refutación de los hechos alegados por la contraparte. Ésta es una situación que hasta hoy se presenta como casi exclusiva del proceso penal, pues es un corolario de la libertad de prueba.

Y se dice que la prueba refutadora o contraprueba casi es un patrimonio exclusivo del proceso penal, porque en el civil existe en forma de tacha de testigos y de instrumentos, pero fuertemente constreñidas por reglas legales de oportunidad, posibilidad y valoración. En el proceso penal acusatorio, la contraprueba es una posibilidad abierta y constante a todo lo largo del proceso.

La función de la prueba en el proceso penal acusatorio diseñado en el Código Orgánico Procesal Penal, como en cualquier clase de proceso jurisdiccional, consiste en la comprobación o refutación de los hechos del

proceso, a los efectos de la fundamentación, no sólo de la sentencia definitiva, sino de algunas decisiones interlocutorias que requieran de la valoración de hechos concretos. En el COPP (2006), esta función, ya sea en su aspecto positivo o negativo, se extiende específicamente a los siguientes puntos:

- Sustentar la incoación o la desestimación del proceso.
- Calzar la adopción o no adopción de medidas cautelares respecto al imputado.
- Sustentar las solicitudes y las decisiones acerca de excepciones o sobreseimiento.
- Fundamentar la acusación y el auto de apertura a juicio oral.
- Servir de fundamento a la sustanciación de los incidentes.
- Sustentar solicitudes y decisiones que dan lugar a procedimientos especiales.
- Constituirse en fundamento de la sentencia definitiva.
- Sustentar los motivos de apelación o de casación.
- Abonar y sustentar solicitudes y decisiones en la fase de ejecución de la sentencia.

Es cierto que algunas ocasiones estas situaciones, no requieren propiamente prueba para ser resueltas, pues pueden serlo por máxima de experiencia o por mera notoriedad, como es el caso de la desestimación de una denuncia o de una querrela por no ser los hechos narrados en ellas constitutivos de delito o por estar evidentemente prescritos. En el primer caso

basta la comparación de los hechos denunciados con los supuestos de hechos de los tipos penales correspondientes, en tanto que, en el segundo caso, todo se reduce a comprobar el tiempo transcurrido entre la fecha de comisión de los hechos denunciados y la fecha de la denuncia o de la querrela.

1.3. Antecedentes y Legislación Comparada de la Prueba Anticipada

Como sostiene Delgado (2005-57), se puede considerar que la prueba penal anticipada tiene como antecedente legislativo en Venezuela el procedimiento de retardo perjudicial, previsto en el artículo 813 del CPC que establece lo siguiente: La demanda por retardo perjudicial procederá cuando haya temor fundado de que desaparezca alguna prueba del promovente.

Y el artículo 815 ejusdem, dispone:

La demanda fundada en el temor de que desaparezcan algunos medios de prueba del demandante, deberá expresar sus fundamentos y tendrá por objeto solamente que se evacue inmediatamente la prueba. Las funciones del tribunal se limitarán a practicar las diligencias promovidas con citación de la parte contraria la cual podrá repreguntar a los testigos quedando al tribunal que venga a conocer de la causa, la facultad de estimar si se han llenado las circunstancias requeridas para dar por válida la prueba anticipada.

También se podría encontrar un antecedente en materia penal, en la información de nudo hecho prevista en el derogado Código de Enjuiciamiento

Criminal, en su artículo 374, como requisito previo para establecer la responsabilidad penal de funcionarios públicos por hechos cometidos con ocasión de sus funciones, lo cual implicaba lograr un acopio anticipado de pruebas antes de instaurar el proceso; pero ello, aunque buscaba también el aseguramiento de los medios a ser aportados y el establecimiento de los hechos que serían imputados en una denuncia o acusación, tenía por finalidad primordial proteger la función desempeñada o el servicio público prestado por el funcionario investigado, mientras se lleva a cabo esa investigación informativa, para que no sea afectado en el cumplimiento de sus obligaciones.

Así, en el Derecho comparado se puede hacer referencia al antecedente de la legislación española, donde se ha contemplado la llamada Prueba Testimonial Anticipada que menciona Ragués. (1999), como establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, con antecedentes en las Leyes de partidas (Ley Y Título 16 partida Y) y que ya existía en el Derecho Romano.

También, señala Ragués (1999), respecto al proceso penal español, al citar la Ley Orgánica 10/1980 de 11 de noviembre que fue ésta la que utilizó de una manera directa la expresión práctica anticipada de pruebas; y que en su artículo 6 se admitió la posibilidad de solicitar, en los escritos de acusación, la práctica anticipada de aquellas pruebas que no pudieren llevarse a cabo en el acto del juicio oral, estableciéndose en su artículo 8 que el juez admitirá las pruebas que sean pertinentes, pero sólo se realizarán

anticipadamente y en su presencia aquellas que no puedan practicarse en el acto del juicio oral.

Disposición ésa que en forma similar está recogida en el actual artículo 790.5, párrafo Y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de ese país, donde además se prevé que también en los escritos de la defensa se podrá solicitar la práctica de prueba anticipada y que en el auto de admisión el juez o Tribunal prevendrá lo necesario para la práctica de dicha prueba.

En el Código de Procedimiento Penal Italiano, como explica Asencio Mellado, (citado por Roxin, 2000) se contemplan las siguientes causas justificadas de prueba anticipada: pruebas expuestas a posibles contaminaciones; Pruebas expuestas al deterioro; Pruebas no reproducibles; Pruebas incompatibles con la concentración del debate. Sobre la última causa refiere que dicho Código autoriza la anticipación de la prueba pericial, cuando de remitirse su práctica al juicio oral, podría originar una suspensión del juicio por tiempo superior a sesenta días, lo que quebrantaría el principio de concentración que también debe orientar el juicio oral, circunstancia ésta que, aunque no se contempla en el Código venezolano, también podría hacer pensar en un motivo de irreproducibilidad del acto probatorio dentro del limitado tiempo de diez días que se prevé como término de suspensión del juicio oral (Art. 335 COPP, 2006).

También se autoriza la anticipación de la prueba en los supuestos de coimputados afectados por las circunstancias dichas. Otro supuesto es el del careo entre las personas que en otro incidente probatorio o ante el Fiscal del

Ministerio Público han realizado declaraciones discordantes a causa de alguna de las circunstancias expresadas.

El Código de Procedimiento Penal italiano autoriza la anticipación de la prueba pericial, cuando de remitirse su práctica al juicio oral, podría originar una suspensión del juicio por tiempo superior a sesenta días.

Como quiera que la prueba anticipada implica, una derogatoria parcial de la oportunidad ordinaria señalada legalmente para producir las pruebas en el juicio penal, que no es otra que la del juicio oral, no rigen, desde luego, para su práctica los principios de concentración ni de publicidad general, propios del debate oral, pero si debe practicarse bajo inmediación.

En el Código Procesal Penal de Costa Rica, emitido mediante Ley número 7.594 del 10 de abril de 1996, que entró en vigencia el 1 de enero de 1998, contiene en su artículo 293 una previsión similar a la del COPP (2006), que parece haber sido copiada en parte por el legislador venezolano bajo el título anticipo jurisdiccional de prueba, en los siguientes términos:

Cuando sea necesaria la práctica de un acto definitivo e irreproducible, que afecte derechos fundamentales o deba recibir una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá recibirse durante el juicio o, cuando por la complejidad del asunto, exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales sobre lo que conoce, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir al juez que la realice o la reciba. (p.91)

El juez practicará el acto, si lo considera admisible, citando a todas las partes, quienes tendrán derecho de asistir, con todas las facultades y

obligaciones previstas en este código. Además, bajo el título de urgencia, el artículo 294 establece, que cuando se ignore quién podría ser el imputado o si alguno de los actos previstos en el artículo anterior es de extrema urgencia, el Ministerio Público podrá requerir verbalmente la intervención del juez y éste practicará el acto con prescindencia de las citaciones previstas y, de ser necesario, designará un defensor público para que participe en el acto. Cuando se ha procedido con urgencia, después de practicarse el acto, deberá ser puesto en conocimiento de las partes. No se podrá prescindir de la citación previa en los casos en que deba recibirse declaración a un testigo ante la posibilidad de que olvide circunstancias esenciales.

Con mayor similitud al COPP (2006), pero previendo expresamente la impugnabilidad del rechazo a la solicitud, el Código de Procedimiento Penal de Bolivia, promulgado por ley del 25 de marzo de 1999 y para tener vigencia 24 meses después de su promulgación, contempla también el anticipo de pruebas en su artículo 307, con el siguiente texto:

Artículo 307. (Anticipo de prueba). Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, registro, reconstrucción o pericia, que por su naturaleza o características se consideren como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo, se presume que no podrá producirse durante el juicio, el fiscal o cualquiera de las partes podrán pedir al juez que realice estos actos. El juez practicará el acto, si lo considera admisible, citando a todas las partes, las que tendrán derecho a participar con las facultades y obligaciones previstas en este Código.

Si el juez rechaza el pedido, se podrá acudir directamente al tribunal de apelación, quien deberá resolver dentro de las veinticuatro (24) horas de recibida la solicitud, ordenando la realización del acto, si lo considera admisible, sin recurso ulterior.

El Código Procesal Penal de Paraguay, aprobado por ley 128 del año 1998, en su artículo 320, con el título Anticipo Jurisdiccional de Prueba, contiene un texto idéntico al 307 del COPP venezolano, pero en su última parte agrega lo que a éste lamentablemente le falta y que sí prevé el de Bolivia, según lo anteriormente transcrito y subrayado, sobre el recurso directo ante el tribunal superior si el juez rechaza el requerimiento y que el superior deberá resolver de inmediato, sin más trámite, ordenando la realización de ese acto si lo considera admisible.

Además contempla en su artículo 321 las situaciones de extrema urgencia y cuando no se haya individualizado el imputado, en cuyo caso "el Ministerio Público podrá requerir verbalmente la intervención del juez y éste practicará el acto prescindiendo de las citaciones previstas, designando un defensor de oficio para que controle el acto.

El Código Procesal Penal de Chile, de fecha 30-11-2002, contempla el anticipo de pruebas en materia de testigos, en su artículo 191, bajo el título Anticipación de prueba: Al concluir la declaración del testigo, el fiscal le hará saber la obligación que tiene de comparecer y declarar durante la audiencia del juicio oral, así como de comunicar cualquier cambio de domicilio o de morada hasta esa oportunidad. Si, al hacérsele la prevención prevista en el

inciso anterior, el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia del juicio oral, por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante, el fiscal podrá solicitar del juez de garantía que se reciba su declaración anticipadamente.

En los casos previstos en el inciso precedente, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral, quienes tendrán todas las facultades previstas para su participación en la audiencia del juicio oral.

El Código Chileno prevé algunos casos que justificarían el anticipo, como el que el testigo manifieste tener que ausentarse a larga distancia o que sea previsible su muerte o incapacidad física o mental, pero también en forma general deja abierta la posibilidad de que sobrevenga algún otro obstáculo semejante.

El Código Procesal Penal Guatemala país centroamericano, promulgado el 28-09-1992 y con vigencia un año después de su publicación, fue de los primeros que adoptó el sistema acusatorio con juicios orales en Latinoamérica y en forma muy amplia consagra una suerte de anticipo probatorio en su artículo 308, al establecer que los jueces de primera instancia coadyuvarán en las actividades de investigación de la policía y de los fiscales e investigadores del Ministerio Público, cuando éstos lo soliciten y que también podrán judicial con su presencia las diligencias practicadas por dichos funcionarios a fin de prepararlas para su presentación en juicio.

CAPÍTULO II

LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

2.1. Teoría General de la Prueba

Dentro de los temas enunciados el relativo a la carga de la prueba es el que, últimamente, ha atraído la mayor atención de los juristas; ello así porque a través de él es posible adentrarse en el tratamiento de los otros y, además, por su íntima vinculación con los deberes de los jueces para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos.

Los juristas de todos los tiempos se preocuparon por establecer una regla rígida que determinara cómo se distribuye la carga de la prueba entre los litigantes y las consecuencias de la falta de prueba.

Las normas jurídicas son la expresión de los que tienen mayor poder; no obstante resulta asombrosa la regla sobre carga de la prueba en los procesos germanos primitivos; según señala Lessona (citado en Alexy, 1997), ella recaía sobre la parte más débil social y económicamente. Es a partir de la edad media cuando se empieza a sistematizar el concepto y a enunciar concretamente las reglas sobre carga de la prueba. Aparecen entonces

algunos brocárdicos tales como "onus probandi incumbi actori", "reus in excipien fit actor". Más tarde se formularon otros principios mejor elaborados, como el propuesto por Chiovenda (citado en Florian, 1997)según el cual el actor tiene que probar los hechos constitutivos y el demandado los modificativos, impeditivos o extintivos.

El gran avance en materia de carga de la prueba lo constituyó la teoría elaborada por Rosenmberg (citado en Montero, 1994)según la cual cada parte debe acreditar los presupuestos de hecho de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito en su pretensión. Ella tuvo el mérito de haber desplazado el tema a la faz normativa; la teoría fue, de alguna manera, complementada por Michelle (1989), al decir que la carga de la prueba se distribuye según el efecto jurídico exigido.

En cuanto a los principios son herramientas para acometer con propiedad el fenómeno de la interpretación jurídica. Como expresa Gascón (2001) "merced a ellos podrá aclarar muchas dudas y resolver muchos de los problemas que la compleja materia de la prueba les presenta permanentemente" (p.62).

El principio de la legalidad de la prueba, se refiere a la catalogación de los diferentes medios probatorios que muy comúnmente algunos textos legales se empeñan en presentar. Paz (1999), señala que este tópico alude a que la actividad probatoria debe "conducirse en un ambiente de garantías, por lo que la conducta de los operadores de justicia ha de enmarcarse en este propósito"(p.211), vale decir que el medio probatorio estará rodeado de

condiciones que procuren darle el piso de legitimidad suficiente para ser adquirido en el proceso.

A propósito de lo expuesto, el artículo 197 que es el que encabeza el capítulo 1 del título VII COPP (2006), consagra este principio de manera plena al decir: 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 conclusión la prueba no puede ser producto de actos contrarios al Estado de Derecho, democrático y respetuoso de los derechos humanos.

El principio al respeto a la dignidad e integridad de la persona humana en materia de pruebas, en donde el Código establece que todos los actos procesales han de pasar con la vista de las distintas condiciones del debido al proceso. Tales condiciones subyacen en La CBRV (1999), la Convención Americana de derechos humanos, el Pacto de los derechos civiles y políticos, las distintas convenciones generales sobre torturas, tratos crueles e inhumanos y demás instrumentos internacionales suscritos por Venezuela, y tienen aplicación preponderante. Para Montero (2005):

El artículo 197 expresa; no podrá utilizarse información mediante tortura, maltrato, incomunicación, amenaza, engaño, indebida intromisión en el domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados. Tampoco se podrá obtener la prueba por medios que menoscaben la voluntad o violen los derechos fundamentales (p.37).

Ahora bien, no se puede asumir y dar valor alguno a aquellas pruebas que fueron obtenidas sacrificando derechos y garantías constitucionales y humanas, incluso, la prohibición se extiende a aquellos medios probatorios que aunque lícitos, provienen de una fuente viciada y contraria al debido proceso. Por su parte, el COPP (2006) acoge este planteamiento, al expresar en el último párrafo del artículo 197, in comento que: “Así mismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícito” (p.24).

De acuerdo a lo citado, por Ibáñez (2000):

El fiscal del ministerio público como conductor de las indagaciones preliminares, así como el juez del control, tendrán que realizar su trabajo con el más estricto apego a la legalidad y dar cabida especial a todo lo concerniente al debido proceso y cumplimiento de las distintas garantías ciudadanas desde el mismo comienzo de las investigaciones, de no ser así se corre el riesgo de perder la acción y por ende, el juicio, ya que sin pruebas o pruebas ilegales equivale a un absoluto estado de la nada y, empeñarse en actuaciones fuera del marco de la legalidad, conducirá más tarde o más temprano a la impunidad o la injusticia; precisamente, esta consecuencia es la que el Código trata de evitar, para que las actuaciones de los funcionarios y operadores de justicia se ajusten a las Premisas del Estado de Derecho (p.88).

Otro de los principios orientadores de la prueba y que está íntimamente ligado al anterior es el principio de la comunidad o de adquisición, este principio muestra cómo la prueba se independiza del postulante queda explanada en el proceso, sin que el proponente pueda esperar que esa prueba aportada por él le beneficie. De modo que una vez allegada

legalmente la prueba al juicio, es conocida y valorada para todas las proposiciones que consten en autos y en consecuencia, la prueba producida pertenece a éste.

Dentro de este contexto, el fin último del proceso es la realización del Derecho mediante la aplicación de la ley al caso concreto y, como quiera que las pruebas sean los elementos utilizados por los jueces para arribar a ese resultado, nada importa quien la pidió o aportó.

En este mismo orden de ideas, Michelle (1989), sostiene que una vez finalizada la etapa de instrucción conducida por las partes, entra el juicio en la etapa de decisión de la causa, en la cual, al juez le corresponde apreciar el conjunto probatorio, sin tomar en cuenta quien produjo cada elemento de convicción, por cuanto la actividad juzgadora no está sometida a la voluntad de las partes.

Del mismo modo es el criterio de Florian (1982), al decir que “el proceso funciona como una unidad, por lo que no hay pruebas de una parte ni de la otra, sino pruebas de proceso y para el juez, y cualquiera de las partes puede producir pruebas sobre los hechos articulados”. (p.76)

Por la parte contraria, Gascón (2001) expresa

La tesis del principio de adquisición fue acogida por la Corte Suprema de justicia en Sala de Casación Civil mediante sentencia del Magistrado Rueda, donde expuso las razones de incongruencia que representaba el hecho de estar en el proceso ante diversas verdades, una de carácter procesal y otra material, situación de confusión generada por la tradicional jurisprudencia modificada de la propia Corte. Incluso sostiene el referido ponente que esta

situación creaba contradicciones insalvables, una verdad real emanada de todas las pruebas y una verdad formal producida por el análisis discriminatorio de las mismas (p.71)

Por lo antes expuesto, se considera que actuar de manera sesgada en el análisis probatorio es ir en contra del principio de comunidad de la prueba y del principio de apreciación global o de conjunto, que paradójicamente había sido inveterado en la jurisprudencia del alto tribunal, en conclusión esta idea esgrimida por la doctrina y acogida por el Tribunal Supremo en la Sala Civil, ha de ser conductora de nuevos juicios penales venezolanos, para que se pueda evaluar y valorar con eficiencia todo lo que ha acontecido en materia de pruebas en el proceso.

El Principio de necesidad del medio probatorio, es una guía la actividad probatoria, en el sentido de que todos los argumentos, hechos y razones que sean producto de la imputación han de estar acreditados, esta regla está fundada en la máxima de que todo juez no puede obtener su conocimiento y convicción sin los medios que hubieren sido deducidos legalmente en el proceso.

Para Ibáñez (2000), en el artículo 14 del COPP (2006), se alude a este principio:

Quando ordena al juez que sólo apreciará la prueba incorporada en la audiencia conforme a las disposiciones del Código, esta redacción significa que las únicas pruebas para producir convicción son las que se dan en el debate oral, sea ante el tribunal unipersonal, tribunal mixto o tribunal del jurado, siempre y cuando

se cumpla con todas las pautas legales y constitucionales para su asunción; de no ser así, no puede obtenerse el fundamento necesario para la resolución satisfactoria de la pretensión (p.99).

Se es de la opinión, que la necesidad de la prueba, normalmente se le adosa el terna del llamado conocimiento privado del juez, precisamente para evitar que el juez pueda fundar su criterio partiendo de datos y elementos aportados por su percepción personal, ex-ante del juicio.

De Lamo (2000), ha sido enérgico al negar toda razón y mérito al conocimiento particular, por lo que el autor indica “que no sólo la sentencia debe bastarse del modo justo, sino que también tiene que parecerse y, afirma: nada más peligroso que aquel juez que pretenda confundirse con un testigo”. (p.53)

Por su parte, Devis (1988) establecen el tema del conocimiento privado del juez como axioma prohibitorio, es decir que “ningún magistrado puede erigir su propio conocimiento del tema de conflicto para fundar la sentencia” (p.78). Por lo antes expuesto, al erigir como principio esta prohibición, se convierte en una innegable garantía para la libertad y los derechos del individuo, que de otra manera estarían en manos de jueces parciales y a merced de decisiones que no podrían ser revisadas por el superior.

El principio de la función pública de la prueba, de alguna manera Florian (1997), había iniciado esta idea al decir que “la prueba tiene un objetivo que va más allá del propio juez, ella trasciende a la conciencia social y responde a las necesidades de la misma”. (p.33)

Entonces, si se asume la idea del autor señalado habría que suponer que el proceso como función pública satisface las necesidades de la población, para quien se ejerce la actividad de justicia. Esta conclusión es casi forzada si se toma en cuenta el factor según el cual, analizada y valorada la prueba por el juez y allegada la convicción, ésta deberá ser equivalente si quien juzga es un ciudadano común, desinteresado y razonable. Por ello, común es exigir que la tarea probatoria deba ser lo más apartada de quehaceres extraños no reconocidos en el juicio. Esta misma formulación es extensible; a todos aquellos ciudadanos que por imperio del nuevo código van a participar en la administración de justicia penal.

El principio de control y contradicción, en el proceso, las partes tienen que probar sus afirmaciones con el propósito de contribuir a formar el criterio definitivo del juzgador. Sin embargo, esta tarea se encuentra limitada por una serie de factores que juegan en favor de garantías y principios que también se conjugan en la secuela probatoria, para el fortalecimiento de estas premisas se torna adecuado el ejercicio del control; esto es, dado una proposición probatoria, ésta debe ser efectivamente observada y controlada por todos los interesados, para preservar el ejercicio legítimo de cada parte en la administración del juicio.

La práctica del control brinda el campo a la contradicción cuando es oportuno y pertinente adversa la prueba que ha sido presentada, bien para que no se practique, o para evitar que la prueba no se valore y pueda producir efectos en la sentencia.

El quehacer probatorio guiado con el signo del control y la contradicción ha de considerarse manejado con criterios de buena fe, pues no es posible admitir actuaciones de las partes que busquen retardar o confundir el proceso con actuaciones vanas, guiadas por la necesidad irregular de enervar la condena o la absolución.

La idea anterior está reflejada en el preámbulo del COPP (2006), cuando en su artículo 18 se dice que el proceso tendrá el carácter de contradictorio. Ello quiere decir que todas las etapas del juicio tienen que ser conducidas con este mismo signo y la labor probatoria igualmente ha de responder a este propósito; a su vez, el artículo 198 en su primer acápite se refiere a este principio cuando expresa: 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, cuando haya quedado suficientemente comprobado con las pruebas ya practicadas. En suma la prueba en el nuevo ambiente Procesal penal se verá sometido a regulaciones interpartes y por los juzgadores, a fin de lograr el cometido central del juicio, cual es la sana administración de justicia. Empero hay que decir que las limitaciones a la prueba no deben tener jamás carácter compulsivo; el ejercicio del control y la contradicción sólo es posible a partir del momento en que se le da cabida a la audiencia e intervención de los interesados en la discusión de oposición del elenco probatorio.

Por otro lado, es bueno advertir que los requisitos de la actividad probatoria a que se contrae el capítulo I del Título VII, igual sirve de contenedor para la asunción de los medios probatorios, para ejercer el control e igualmente la contradicción, ya que se trata de pautas legales y formales que apuntan a regular todo lo que conduzca al convencimiento.

Además en el ejercicio de esta tarea es propicia la ocasión para decir que rige el principio de igualdad procesal que busca equiparar la actividad del accionante y del accionado, es decir que todos los actores del escenario deben tener las mismas oportunidades para el ejercicio de la prueba. Por lo que la tarea contralora y de contradicción, así como la gestión de proposición de prueba, tienen igual correspondencia para todos. Sin embargo, Michelle (1989) sostiene que el tratamiento de igualdad procesal no necesariamente debe cumplirse para el caso de la prueba, todo dependerá de la posición que se tenga en cada hecho con lo cual se alude al principio general de la carga probatoria.

Para el principio de inmediación y concentración de la prueba, estos en el preámbulo del COPP (2006), para el caso del artículo 16, el texto expresa que los jueces deben sentenciar con base en la prueba presenciada ininterrumpidamente en el debate oral. De modo que los jueces no pueden seguir trabajando por intermedio de los funcionarios del tribunal; tienen la obligación formal de estar atentos y pendientes de los distintos acontecimientos de la causa. En cuanto al contenido del artículo 17 se postula el principio de concentración mediante el cual todos los actos de

prueba acontecen en una misma audiencia y en todo caso, de no ser posible cumplir con este cometido orientador, el juez queda facultado para suspender la audiencia y continuar en la próxima; pero en este caso no se podrá extender el juicio indeterminadamente, por el contrario, se ha de fijar el menor número de audiencias.

Según las enseñanzas de Devis (1988) en los juicios orales se cumple a cabalidad con el principio de inmediación y de concentración, pues ello permite al juez una mejor, se prefiere la palabra auténtica, apreciación de la prueba, especialmente en materia de testimonios, inspecciones judiciales, indicios e interrogatorios de las partes y peritos, el autor argumenta que en la aplicación de estos principios el juez no puede estar inactivo como órgano receptor de prueba necesariamente ha de estar pendiente y demostrar suficiente dominio de sus propias facultades para cumplir con su papel de juzgador.

En relación al principio de la formalidad y legitimidad de la prueba, este principio es asumido en el COPP (2006), desde el mismo momento en que se indica cuáles son las formalidades generales que deben cumplir, del título obtención, la adquisición y la apreciación. En efecto, el capítulo II que contiene el régimen probatorio, se refiere a los requisitos generales para que pueda acometerse la actividad probatoria; es decir se trata de circunstancias de tiempo, lugar y modo en que ha de cumplirse el rito.

De esta forma, la sección primera desde el artículo 197 al artículo 209, regula toda la actividad de las inspecciones, tanto de inmuebles, muebles y

personas, registro, facultades coercitivas, horario en que puede desarrollarse la tarea, la inspección de personas, inspección de vehículos, registro del lugar público y examen corporal y mental.

En general se puede decir, que las actividades descritas anteriormente se refieren a los modos de captación de fuentes órganos y medios de prueba, que han de cursar a posteriori en el debate, pero que tienen su principal actuación en el marco de las indagaciones preliminares. El cumplimiento de todas las premisas impuestas es necesario para que la prueba legítimamente obtenidas y encausadas.

En consecuencia, cuando se postula la formalidad y la legitimidad como principio, se perfila a los denominados requisitos extrínsecos e intrínsecos de la prueba. Como expresa, Gascón. (2001), los primeros aluden a la formalidad, mientras que los segundos se refieren a que la prueba debe cumplir su cometido porque fue producida por el llamado a producirla, esto es el legitimado para ofrecerla, sea por parte del juez, sea por los terceros intervinientes.

Para el principio de la pertinencia de la prueba, a propósito de la libertad probatoria contenida en el COPP (2006) en el artículo 198, este principio sirve de orientador para conducir la actividad probatoria y en este sentido, los medios probatorios tienen que disponerse para satisfacer el objeto de prueba, por lo que cualquier prueba que no cumpla con este cometido, será una prueba inconducente.

2.2 Los Actos de Prueba

La determinación del contenido y alcance de los llamados actos de prueba supone hacer unas consideraciones previas sobre la noción de prueba, son múltiples los criterios que se han utilizado en orden a elaborar un concepto de prueba. En tal sentido se le ha considerado (a) como una actividad propia de las partes, (b) desde el punto de vista de su objeto, (c) como una actividad de verificación.

Se concebirá la prueba como una actividad propia de las partes no es más que un mecanismo de hacer efectiva la garantía del derecho a la defensa contemplada en el Art. 49 de la CBRV (1999), derecho que hoy día se considera bilateral. En este sentido debe tenerse presente la previsión del art. 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que establece el derecho de toda persona acusada de un delito a interrogar y hacer interrogar los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

En el vigente proceso penal la actividad probatoria corresponde fundamentalmente a las partes y excepcionalmente al juez dado el limitado poder de este último para incorporar al proceso de oficio pruebas.

Desde el punto de vista de su objeto, la corriente clásica representada por Florian (1997) sostiene que “el objeto de la prueba son los hechos, esto es, los sucesos que las partes introducen al proceso”(p.91). Modernamente

se sostiene que el objeto de la prueba son las afirmaciones que las partes realizan en torno a los hechos.

Desde el punto de vista a su fin, atendiendo a este criterio se ha definido a la prueba como el acto actos procesales por los que se trata de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo.

Para Florian (1982),

La prueba es la actividad de las partes procesales, dirigida a ocasionar la evidencia necesaria para obtener convicción del juez o tribunal decidor sobre los hechos por ellas afirmados, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia de los principios de contradicción, igualdad y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos (p.78).

La prueba es la actividad de las partes encaminada a buscar la demostración de ciertos hechos, el convencimiento psicológico del juez sobre los mismos, a través de juego de los principios de moralidad, inmediación y contradicción.

Desde el punto de vista del fin, la prueba es aquella actividad de carácter procesal cuya finalidad consiste en lograr la convicción del juez o Tribunal acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho operadas por las partes en el proceso. Por su parte, Paz (1999), sostiene que la prueba “es el medio por el cual se pueden llegar a conocer los hechos afirmados por las

partes en el proceso penal de los derivan consecuencia jurídicas”. (p.45). Devis (1988), ofrece una definición de prueba que recoge tres (3) aspectos: el de vehículo, medio o instrumento; el de contenido esencial o esencia de la prueba razones o motivos que en esos medios se encuentra a favor de la existencia o inexistencia de los hechos y el de resultado o efecto obtenido en la mente del juez el convencimiento de que existen o no esos hechos.

De lo anterior se deduce que a los efectos del proceso penal venezolano y siguiendo las orientaciones de Bottomley (1989), prueba puede ser definida como la “actividad de las partes encamina convencer al juez de la veracidad de unos hechos que se afirman existente en la realidad”(p.23).

En conclusión puede afirmarse que en el nuevo sistema, el Juez sigue siendo un protagonista, pero ahora no ya el protagonista absoluto sino más bien un protagonista llamado a orientar, controlar y equilibrar el desarrollo del proceso. Esto se ratifica por el hecho de que si ninguna de las partes ofreciere pruebas el COPP (2006) no prevé que el Juez pueda ordenarlas de oficio, salvo el caso excepcional de la audiencia oral. Por otra parte, cabría tener presente que si el Ministerio Público no ofrece pruebas en su acusación, esta presentaría un defecto de forma que daría lugar a su devolución.

Como actividad de verificación, para Gascón (1999), la prueba “tiene una función verificadora de verdad, no de un simple hecho, sino de un juicio”. (p.15). De acuerdo a lo citado, la prueba procesal como actividad de verificación mediante comparación permite determinar el mecanismo de

funcionamiento de la prueba, es decir, su esencia o naturaleza, es exclusivamente al juez a quien le corresponde realizar esta actividad de verificación mediante comparación.

Las partes colaborarán en dicha actividad aportando las fuentes de prueba al proceso, proponiendo la práctica de concretos medios de prueba, e interviniendo en su práctica, pero es únicamente al juzgador a quien, con posterioridad a la realización de dichos actos procesales, le corresponde la tarea de verificar la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes, comparando estas últimas con las que resulten de los medios de prueba practicados una vez depurados o valorados a la luz de las máximas de experiencia.

La actividad probatoria de las partes se traduce en la aportación proceso de las fuentes de prueba, a través de los medios de prueba legalmente previstos, la actividad del juzgador, con independencia que se le reconozcan o no facultades de iniciativa probatoria, se traduce en una actividad de comprobación o verificación de las afirmaciones realizadas por las partes, y es a esta última a la cual debería reservarse y el término prueba. La actividad probatoria de las partes, aún reconociendo su importancia, tiende únicamente a facilitar la labor comprobación del juez.

Según Florian (1982), “los actos de prueba son actos complejos que incluyen a los actos de proposición, admisión y práctica que forman la fase de producción y los actos de asunción y valoración que realiza el órgano jurisdiccional”. (p.36). De acuerdo a lo citado los actos de prueba son,

procesales cuya función es formar el convencimiento del juez o Tribunal sobre la verdad de los hechos objeto del proceso. Estos actos de prueba dado que están dirigidos a formar el convencimiento del juez, requieren su inmediación y dirección en la recepción de la prueba.

Además, sólo pueden versar sobre los hechos afirmados por las partes y que constituyen el objeto del proceso hechos que previamente deben haber sido determinados en el auto de apertura a juicio con la admisión de la acusación.

Para la investigadora, sólo en los actos de prueba en sentido estricto puede basarse la convicción del tribunal respecto de los hechos; por su parte Ragués (1999) indica que los actos de prueba exigen el cumplimiento al menos de dos (2) requisitos: (a) uno objetivo, la contradicción y (b) otro subjetivo, pues la prueba debe estar intervenida por un órgano judicial que debe ser autónomo, independiente e imparcial a fin de resguardar la garantía del debido proceso.

A lo anterior debe agregarse que la actividad probatoria, como consecuencia de la adopción del principio acusatorio corresponde a las partes. En el proceso penal venezolano considerada la necesidad de establecer la verdad material y que en el curso del debate pueden surgir hechos o circunstancias nuevos que ameriten su esclarecimiento, el COPP (2006) permite que el juez de juicio, de oficio o a solicitud de las partes, pueda ordenar la incorporación de nuevos medios de prueba. De lo anterior se deduce que la ocasión para la incorporación de la prueba no es otra que

en el juicio oral y público a fin de de que se concreten el principio de la oralidad para exponer de viva voz las alegaciones de las partes, de publicidad para que sin secretismo alguno se conozcan los vericuetos por los que la tutela judicial efectiva se hace realidad, la inmediación, igualdad y demás garantías establecidas en la Constitución y la Ley que permitan la crítica y contradicción procesal.

De acuerdo a lo planteado, se trata pues, de crear en el juez, a través de la incorporación de las pruebas en el juicio oral y público, su convencimiento sobre la verdadera acreditación del hecho punible y de la responsabilidad del acusado en su comisión, tal acreditación exige, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo por lo menos una mínima actividad probatoria. Por supuesto que el principio de incorporación de la prueba en la oportunidad del juicio oral no es absoluto, pues la ley regula supuestos en que circunstancias propias de la naturaleza del acto no harán posible su realización en la indicada oportunidad procesal de allí que se permita su práctica anticipada con la plena vigencia del principio contradictorio.

En conclusión, la práctica de la prueba requiere la inmediación del juez y la garantía de la contradicción, en el caso venezolano sólo pueden admitirse dos (2) excepciones al principio de incorporación de la prueba en el juicio oral: Pruebas anticipadas y pruebas que deban practicarse fuera de la sala.

2.3. Medios y Necesidad de la de Prueba

La necesidad de la prueba es concebida como objeto de la prueba, entendido este último como *thema probandum* o tema de prueba. Por su parte, Michelle (1989) afirma que el objeto de la prueba es una noción genérica e indeterminada, que expresa todo lo general puede probarse, en tanto que la necesidad de prueba, indica lo que efectivamente debe ser probado en un proceso determinado, habida cuenta que en cualquier caso específico puede haber hechos que tienen que ser probados y otros que no ameritan prueba alguna.

Para este autor, el *thema probandum* es lo mismo que la necesidad de la prueba, es decir, aquellas circunstancias de hecho por su naturaleza deben ser probadas.

Considerando lo señalado, estas nociones o conceptos tienen un valor meramente teórico y para nada influyen en la percepción práctica que los abogados precisan acerca de aquello que deben o no deben probar. Ese conocimiento es puramente práctico, pues por encima de las inevitables y necesarias polémicas doctrinales, cada operador de justicia debe saber muy bien lo que debe ser probado en cada proceso concreto, bien sea que a eso que se le llame necesidad de prueba, objeto de prueba o tema de prueba.

No obstante, en un sistema de prueba libre, como el que rige en el proceso penal acusatorio, el saber lo que debe ser probado es un asunto, más que jurídico, de sentido común y de supervivencia, que resulta de la

combinación de actividades de las partes y del órgano jurisdiccional y de sus respectivos resultados, al que se llama prueba, tiene su razón de ser en la necesidad de determinar la certeza de los hechos, a los cuales debe aplicarse el derecho.

La relación entre hechos y prueba en el proceso es tal, que de no existir los primeros o de no haber disputa sobre ellos entre las partes, no habría necesidad alguna de prueba y los procesos judiciales se resolverán de mero derecho, mediante la comparación de los alegatos de las partes con los supuestos de hecho o hipótesis de las normas atinentes al conflicto o por las reglas de distribución de la carga de la prueba, cuando fuere posible.

La existencia de procesos de mero derecho o con pruebas preconstituidas que a fin de cuentas podrían ser consideradas normas individuales, según la terminología de Binder (2000), es posible en asuntos civiles, mercantiles, administrativos, laborales, fiscales, entre otros, pero muy difícil en materia penal. Las situaciones de mero derecho en lo penal se reducen a la constatación de alguna prescripción, o la apreciación de si una ley de amnistía favorece a tal o cual imputado, pero nada más.

El proceso penal es un proceso de hechos, pues el contenido básico de esa forma de enjuiciamiento son los hechos punibles, respecto de los cuales es impensable todo concierto previo entre sujetos activos y sujetos pasivos. Ante esta realidad, el problema de la prueba es esencial para el proceso penal y mucho más importante que para cualquiera otra rama de la jurisdicción. ya que ningún proceso penal puede iniciarse sino existe una

mínima actividad probatoria por parte del Estado o del acusador particular, en su caso, respecto a la existencia misma del hecho punible y a la probable responsabilidad del imputado que supere la barrera de la presunción de inocencia probable cause.

Esto es justamente lo que implica la necesidad de prueba en el proceso penal, es decir, la exigencia de medios probatorios para crear convicción respecto a un estado de cosas que requiere constatación en cuanto a su existencia y significado.

De tal manera, para Binder (2000), para que exista necesidad de prueba en el proceso es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: (a) Que el proceso verse sobre hechos; (b) Que no exista acuerdo o consentimiento de las partes sobre la existencia, significado y alcance de tales hechos. (c) Que no se trate de hechos notorios o ya suficientemente acreditados.

Para Devis (1988), las estipulaciones de prueba como medio para suprimir la necesidad de prueba:

Son acuerdos entre quienes figuran como partes en un proceso, para suprimir la necesidad de prueba de ciertos hechos de decisiva influencia en el proceso, que pudieran darse por probados por considerarse notorios, evidentes o suficientemente acreditados o no por haber sobre los mismos ningún tipo de controversia o discusión. En la práctica, las estipulaciones de prueba no son otra cosa que admisiones parciales de ciertos hechos por todas las partes intervinientes en el proceso. Se trata de una forma de disposición del objeto del proceso, por medio de la cual las partes relevan al juez de toda declaración respecto a los hechos comprendidos en el acuerdo.(p.391)

En los procesos civiles es pacífico el asumir que las estipulaciones sustitutivas de prueba puedan suscribirse, dada la naturaleza privada del objeto del proceso y de la inmensa mayoría de los intereses que allí se debaten. De hecho, la aceptación por el demandado de ciertos hechos de la demanda constituye una forma tácita de supresión de la necesidad de prueba que queda a la interpretación del juez. Pero la norma en esta materia es que las estipulaciones sobre pruebas sean expresas, claras y concretas, a fin de que penda lo menos posible de la interpretación judicial.

En el proceso penal el problema es un poco más complicado, por cuanto la obligación que tiene el Estado, según el principio de oficialidad, de investigar toda suerte de hechos con apariencias de ilícito penal y de precisar todas sus circunstancias, impide que puedan celebrarse estipulaciones de prueba durante la fase preparatoria o investigación preliminar.

Esto quiere decir que el Estado, a través del Ministerio Público, del Juez de Instrucción o de la Policía, debe establecer el cuerpo del delito y la responsabilidad primaria de alguna persona concreta, como requisitos indispensables para la existencia de un imputado en el proceso penal, cuya responsabilidad sólo puede ser determinada por un pronunciamiento judicial.

Considerando lo señalado, los ordenamientos procesales penales que admiten las estipulaciones de prueba sólo las autorizan para surtir efectos en el juicio oral, a fin de evitar la presentación allí de pruebas sobre hechos que las partes hayan consentido en tener como acreditados. Por otra parte, las estipulaciones sobre prueba no pueden extenderse a todos los hechos

imputados, porque en tal caso no se estaría en presencia de tales, sino de una admisión de los hechos, pura y simple, es decir, una forma de confesión.

Para concluir, los principios de oficialidad y de búsqueda de la verdad material en el proceso penal, autorizan a los tribunales de juicio a hacer caso omiso de las estipulaciones de prueba de las partes, y ordenar la práctica de pruebas sobre los hechos que fueron relevados de tal necesidad por aquellos, cuando las circunstancias y el orden público lo exigieren.

CAPÍTULO III

LA DINÁMICA DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL

3.1 La Prueba Anticipada

Las pruebas anticipadas, como todas las que se produzcan en el proceso penal, deben ajustarse a las disposiciones constitucionales y procesales, de lo contrario serán ilegales y deben ser excluidas de la actuación procesal, tal como lo dispone el artículo 49 numeral 1 CRBV y 197 COPP (2006). Al respecto, Montero (2005) señala que en principio, la prueba anticipada, como su mismo nombre indica, consiste en “aquella que se realiza en un momento anterior al del inicio de las sesiones del juicio oral, motivado por la imposibilidad material de practicarla en este acto”(p.239).

Reproduce este autor dos (2) conceptos de prueba anticipada: La práctica de un medio de prueba en un momento anterior al que corresponde según el orden del procedimiento que se acuerda porque es razonablemente posible la imposibilidad de tal práctica en el momento ordinario o la necesidad de suspender el juicio oral para proceder a la misma. Siguiendo al señalado autor, puede decirse que como característica principal que la

prueba anticipada supone una derogación del momento legalmente establecido para la práctica de los diferentes medios de prueba.

La prueba anticipada está regulada por el artículo 316 del COPP (2006), el cual dispone:

Artículo 307. Prueba anticipada: Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, inspección o experticia, que por su naturaleza y características deben ser considerados como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerse durante el juicio, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir del juez de control que lo realice. Si el obstáculo no existiera para la fecha del debate, la persona deberá convenir a prestar su declaración.

El juez practicará el acto, si lo considera admisible, citando a todas las partes, quienes tendrán derecho a asistir con las facultades y obligaciones previstas en este Código. De acuerdo con este dispositivo técnico, los medios probatorios que pueden producirse por el procedimiento de la prueba anticipada, son los reconocimientos, las inspecciones, las experticias y las declaraciones.

Ahora bien, la prueba para poder ser apreciada y, particularmente, para que pueda reconocérsele entidad suficiente para desvirtuar la condición de inocente con que entra y permanece el acusado en el proceso penal, debe ser practicada, cumplirse con estricto apego a los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, todos integrantes del debido proceso

señalados en el derecho fundamental y garantía para el justiciable llamado debido proceso, deriva, junto a la necesidad de la prueba como fundamento del convencimiento judicial expresado en la sentencia, la necesidad de que esa prueba se practique y origine en el juicio oral; tal como lo acoge el legislador venezolano, en los artículos 14,16, 18 y 216, del COPP (2006) , cuyas letras siguen:

Artículo 14. Oralidad. El juicio será oral y solo se apreciarán las pruebas incorporadas en la audiencia conforme a las disposiciones de este Código.

Artículo 16. Inmediación. Los jueces que han de pronunciar la sentencia deben presenciar, ininterrumpidamente, el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtienen su convencimiento.

Artículo 18. Contradicción. El proceso tendrá carácter contradictorio.

Artículo 199. Presupuesto de la apreciación. Para que las pruebas puedan ser apreciadas por el tribunal, su práctica debe efectuarse con estricta observancia de las disposiciones establecidas en este Código.

Sin embargo, también es de sumo interés para la realización de la justicia penal alcanzar la verdad material, en cuya virtud se hace necesario impedir que se pierdan medios probatorios indispensables para obtener la convicción judicial, lo cual impone el aseguramiento oportuno de tales medios. Por ello es también menester entender que el principio de producción de la prueba en el juicio oral debe atenuarse para dar cabida a ese aseguramiento y dar, por consiguiente, paso a la excepción práctica conocida con la denominación prueba anticipada.

Para Balza (2002) la prueba anticipada como régimen de actividad probatoria especialísimo y excepcional está caracterizada por la doctrina por cuatro (4) elementos concurrentes:

1. La Urgencia: Es la característica primordial que justifica la necesidad de la prueba anticipada, a fin de que no desaparezcan los hechos, rastros, huellas o medios de pruebas, antes de la oportunidad de su inserción en el proceso donde se harán valer.

2. Que sean únicos o definitivos e irreproducibles los hechos: Se trata del medio probatorio que por su propia naturaleza no puedan reproducirse o materializarse testimonialmente en el Juicio, e imposibilidad de su asistencia, donde priva los Principios de la Oralidad e Inmediación de las pruebas promovidas.

3. La Previsibilidad: Consiste en la advertencia oportuna de la imposibilidad de practicar la prueba en el futuro, o sea, en el Juicio Oral y Público. Se Observa en la Solicitud Fiscal, que el mismo no presenta una razón fundamentada de que dicha practica de la prueba no pueda hacerse en un Futuro, es decir en un Juicio Oral y Público, donde priva primordialmente además del Principio de la inmediación, el Principio de la Oralidad, donde se apreciarán las Pruebas incorporadas en la Audiencia del Juicio, conforme al artículo 14 del C.O.P.P (2006). Evidenciándose que este requisito no se cumple en la solicitud de Prueba Anticipada.

4. La valoración de esta prueba no es inmediata, está sujeta a que llegado el Juicio Oral, la misma no se pueda realizar, porque exista un

impedimento u obstáculo que impida luego reproducirse en la Etapa del Juicio, pues si el obstáculo no existiera para la fecha del debate, la persona deberá concurrir a prestar su declaración.

Pero también debe indicarse como otra característica esencial de la prueba anticipada su excepcionalidad, puesto que precisamente sólo procede su práctica en condiciones de excepción que muy bien la justifican; siendo tales condiciones la irrepetibilidad y la previsibilidad.

Por tanto, solamente las pruebas cuya irreproducibilidad en el juicio oral pueda preverse, serán las que puedan adelantarse con la expresa finalidad de asegurar oportunamente su inserción y utilidad en el proceso penal. De allí que no se pueda dar cabida a la prueba anticipada con el simple pretexto del retardo en el inicio del juicio oral.

Para Paz (1999), “Dos (2) son las condiciones que justifican la práctica de la prueba anticipada, a saber: (a) La imposibilidad de practicar la prueba en el acto del juicio oral; y (b) La Previsibilidad de esa imposibilidad”(p.122). La imposibilidad de la práctica de la prueba en el acto del juicio oral viene dada por su irreproducibilidad material. En consecuencia, cuando por cualquier causa, excluida la comodidad, se tema que las diligencias de pruebas no se puedan practicar en el juicio oral, será permitido adelantar su producción.

En punto de la imposibilidad se distinguen dos (2) tipos, una que se califica como absoluta y la otra que se califica como relativa o sobrevenida. La imposibilidad absoluta es aquella inherente al medio probatorio en

cuestión; se trata del medio probatorio que por su propia naturaleza es irreproducible en el juicio oral, se le denomina también imposibilidad congénita, como la que representa la intervención telefónica; el careo ante circunstancias objetivas que pueden desaparecer.

La imposibilidad relativa sobrevenida se refiere al medio probatorio que de suyo puede practicarse en la sede del Tribunal, durante el desarrollo del juicio oral, pero que por el concurso de algún elemento perturbador se impide su práctica futura. La segunda condición conocida como previsibilidad, consiste en la advertencia oportuna de la imposibilidad de practicar la prueba en el futuro, o sea en el acto del juicio oral.

La prueba anticipada, en principio, tiene plena validez, el mismo valor que la prueba practicada con ocasión del acto del juicio oral, para ello basta con que se haya practicado en las condiciones que la justifican y autorizan su práctica y con el acatamiento estricto de las garantías que informan el debido proceso y del derecho a la defensa. Esto es, la prueba anticipada para tener valor, tiene que ser cumplida bajo contradicción e inmediación.

Es de advertir, que Asencio (1963) , señala que el valor probatorio de la prueba anticipada queda "sujeto a la permanencia de las circunstancias que la hacen necesaria, es decir, la irreproducibilidad en sentido amplio"(p.240), toda vez que si el testigo puede comparecer al acto del juicio oral, desapareciendo su condición y por ser la prueba anticipada excepcional, la prueba que queda sometida a valoración sería la que se practicará dentro

del juicio oral; puntualización ésta que en opinión del autor citado, hace que la prueba anticipada pueda calificarse de provisional.

En este sentido, el artículo 307 COPP (2006), pauta cuáles son los medios de prueba que pueden tratarse anticipadamente, señalando el reconocimiento, inspección o experticia y las declaraciones testigos, expertos, bien que se consideren definitivos e irreproducibles o que haya obstáculos insuperables.

Se debe insistir que una cosa es la prueba anticipada y otra la preconstitución de fuente de prueba. Esto puede confundirse cuando se trata del reconocimiento, que además puede confundirse con la experticia. Los artículos 230, 231 y 232 COPP (2006), regulan el procedimiento de reconocimiento de imputado en rueda de personas. Se trata de identificar sensorialmente por el testigo a una persona, reconocer en este sentido es identificar entre un grupo de personas a otra con base en unas características previamente percibidas personalmente. Repárese que este reconocimiento no es más que una declaración de persona, que puede ser de la víctima o de testigos, la cual tiene como finalidad la identificación del imputado, cuestión necesaria para la investigación, lo cual por lo general se realiza como parte de la investigación.

Estos reconocimientos deben ser ratificados en la audiencia oral, salvo la circunstancia de imposibilidad, pero si se superó el obstáculo debe hacerse. También puede haber reconocimiento de objetos, pero adviértase que se trata de identificar conforme a las percepciones sensoriales del

declarante. Cuando hay que aplicar en el reconocimiento medios técnicos o científicos se esta en presencia de una pericia o experticia. Por otro lado asegurar los objetos para llevarlos al proceso no es siempre la posibilidad de contradicción, incluso la parte que la impugne podrá pedir la repetición o nueva experticia.

En este sentido, se comparte la opinión de Pérez Sarmiento (2001) que lo que se conoce como prueba pericial en el COPP (2006) y en la actividad judicial, está seccionada en dos (2) segmentos. Uno, la pericia llevada a cabo por los órganos de investigación y que forma parte de las diligencias de investigación y sobre la cual hay un informe escrito; el otro, la declaración de los expertos en la audiencia oral. En sentido estricto no es prueba pericial anticipada. Sólo es prueba de experticia anticipada aquella, que decreta el juez, bien a solicitud del Ministerio Público o de las partes (arts. 295 y 240 COPP, 2006), tiene la inmediación del juez, la citación y participación de las partes y la posibilidad de recusación de los expertos.

Finalmente, el otro medio anticipable son las declaraciones de testigos o expertos. Los obstáculos deben ser ciertos y de tal gravedad que efectivamente sea prácticamente imposible ser llevados a la audiencia oral, por ejemplo, el enfermo de cáncer; el experto extranjero que debe ausentarse. Estas declaraciones tienen que recepcionarse con las garantías del debido proceso al imputado y en satisfacción de cumplir los requisitos propios de cada medio probatorio. En relación a los reconocimientos se esta de acuerdo con Cabrera (1999), quien hace dos (2) afirmaciones: todo

reconocimiento e inspección es en principio definitivo e irreproducible. Definitivo porque después de practicado no es necesario repetirlo, en tanto capta hechos existentes para el momento de su práctica, e irreproducible por cuanto todo lugar, cosa o persona, cambia constantemente, así sea imperceptiblemente, por ello cada vez que en el proceso haya un imputado para practicar una inspección o un reconocimiento habrá que acudir al procedimiento previsto en el artículo 307.

La otra afirmación, parece que el legislador no manejaba bien los conceptos sobre esas probanzas, son por su naturaleza definitivas e irreproducibles, pero la irreproducibilidad tiene una relatividad que depende de lo que se quiera hacer constar, toda vez que la variación se manifiesta con lentitud y es posible que se conserve en lo fundamental al menos, para el momento en que se verifique el acto del debate oral. Respecto a la prueba pericial, es obvio que si se trata de un reconocimiento pericial que no se pueda practicar durante el juicio oral, las partes pueden proponer y el Tribunal acordar que se practique anticipadamente, pero en este caso los peritos que intervengan en el examen, deberán comparecer al acto del juicio oral, para someterse al contradictorio procesal.

3.2. Procedimiento de la Prueba Anticipada

La prueba anticipada debe cumplir con las reglas del debido proceso y por tanto, debe ser sometida a contradicción, dando así oportunidad para que

el imputado no solamente se entere del acto probatorio, sino también para que lo contradiga en un claro y amplio ejercicio del derecho a la defensa, única manera de poder aplicar útilmente la prueba practicada anticipadamente para destruir o desvirtuar la condición de inocente que tiene el imputado en el proceso penal.

Aunque no está previsto en el COPP (2006), y lo sugiere de lege ferenda, se comparte el criterio sostenido por Asencio (1963), cuando expresa: A juicio, sólo y ante excepcionales razones de urgencia por causa de desaparición de la fuente de prueba que, en realidad, habría de reconducir a la inminente muerte del testigo o la inmediata desaparición del vestigio material del hecho (huellas) podría justificarse la ausencia de la defensa siempre y cuando se motivara a posteriori suficientemente la resolución permitiéndose en cualquier forma la contradicción. Si la situación alegada a tal efecto no estuviera realmente fundamentada en datos ciertos, o no llegara a verificarse, el resultado de la diligencia habría de reputarse inutilizable.

Se trata simplemente de alcanzar un justo equilibrio, entre la necesidad de buscar o encontrar la verdad material propia del proceso penal y la necesidad de asegurar al imputado el fundamental derecho a la defensa, constitucionalmente declarado inviolable.

Para que exista un proceso penal cumplido en conformidad con las reglas del debido proceso, es menester se respeten estrictamente los principios de oralidad, concentración, publicidad, inmediación y contradicción.

De acuerdo con la norma contenida en el artículo 307 del Código Orgánico Procesal Penal, la prueba anticipada nunca cumplirá con su necesario sometimiento a la inmediación, concebida en los términos de ese Código en su artículo 16, toda vez que el juez de Control, llamado a practicar la prueba anticipada, no es el juez llamado a sentenciar la causa; y por el principio de la inmediación la prueba debe producirse ante el órgano encargado del enjuiciamiento, cuyo convencimiento se persigue con aquella.

La doctrina representada en Binder (2000), es unánime en afirmar que la prueba anticipada debe producirse ante el juez que ha de pronunciar la sentencia definitiva. Al respecto Paz (1999) dice: “la prueba anticipada requiere siempre, por propia naturaleza, su práctica con modo coherente con los principios consustanciales a la prueba, cuales son la inmediación y la contradicción”(p.48). Por su parte, Cafferata. (1998), explica que:

Como se ha indicado, la prueba anticipada no es una diligencia de investigación o instrucción, sino un verdadero acto de prueba, cuya particularidad radica en que se practica en un momento anterior al juicio oral, como excepción a la regla general, pero sujeto a las mismas garantías que presiden la práctica de la prueba en éste, por tanto bajo el principio de inmediación del órgano judicial sentenciador. Supone únicamente una excepción al principio de concentración. Mediante la prueba anticipada no se realiza una labor instructora de acopio y aseguramiento de fuentes de prueba, sino una auténtica actividad probatoria (p.54).

Aunque el debido proceso siempre ha sido considerado un derecho fundamental y una garantía para el justiciable, y por tanto susceptible de

protección constitucional, en el estado actual del ordenamiento jurídico positivo, puede decirse sin reserva, que al contemplar el artículo 307 del Código Orgánico Procesal Penal que sea el juez de Control quien practique la prueba anticipada, y al establecer el artículo 49 constitucional, el cual consagra la garantía del debido proceso, en su numeral 1, que serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso, hay en todo caso una evidente inconstitucionalidad sobrevenida del susodicho artículo 307.

En este sentido se sugiere modificar el artículo 307 del COPP (2006), para que la prueba anticipada se produzca cumpliendo cabalmente con el principio de inmediación, ante el juez llamado a pronunciar la sentencia definitiva. De otra parte en coincidencia con Cabrera (1999) :

Nada se opone, aunque el Código Orgánico Procesal Penal guarda silencio, para que la práctica de la prueba anticipada se solicite y acuerde en la audiencia preliminar de la fase intermedia, que en todo caso luce como el momento más apropiado para tal solicitud, puesto que ya para ese acto las partes tienen formulados sus alegatos y afirmaciones y pueden precisar de mejor manera sus necesidades probatorias (p.49).

Se es de señalar que ante la insoslayable obligación procesal de oír al acusado, permitiendo y respetando así su derecho a la defensa, no se puede oponer la prueba practicada anticipadamente al coimputado ausente. Esto no solamente violaría los principios procesales citados sino que además revela un inadmisibles desequilibrio procesal, que se traduce en desigualdad, lo cual

es obviamente inadmisibles. Además, se menoscabaría el derecho a la defensa de ese co-imputado a favor de una unilateral necesidad del proceso.

Artículo 307. Prueba anticipada. Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, inspección o experticia, que por su naturaleza y características deben considerarse como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerse durante el juicio, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir al juez de control que lo realice. Si el obstáculo no existiera para la fecha del debate, la persona deberá concurrir a prestar su declaración.

El juez practicará el acto, si lo considera admisible, citando a todas las partes, quienes tendrán derecho de asistir con las facultades y obligaciones previstas en este Código.

A diferencia del sistema inquisitivo, en el cual las pruebas del sumario tienen pleno valor si no se les refuta o destruye en el plenario, en el sistema acusatorio existe un principio general según el cual en el juicio oral pueden valorarse y tomarse en cuenta, a los efectos de una condena, las pruebas practicadas en el propio debate oral y público. El tribunal o jurado no podrán, por tanto, tomar en cuenta ninguna prueba de la fase preparatoria o que se haya verificado de manera extrajudicial, si tal prueba no es reproducida en el juicio oral y público. Este principio se halla recogido en el artículo 14 del COPP. La única excepción a este principio es la a prueba anticipada.

Se denomina prueba anticipada a las diligencias probatorias que se verifican en cualquier etapa antes del juicio oral, pero que deberán surtir efectos en éste a los efectos de su valoración con vistas a la sentencia definitiva.

Sin embargo, la prueba anticipada puede verificarse en dos momentos diferentes y con efectos marcadamente diversos. Por una parte, la prueba anticipada puede tener lugar cuando ya existe persona imputada en la investigación penal. Este caso no supone mayores problemas procesales, por cuanto de existir ya imputados, éstos y sus defensores serían citados por el juez de control para asistir al acto de prueba y podrán controlar su contenido y desarrollo y hacer las alegaciones que estimen convenientes.

Pero, por otra parte, la prueba anticipada también podría verificarse cuando aún no existe persona imputada en el proceso y entonces el futuro imputado no tendría la posibilidad de controlar una prueba en cuya formación no intervino, pero que harán valer en su contra en el juicio oral. Por razón existen dos (2) posiciones al respecto: una compartida por Florian, Leone y otros procesalistas italianos, que considera que, en este caso, la aprehensión o aseguramiento anticipado de la prueba no constituye aquí debate probatorio y por tanto debe ser valorada con sumo cuidado, y la otra, suscrita entre otros por Roxin (2000), que estima que la prueba anticipada en estos términos es plenamente válida.

Se es de la opinión de que este artículo del COPP exige la citación de las partes, sin más distinguos, para la práctica de la prueba anticipada, el

espíritu del legislador ha sido consagrar dicha prueba sólo para el caso de que haya imputado individualizado en el más cónsono con el derecho a la defensa.

No obstante, cuando la prueba anticipada deba practicarse antes de la instructiva de cargos, es decir, antes de que hubiere persona imputada en la causa, será de mucha utilidad, a los efectos de la ulterior adveración del acto, que el juez de control convoque a testigos imparciales para que la presencien, y así esos testigos podrían ser interrogados por las partes en el juicio oral sobre la forma de ocurrencia de la prueba anticipada. También podría grabarse o filmarse la práctica de la prueba anticipada en la forma prevista en el artículo 334 del propio COPP (2006).

En conclusión a su procedimiento este debe realizarse en forma escrita expresando el hecho que se quiere probar, el medio probatorio con el cual se debe practicar y la fuente de prueba; además, debe indicarse con claridad la justificación del por qué debe anticiparse la prueba, expresando por qué se considera que tiene las características de actos definitivos e irreproducibles o que existen obstáculos severos para superar. Se es de la opinión que debe acompañarse de instrumentos que certifiquen las circunstancias planteadas o con argumentación sobre la base de hechos notorios, evidentes o máximas de experiencia que abonen a favor de la anticipación.

La solicitud debe ser dirigida ante el Juez de Control que haya sido prevenido, mas no se excluye que el juez de juicio, antes de realizar la audiencia pública oral pueda ordenar la prueba anticipada. Con base al

criterio sostenido por Cabrera (1999), se considera que el acto debe cumplir con el requisito de publicidad y que puede registrarse a través de medio audiovisual. Como la palabra misma lo indica la anticipación es un adelanto de una actividad, la cual en su oportunidad normal es pública.

La prueba anticipada es excepcional, debiendo reunir los requisitos de definitivos e irrepetibles, porque son hechos o actos que pueden modificarse, desaparecer o no darse impidiendo su incorporación al proceso mediante el debate oral. Esto implica diversas consecuencias, en primer lugar si cesan las circunstancias de excepción la prueba debe darse en la audiencia oral; en segundo lugar, el juez en momento de su valoración deberá apreciarla conforme a las circunstancias en las que la prueba se practicó y si se dieron y cumplieron las garantías a la parte contra quien obra la prueba.

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

Finalmente, en el procedimiento de la prueba anticipada, la regulación de la substanciación y práctica de la prueba anticipada es breve y deficiente, puesto que nada dice el COPP, acerca de cómo se sustancia la prueba

anticipada, se entiende que como dicha prueba opera en base a la urgencia, se hace necesario alegarla y justificarla, por ello para que la prueba anticipada cumpla su finalidad y despliegue su valor probatorio en el convencimiento del juzgador, debe introducirse en el juicio oral mediante la lectura del acta.

3.3 Aplicabilidad de la Prueba Anticipada en las fases Intermedia y de Juicio en el Proceso Penal Venezolano

Para Delgado (2006-68;69), es incuestionable que, pudiendo ser solicitada la prueba anticipada antes de esa audiencia preliminar del proceso penal de adolescentes y siendo un anticipo de lo que debe ser incorporado al juicio, su práctica debe ser antes de la iniciación y celebración de éste, durante la intermedia o en plena fase de juicio y por ende mucho después de concluida la fase de investigación preparatoria.

Con base en ello, coincidiendo con Cabrera (1999), no se ve razón alguna para que en el proceso penal de adultos se impida la anticipación de pruebas en fase de juicio, dentro de esa etapa previa al inicio del juicio oral, tomando en cuenta que el proceso tiene por fin establecer la verdad, y la naturaleza de la anticipación es resguardar el hecho o el medio que están en peligro inminente de desaparición, sin importar cuándo ocurre el peligro.

Así lo considera también Pérez Sarmiento (2001), al sostener:

La prueba anticipada en el proceso penal acusatorio puede realizarse en la fase preparatoria, en la fase intermedia o en la etapa de preparación del debate, después de dictado el auto de apertura y pasadas las actuaciones al tribunal de juicio, es decir en cuanto se presente la circunstancia que la motive y por lo tanto la prueba anticipada debe solicitarse ya sea por el Fiscal, por el acusador privado o el defensor, ante el juez que cubra la fase procesal correspondiente.

De acuerdo a las opiniones anteriores el impedimento u obstáculo difícil de superar para que un testigo pueda declarar en juicio se presenta ya concluida la fase preparatoria, en plena fase intermedia pero no dentro de la audiencia preliminar, ya que no hay allí actividad probatoria sino debate de argumentos y, más aún, después de la audiencia preliminar, o sea en fase de juicio pero sin haberse iniciado el debate, como que ese testigo se encuentre gravemente enfermo, pero aún en condiciones de declarar, o deba salir pronto del país.

En ese caso, es obvio que sean los supuestos que justifican el anticipo de esa prueba, pero negarlo en el procedimiento penal de adultos, porque no se esté ya en la fase preparatoria, sería contrario a los fines del proceso y a la ratio legis por la que fue consagrado este instituto probatorio en el COPP (2006). Además, en fase de juicio y ante el mismo juez que presidirá el juicio oral, la prueba anticipada se realizará con su inmediación, siendo que, ante las dudas, siempre debe ser preferible lo que garantice más seguridad y control, como que el acto probatorio se lleve a cabo ante el juez que va a valorar esa prueba en la sentencia, como garantía de que la convicción

judicial surja de una impresión completa y directa que haya podido lograrse sobre el medio de prueba.

Lo que sí se señala, es que no tendría lugar en ese caso es la oralidad, aunque se esté en fase de juicio, ya que el artículo 339 prevé la incorporación al juicio oral por su lectura de los testimonios y experticias que se hayan recibido Conforme a las reglas de la prueba anticipada, como excepción al principio de oralidad, lo que indica que el resultado de esa actividad probatoria debe asentarse textualmente en actas, por lo cual en este aspecto si se disiente del mismo Pérez Sarmiento, quien expone que la práctica de esta prueba debe realizarse en audiencia oral.

En sentencia del juzgado Vigésimo Séptimo del año 2005 se señaló que: la prueba anticipada por su naturaleza se realiza en etapa Preliminar, que por las circunstancias de obstáculo o de las que no puedan con posterioridad hacerse el juez de Control quien por la competencia en esa etapa le corresponde el control de la constitucionalidad y velar por la transparencia del desarrollo del proceso, está si lo considera admisible realizarla.

No obstante, la Sala Penal del Tribunal Supremo de justicia sí ha avalado incuestionablemente esa tesis que permite practicar pruebas anticipadas en fase de juicio, al pronunciarse en sentencia N' 435 de fecha 16-11-2004 (Exp. 04-0504), mediante ponencia del Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros, donde estableció:

En fuerza de lo expuesto, la Sala Penal se avoca al conocimiento de la presente causa. Y ordena al juzgado Cuadragésimo Primero de Primera Instancia en función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, que en el supuesto de que ordene la apertura a juicio deberá admitir entre otras las siguientes pruebas solicitadas por la Defensa: Declaración de los principales representantes del Fondo Nacional para la Democracia (National Endowment for Democracy), a saber: ciudadanos Carl Gershman, Presidente; Vin Weber, Presidente de la junta Directiva; thomas R. Danahue, Vicepresidente de la Junta Directiva; y Julie Finley, Tesorera; y según lo establecido en el artículo 307 del Código Orgánico Procesal Penal. (p.3).

Como puede constatarse, en ese fallo el más Alto Tribunal acogió una solicitud de avocamiento en esa causa (Caso Súmate), cuando se encontraba en fase intermedia y entre otras cosas acordó que, al celebrarse la audiencia preliminar y de admitirse la acusación del Fiscal, se admita entre otras pruebas que fueron promovidas las declaraciones de esos ciudadanos no residentes en el país y según lo establecido en el artículo 307 del COPP, o sea para que esas testimoniales se lleven a cabo como pruebas anticipadas al concluir esa fase intermedia, obviamente cuando se esté en fase de juicio. La apreciación judicial de la prueba anticipada.

De lo anterior, se infiere que al valorar las pruebas del proceso penal, sean las llevadas a cabo en vivo dentro de juicio oral, sean las practicadas anticipadamente conforme las precisiones antes hechas e incorporadas al juicio por la lectura de las actas que las contienen, impone al juzgador realizar una operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional o el mérito que dimana de los medios de prueba así insertados

al proceso, a fin de emitir decisión sobre los hechos debatidos. Por ello a continuación el estudio de la valoración de la prueba anticipada.

3.4 La Valoración de la Prueba Anticipada

La valoración de pruebas es una tarea que está a cargo, en principio, de los órganos jurisdiccionales, para la toma de sus decisiones; pero también se dice que corresponde a las partes al hacer sus alegaciones finales para tratar de convencer sobre la eficacia o no de las pruebas aportadas.

De tal manera que ese examen de méritos, si bien lo debe realizar el juez o tribunal al momento de decidir, también está precedido por la actividad crítica que de las pruebas hacen las partes, colaborando de esa manera con el sentenciador. En Venezuela se ha adoptado definitivamente, tanto para proceso civil como para el penal, el sistema de valoración racional y crítica, bien conocido como el de la sana crítica (Art. 22 COPP), o sea de la libre convicción que algunos autores confunden con el de la íntima convicción, por lo que es preferible denominarlo libre convicción razonada, siendo libre porque para esa valoración el juez no tiene la atadura que le imponen dogmas o reglas preestablecidas por el legislador para darle valor a las pruebas, lo que no significa un arbitrio absoluto del juzgador y en esto sí se estaría dentro de la íntima convicción, ya que se le impone también una obligación de explicar y razonar el porqué de esa valoración que le dio a cada prueba, debiendo hacerlo conforme a los principios de la psicología, los

conocimientos científicos, la experiencia común y las reglas de la lógica, que son las del recto entendimiento humano.

El juez no sólo debe expresar lo que da por probado y con qué medio se obtuvo ello en el juicio, sino también por qué llegó él a ese convencimiento, lo que impide que pueda decidir basado sólo en su capricho, en simples conjeturas, en su íntimo convencimiento. Además, es un derecho, inherente a la condición humana, que tienen las partes, fundamentalmente el imputado, y aun el público, de saber el porqué de esa determinación, para lo cual el juez viene obligado a darles explicación suficiente.

Cafferata (1988) explica el sistema de la sana crítica de la siguiente manera:

Claro que si bien el juez, en este sistema, no tiene reglas jurídicas que limiten sus posibilidades de convencerse, y goza de las más amplias facultades al respecto, su libertad tiene un límite infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La sana crítica racional se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontrastables de las ciencias (no sólo de la psicología, utilizable para la valoración de dichos y actitudes) y la experiencia común (constituida por conocimientos vulgares indiscutibles por su raíz científica; v.gr., inercia, gravedad). (p.211)

Parece insuficiente, a estos efectos, el solo uso de la intuición, pues aunque se admita que ésta es una forma reconocida de adquirir

conocimiento, la corrección de la conclusión intuitiva debe ser demostrada racionalmente, a base de pruebas.

La otra característica de este sistema es la necesidad de motivar las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas. Tratándose de pruebas anticipadas, igualmente debe el sentenciador realizar ese proceso mental de análisis racional y con una bien fundada explicación en su fallo sobre el mérito conviccional que le atribuye a esas pruebas para establecer los hechos y derivar de ellos las consecuencias jurídicas, ya que, como cualquier otra prueba practicada en el acto del juicio oral, tiene plena validez, como así lo expresa Cabrera (1999), quien asienta que para ello basta con que se haya practicado en las condiciones que la justifican y autorizan su práctica y con el acatamiento estricto de las garantías que informan el debido proceso y el derecho a la defensa.

No obstante ello, se advierte que posiblemente le será menos certero y racional al juez su análisis sobre esas pruebas, si éstas fueron llevadas al proceso sin intermediación del mismo que las valora, como es el caso más corriente de ser practicadas durante la investigación preparatoria y en todo caso antes de la fase de juicio.

Ello debe ser así, porque ese juez no tuvo contacto personal con el acto probatorio, ya que no lo presenció y por ende no observó la forma como se

desenvolvió en la audiencia el respectivo órgano de la prueba que, como bien se sabe, no sólo trasmite su versión o conocimientos con la voz, sino hasta con sus gestos, sus movimientos corporales, el enfoque de su mirada y hasta como enseñe los dientes, pudiendo denotar de esa forma inseguridad, profundo temor, animadversión u odio hacia alguna de las partes, lo que podría hacerlo no confiable ni creíble para ese sentenciador.

De todas maneras, esa valoración por sana crítica debe hacerla el juez con vista y detenido análisis de las actas que contienen los resultados de esas pruebas anticipadas, que conforme al artículo 339-1 del COPP (2006), son incorporadas y leídas en el debate del juicio oral, a instancias de cualquiera de las partes que debió promoverlas en su precedente oportunidad legal, debiendo hacer su explicación suficiente en la sentencia oral y con la debida motivación in extenso en la sentencia que consignará por escrito

Para la incorporación como para la valoración por el juez de la sentencia, deberá verificarse según Balza (2002) "que la prueba se haya practicado en los términos que la ley establece y que haya sido previsible en términos razonables que dicha prueba no pueda practicarse en el juicio oral", (p.232), lo que impone pues un juicio de valor a realizar por el órgano jurisdiccional competente en base a las circunstancias concurrentes, bien entendido que dicha prueba ha de interpretarse restrictivamente.

En conclusión, la valoración racional y crítica que le corresponde hacer al juez sentenciador sobre las pruebas anticipadas contenidas en actas que se incorporan por su lectura al juicio, no sólo debe tomar en cuenta el

contenido de esa prueba, vale decir, su objeto y la forma como aparece expresado por el órgano que trasmite su conocimiento, a los fines de su estimación, sino que debe verificar si a ciencia cierta se trataba de un acto irreproducible o que realmente existía un obstáculo que no pudo ser superado para que pudiera comparecer y declarar en ese juicio, pues de no ser así, como lo estableció la Casación, corresponde su desestimación como medio de prueba que haya aportado algo para acreditar el hecho materia del debate.

Por lo que en el sistema de la sana crítica el legislador le dice al juez que juzgue como su inteligencia le indique, utilizando un sistema racional de deducciones, lo que tiene lugar también para la apreciación de pruebas anticipadas, aunque sean las practicadas en acto escrito y sin intermediación alguna del sentenciador, no obstante la advertencia antes hecha sobre la menor racionalidad que ello implica, pero impone igual esfuerzo de análisis y comparación, lo que también se ha hecho en procesos escriturados, como en materia de drogas antes del COPP (2006), ya que fue precisamente la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas la que introdujo la sana crítica en Venezuela desde 1984, anterior al del juicio (ordinario-escrito) o de la audiencia de juicio, ante el temor de que la fuente propia del mismo se pierda, haciendo imposible su aportación al proceso. Es claro que el medio que se pretenda practicar debe cumplir los requisitos propios de toda, prueba: licitud, legalidad, pertinencia, conducencia y utilidad.

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

Es evidente que con la anticipación de prueba se resienten o lesionan los principios de inmediación, concentración y contradicción, este último cuando no se cita a la futura contraparte para que al momento de practicarse pueda conocerla, discutirla y controvertirla. También, por lo general, el juez que la practica no necesariamente será el mismo que conoce el proceso en el cual se aporta dicha prueba. No obstante, el legislador para evitar un quebrantamiento a los principios que hemos señalado como lesionados, estatuye que puedan discutirse en la audiencia de pruebas, en el caso de los procedimientos orales.

Pues es conveniente la consagración de prueba anticipada en el Código Orgánico Procesal Penal en el artículo 307, pues permite definir y distinguir realmente qué es lo que es prueba y diligencias de investigación. Sobre esa base, es necesario afirmar que sin el procedimiento de prueba anticipada, no puede calificarse como prueba sino simplemente como diligencias de investigación e identificación de fuentes de prueba. Esto es importante a los efectos de la valoración que deben hacer los jueces de control para dictar

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

De lo anterior se infiere la importancia de la prueba que se practica con anticipación a la oportunidad procesal, establecida previamente en la ley procesal penal, con base a razones de urgencia o de necesidad de asegurar su resultado, la cual debe caracterizarse con la urgencia, inmediatez, la necesidad y la oficiosidad. La prueba anticipada en el proceso penal se debe realizar en la fase preparatoria, pero no es excluyente, por lo que puede realizarse también en la fase intermedia o en la fase de preparación del debate. La condición es que se practique antes de la audiencia oral o de juicio. Es necesario destacar que debe haberse iniciado el proceso, es decir, que haya un acto de apertura y se haya participado la actuación al juez de control, teniendo oportunidad hasta antes del debate de juicio. De alguna forma puede decirse que esa prueba tiene el carácter de prueba instructora anticipada -dado que no ha llegado al juicio oral, pero debe advertirse que participa de los presupuestos de la prueba en juicio contradicción, control, publicidad, licitud, legitimidad y de los requisitos tanto de orden o objetivo como subjetivo.

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

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

Se insiste en que es preciso distinguir entre prueba anticipada y reconstitución de fuente de prueba y aseguramiento de prueba. La primera implica, práctica de la prueba, por ejemplo, tomar declaración a los testigos ante el juez y en contradictorio, aquí lo que se toma en juego es que se puede perder la fuente de prueba y es irrepetible el acto; identificar el testigo y pedir su vigilancia o darle seguridad no es prueba anticipada sino aseguramiento de prueba, es decir, se trata de asegurar una fuente de prueba, de conservarla.

Algo que debe quedar claro es el siguiente aspecto, lo que se anticipa es la ejecución o realización del medio de prueba transportador de la fuente de prueba, es decir, se trata de una aplicación anticipada de un medio de prueba. Así se trata de un acto procesal jurisdiccional en el cual se practica anticipadamente un medio de prueba, sin entrar a valorar su eficacia probatoria o su conexión con el acervo probatorio.

CAPITULO IV

LAS EXCEPCIONES A LA INMEDIACIÓN PROBATORIA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL

4.1. La intermediación en el Procesal Penal

La aplicación irrestricta del principio de intermediación está unida a la forma oral de los actos procesales, que permite su desarrollo con la presencia física de los jueces, pues la aplicación de dicho principio implica que los miembros del órgano jurisdiccional que deben decidir un asunto, escuchen directamente los alegatos de las partes y contemplen personalmente la práctica de la prueba. De este concepto se derivan los dos (2) aspectos esenciales de la intermediación procesal; que son, la intermediación alegatoria y la intermediación probatoria.

Ragués (1999), señala que la intermediación alegatoria, es una consecuencia de la existencia de audiencias orales, y consiste en que las partes puedan realizar sus alegatos en presencia del tribunal, constituido en sala, el cual deberá resolver, igualmente de forma oral ante las partes, al término de la audiencia. La intermediación alegatoria existe por sí sola, sin estar acompañada por la intermediación probatoria, cuando la audiencia esté diseñada con el único propósito de escuchar a las partes, debiendo el juez

resolver de mero derecho o valorando pruebas previamente recogidas en actuaciones escritas, a las que las partes simplemente hacen referencia en la audiencia.

La inmediación probatoria, consiste en la práctica de la prueba frente a los miembros del tribunal, los cuales vienen obligados a presenciar y percibir a través de todos sus sentidos, el despliegue vivo de la fuente de prueba en la audiencia, así como su control y contradicción.

En el proceso penal acusatorio, el principio de inmediación sólo funciona plenamente, es decir, en sus dos (2) aspectos, en el juicio oral. No obstante, en las audiencias que se efectúan en las fases preparatoria e intermedia, funciona la inmediación alegatoria, más no la inmediación probatoria, como regla.

Sin embargo, el hecho de que la enunciación del principio de inmediación aparezca, por lo regular, dentro de la parte general o en los títulos preliminares de la mayoría de los códigos procesales penales, ha hecho suponer a algunos comentaristas, no identificados con el sistema acusatorio penal, que tales ordenamientos se contradicen, por cuanto en la fase preparatoria, que se desarrolla mayormente por escrito, los jueces que deben decidir sobre asuntos tales como la desestimación de una denuncia, el aseguramiento del imputado o la procedencia de la acusación, tienen que hacerlo sobre la base de un material probatorio que no se han formado en su presencia, es decir, un conjunto de actas procesales que recogen el resultado de diligencias de investigación (testimonios, informes de

experticias, entre otras.) realizadas por policías y fiscales. En estos casos, efectivamente, no hay inmediación procesal respecto de la prueba que el juez debe valorar para tomar ese tipo de decisiones.

No obstante, el hecho de que no exista inmediación respecto de la prueba que debe apreciar el juez para adoptar resoluciones en la fase preparatoria o en la fase intermedia, no significa en modo alguno que la inmediación esté absolutamente ausente de esas fases del proceso penal acusatorio, pues ese tipo de decisiones se adopta en audiencias orales (vistas), en las cuales las partes las deban realizar alegaciones ante el tribunal y éste debe decidir sobre ellas, generalmente in situ. Por tanto, en estos casos se estará en presencia de la que se denomina inmediación alegatoria.

En las fases preparatoria e intermedia existe la inmediación alegatoria, por cuanto el juez debe estar presente y escuchar los alegatos de las partes en las audiencias para determinar la legalidad del arresto o aprehensión de una persona, para decidir qué medida de coerción personal debe imponer a un imputado, para definir la procedencia del archivo de la causa o de un sobreseimiento, o para establecer la viabilidad de la acusación. Sin embargo, la inmediación probatoria no existe en estas fases del proceso penal acusatorio respecto a los jueces, por lo cual éstos deben decidir sobre la base del material probatorio que hayan incorporado al expediente investigativo tanto el Ministerio Público y sus auxiliares (órganos de

investigaciones penales), como por el imputado, su defensor y la víctima o su eventual apoderado judicial.

La razón de que la inmediación respecto de la prueba exista solamente en el juicio oral es obvia, pues como ya se ha dicho, es en esta fase cuando únicamente puede producirse la condena del acusado que se defiende y no acepta los cargos en su contra o los objeta de alguna manera. No debe olvidarse que cualquier decisión que se adopte en la fase preparatoria respecto al fondo del proceso tiene que ser favorable al imputado, ya sea por desestimación de la querrela o la denuncia, o por declaración de no haber lugar a continuar el proceso, bien sea por aplicación del principio de oportunidad, por acuerdos reparatorios, por suspensión condicional del proceso, por archivo de la causa o por sobreseimiento.

En la fase intermedia todas las soluciones de fondo están dirigidas a la exoneración de responsabilidad del imputado, salvo que éste admita, libre y voluntariamente, los hechos de la acusación y el juez encuentra mérito para condenarlo por admisión de los hechos.

De tal manera, en opinión a la investigadora, la inmediación probatoria en el proceso penal acusatorio existe sólo en el juicio oral, por la sencilla razón de que para ser condenado en ese tipo de proceso, hay que ser vencido en un juicio oral y público, donde la prueba sea producida, perfeccionada y contradicha ante el tribunal que debe decidir el fondo del asunto.

4.2. La prueba anticipada como excepción a la intermediación probatoria en el Código Orgánico Procesal Penal

Las excepciones a la intermediación probatoria, es propia del juicio oral, en el cual se aplica con gran rigor, dicha aplicación puede tener algunas excepciones, plenamente justificadas por su propia naturaleza. Estas excepciones según el COPP (2006) son: (a.) La prueba anticipada, (b.) El interrogatorio de personas impedidas de asistir al juicio. (c.) El interrogatorio de altos funcionarios, legalmente dispensados.

En estos casos podrá considerarse la existencia de una excepción a la intermediación probatoria, cuando las diligencias antes mencionadas se realicen ante un juez distinto del que debe presenciar el debate oral y público de la causa.

La prueba anticipada como excepción a la intermediación probatoria, cuyo concepto, estructura y funciones se explican ampliamente, puede constituirse en una excepción a la intermediación probatoria, cuando su práctica deba realizarse ante un juez distinto al que debe conocer o se encuentre conociendo del juicio oral. Esta situación para Cafferata (1998), se presenta en los siguientes casos:

1. Cuando la prueba anticipada es practicada durante la fase preparatoria o sumario, en su caso, ante un juez o tribunal distinto al que conocerá posteriormente en juicio oral.

2. Cuando la prueba anticipada es practicada en la fase intermedia, ante un juez o tribunal distinto al que conocerá en juicio oral.

Sin embargo, cuando la prueba anticipada se practica antes del inicio del debate oral, pero ante el mismo tribunal que luego conocerá del juicio, entonces no puede considerarse la existencia de una excepción a la inmediación probatoria por vía de prueba anticipada, pues el tribunal que ha presenciado su evacuación es el mismo que presenciará la práctica de las demás pruebas en el juicio, existiendo, por tanto, unidad de conocimiento y de identidad física del juzgador en ambos casos.

El interrogatorio de personas impedidas de asistir al juicio oral como excepción a la inmediación probatoria. Cuando sea necesario el interrogatorio en juicio oral, de personas impedidas de asistir a ese acto por razones de convalecencia, edad muy avanzada, dificultades de locomoción, entre otras., será necesario entonces que el tribunal se traslade al sitio donde se encuentra esa persona y se constituya allí, con la presencia de las partes y sus auxiliares, en la medida de lo posible. En este caso no habría ruptura alguna de la inmediación procesal.

Sin embargo, si para la toma del testimonio del impedido fuere necesario comisionar o enviar despacho, exhorto o comisión rogatoria a otro tribunal, entonces, con independencia de que ante aquel comparezcan las partes y de que el acto sea recogido en audio o video, se habrá interrumpido la inmediación probatoria, en tanto el tribunal que recibe el testimonio no es el mismo que presencia el resto de la prueba en el debate.

El testimonio de altos funcionarios dispensados de asistir al llamado de la autoridad, como excepción a la inmediación probatoria. En casi todas las legislaciones procesales del mundo existen altos funcionarios y otras personas que están dispensados de concurrir al llamado de la autoridad judicial para rendir testimonio, pero que no están, en cambio, dispensados del deber de declarar. En estos casos la autoridad que interesa el testimonio de esas personas deberá comunicarles el requerimiento y se constituirá, previo concierto, en la sede del privilegiado a los efectos de recibir sus deposiciones.

Cuando uno de estos sujetos, deba rendir declaración en un juicio oral, el tribunal deberá constituirse en la habitación o despacho del dispensado, con asistencia de las partes y sus auxiliares, a los efectos de la audiencia que el acto procesal comporta. En este caso, si el tribunal es el mismo tribunal de juicio, entonces no existirá excepción a la inmediación probatoria, pero si, como consecuencia de hallarse el privilegiado en distante región y diversa jurisdicción, fuere necesario comisionar a un tribunal del lugar para que presencie la prueba, entonces si habrá ruptura de la inmediación probatoria.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

Las conclusiones del estudio se dirigen a:

El proceso penal es un proceso de hechos, pues el contenido básico de esa forma de enjuiciamiento son los hechos punibles, respecto de los cuales es impensable todo concierto previo entre sujetos activos y sujetos pasivos. Ante esta realidad, el problema de la prueba es esencial e importante, ya que ningún proceso penal puede iniciarse sino existe una mínima actividad probatoria por parte del Estado o del acusador particular, en su caso, respecto a la existencia misma del hecho punible y a la probable responsabilidad del imputado que supere la barrera de la presunción de inocencia.

La prueba para poder ser apreciada y, particularmente, para que pueda reconocérsele entidad suficiente para desvirtuar la condición de inocente con que entra y permanece el acusado en el proceso penal, debe ser practicada, cumplirse con estricto apego a los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, todos integrantes del debido proceso, derecho que hoy día se considera bilateral, por ello la prueba es la actividad de las

partes encaminada a buscar la demostración de ciertos hechos, el convencimiento psicológico del juez sobre los mismos, a través de los principios de moralidad, inmediación y contradicción.

Puede afirmarse que el Juez sigue siendo un protagonista llamado a orientar, controlar y equilibrar el desarrollo del proceso. Esto se ratifica por el hecho de que si ninguna de las partes ofreciere pruebas el COPP no prevé que el Juez pueda ordenarlas de oficio, salvo el caso excepcional de la audiencia oral. Por otra parte, cabría tener presente que si el Ministerio Público no ofrece pruebas en su acusación, esta presentaría un defecto de forma que daría lugar a su devolución.

La actividad probatoria de las partes se traduce en la aportación proceso de las fuentes de prueba, a través de los medios de prueba legalmente previstos, la actividad del juzgador, con independencia que se le reconozcan o no facultades de iniciativa probatoria, se traduce en una actividad de comprobación o verificación de las afirmaciones realizadas por las partes, y es a esta última a la cual debería reservarse el término prueba. La actividad probatoria de las partes, aún reconociendo su importancia, tiende únicamente a facilitar la labor comprobación del juez.

No obstante, en un sistema de prueba libre, como el que rige en el proceso penal acusatorio, el saber lo que debe ser probado es un asunto, más que jurídico, de sentido común y de supervivencia, que resulta de la combinación de actividades de las partes y del órgano jurisdiccional y de sus respectivos resultados, al que se llama prueba, tiene su razón de ser en la

necesidad de determinar la certeza de los hechos, a los cuales debe aplicarse el derecho.

Dentro de esta aplicación del derecho en la actividad probatoria se encuentra la prueba anticipada que aquella que se practica con anterioridad al juicio oral, oportunidad legal fijada para que tenga lugar la producción de la prueba en el proceso penal. La prueba anticipada, en principio, tiene plena validez, el mismo valor que la prueba practicada con ocasión del acto del juicio oral, para ello basta con que se haya practicado en las condiciones que la justifican y autorizan su práctica y con el acatamiento estricto de las garantías que informan el debido proceso y del derecho a la defensa. Esto es, la prueba anticipada para tener valor, tiene que ser cumplida bajo contradicción e inmediación.

Es necesario que la prueba anticipada cumpla con las reglas del debido proceso y por tanto, debe ser sometida a contradicción, dando así oportunidad para que el imputado no solamente se entere del acto probatorio, sino también para que lo contradiga en un claro y amplio ejercicio del derecho a la defensa, única manera de poder aplicar útilmente la prueba practicada anticipadamente para destruir o desvirtuar la condición de inocente que tiene el imputado en el proceso penal. Para que exista un proceso penal cumplido en conformidad con las reglas del debido proceso, es menester se respeten estrictamente los principios de oralidad, concentración, publicidad, inmediación y contradicción.

De acuerdo con la norma contenida en el artículo 316 del Código Orgánico Procesal Penal, la prueba anticipada nunca cumplirá con su necesario sometimiento a la inmediación, concebida en los términos de ese Código en su artículo 16, toda vez que el juez de Control, llamado a practicar la prueba anticipada, no es el juez llamado a sentenciar la causa; y por el principio de la inmediación la prueba debe producirse ante el órgano encargado del enjuiciamiento, cuyo convencimiento se persigue con aquella.

Sin embargo, no se ve razón alguna para que en el proceso penal de se impida la anticipación de pruebas en fase de juicio, dentro de esa etapa previa al inicio del juicio oral, tomando en cuenta que el proceso tiene por fin establecer la verdad, y la naturaleza de la anticipación es resguardar el hecho o el medio que están en peligro inminente de desaparición, sin importar cuándo ocurre el peligro.

Por ello la prueba anticipada debe cumplir con las reglas del debido proceso y por tanto, debe ser sometida a contradicción, dando así oportunidad para que el imputado no solamente se entere del acto probatorio, sino también para que lo contradiga en un claro y amplio ejercicio del derecho a la defensa, única manera de poder aplicar útilmente la prueba practicada anticipadamente para destruir o desvirtuar la condición de inocente que tiene el imputado en el proceso penal.

Por lo que se puede concluir en cuanto a la importancia de la prueba anticipada radica en los siguientes aspectos:

- La prueba anticipada se debe fundamentar en razones de necesidad y urgencia, a fin de evitar que se desvanezcan aquellos medios e informaciones que importan para el conocimiento del juez y para formar su convicción, ante la imposibilidad o dificultad de no poder incorporar la prueba en el debate del juicio oral y público.

-La prueba anticipada permite el contacto directo e inmediato del juez sobre la prueba, sobre sus órganos y objeto lo que induce a una mejor y más abundante captación de elementos y circunstancias, y un proceso discursivo más lógico, racional y veraz por parte del juez y su valoración.

-La necesidad de las pruebas anticipadas tiene como base el realizar diligencias probatorias que por su naturaleza son definitivas e irreproducible, esto es, el transcurso del tiempo puede producir su modificación o desaparición lo cual impedirá que puedan incorporarse al debate público y oral, ello permite su práctica anticipada constituyéndose de esta manera en una excepción al principio de la inmediación.

-Su eficacia probatoria tiene como fundamento en la necesidad de evitar que se pierdan definitivamente aquellos datos probatorios relevantes para la formación de la convicción judicial por el hecho de no poderse practicar la prueba durante las sesiones de la vista oral. Obedece en realidad, a una necesidad práctica de facilitación de la realización de la prueba. En todo caso, debe tener un carácter excepcional, evitando que la misma se convierta en una práctica generalizada que desvirtúe el principio general de que las pruebas han de practicarse en el acto del juicio oral. Por

ello, no debe acudir a la práctica anticipada de una prueba por simples razones de comodidad, o para evitar las molestias que en algunos casos puedan producirse al practicarse la prueba en forma concentrada durante las sesiones del juicio oral.

5.2 Recomendaciones

Las recomendaciones del estudio se dirigen a :

-Se sugiere modificar el artículo 316 del Código Orgánico Procesal Penal, para que la prueba anticipada se produzca cumpliendo cabalmente con el principio de inmediación, ante el juez llamado a pronunciar la sentencia definitiva.

-La práctica de la prueba anticipada se debe solicitar y acordar en la audiencia preliminar de la fase intermedia, que en todo caso luce como el momento más apropiado para tal solicitud, puesto que ya para ese acto las partes tienen formulados alegatos y afirmaciones y pueden precisar de mejor manera necesidades probatorias.

-Se debe aplicar la prueba anticipada antes de la instructiva de cargos, es decir, antes de que hubiere persona imputada en la causa, será de mucha utilidad, a los efectos de la ulterior adveración del acto, que el juez de control convoque a testigos imparciales para que la presenciaren, y así esos testigos podrían ser interrogados por las partes en el juicio oral sobre la forma de ocurrencia de la prueba anticipada.

Asimismo, se debe mejorar la formulación de la prueba anticipada, a fin de dejar claro que ésta sólo puede tener como objeto el testimonio y el informe pericial verbal, ante el peligro de muerte o de ausencia del testigo o el perito, respectivamente.

- Es necesario aclarar el procedimiento de la prueba anticipada en cuanto a la regulación de la substanciación y su práctica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy., R. (1997) **El concepto y la validez del derecho**. Editorial: Gedisa Barcelona.
- Asencio,, M (1963). **Derecho Penal**. Editorial Bosch: Barcelona
- Balza., L (2002). **Derecho Penal. Lineamientos de la Parte General**. Caracas: Editorial Paredes.
- Bello., L, H. (1989) **Teoría General del Proceso**. Editorial Mobil Libros: Caracas.
- Binder., A. (2000) **Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal**. Editorial Ac Hoc: Buenos Aires.
- Bottomley ., H (1989). **Derecho Penal**. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas S.A.
- Cabrera., J (1999) **Algunas anotaciones sobre el sistema probatorio del COPP (2000) en la fase preparatoria y en la intermedia**. Caracas: Ediciones Paredes
- Cafferata., J. (1998) **La Prueba en el proceso penal**. Editorial Desalma: Buenos Aires,
- Código Orgánico Procesal Penal (2006) **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 38.536** (Extraordinaria) Octubre 04, 2006.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36860** Extraordinario de Fecha 30 de Diciembre de 1999.
- De Lamo Rubio, J. (2000) **El proceso penal**. Editorial Bosch: Barcelona
- Delgado S.,R. (2005) **La Prueba Penal Anticipada**. Vadell Hnos. Editores.Caracas. 2005
- Devis Echandía., H. (1988) **Teoría General de la Prueba Judicial**. Editorial Zabalía, Buenos Aires.

- Florian., E (1982) **De las pruebas penales**. Editorial Temis: Bogotá.
- Gascón., M. (2001) **Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba**. Marcial Pons, ediciones Jurídicas y Sociales: Madrid.
- Ibáñez., A. (2000) **La aplicación efectiva de COPP**. Terceras Jornadas de Derecho Procesal Penal. UCAB, Caracas.
- Michelle., A. (1989) **La Carga de la Prueba**. Editorial Temis: Bogotá
- Montero , A (1994). **Tratado de Derecho Penal**. Bogotá : Editorial Temis.
- Montero., J. (2005) **Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón**. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- Paz., J. (1999) **La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los tribunales**. Editorial COLEX, Madrid.
- Pérez Sarmiento, E. (2001) **Manual de Derecho Procesal Penal**. Editorial Vadell Hermanos. Caracas-Venezuela.
- Prieto., A. (1973) **Derecho Procesal Penal**. Editorial Orbe, La Habana.
- Ragués., R. (1999) **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Editorial J.M. Bosch: Barcelona.
- Roxin., C. (2000) **Derecho Procesal Penal**. Editores del Puerto: Buenos Aires.
- Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). (1997). **Manual para la elaboración del trabajo especial de grado en el área de derecho para optar al título de especialista**. Caracas. UCAB.
- Zaffaroni., J Cavallero., I (1988) . **Derecho Penal. Lineamientos de la Parte General**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Ariel.