



**UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS
CENTRO DE ESTUDIOS PARA GRADUADOS
ESPECIALIZACION EN DERECHO PROCESAL, MENCION PENAL.**

**LAS "NUEVAS PRUEBAS", ¿ACEPTACION DE LAS PRUEBAS DE OFICIO EN EL
PROCESO ACUSATORIO VENEZOLANO?.**

**TRABAJO ESPECIAL DE GRADO PARA OPTAR AL TITULO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO PROCESAL**

Autor: LIZ MERJORY RONDON FIGUEROA

Tutor: Profesor Ángel Zerpa Aponte

Resumen.

Aun siendo el sistema procesal penal venezolano de corte acusatorio por expresa previsión de los Artículos 49 y 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el artículo 342 del Código Orgánico Procesal Penal del 15-6-12 establece la figura de las "*Nuevas pruebas*" (también vigente en versiones del COPP anteriores), con la siguiente redacción: "*Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieren su esclarecimiento. El tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes*"; por lo que tales pruebas así oficiosamente ordenadas pueden ser inconstitucionales e ilícitas al desatender el augurado sistema acusatorio. Frente a ello debe darse una interpretación cabal a este instituto de los "*nuevos hechos con nuevas pruebas*" para diferenciarlo de otras figuras parecidas tales como las *pruebas ulteriores* que las partes pueden presentar después de la acusación pero antes de la audiencia preliminar; o la prueba complementaria -en la oportunidad en que ya se decretó ir a juicio pero éste aun no ha comenzado-, o la advertencia de cambio de calificación hecha por el juez en pleno juicio antes de sentenciar; o la ampliación de la acusación, hecha por el fiscal en juicio antes que el juez sentencie. Finalmente, siendo que tales nuevos hechos y nuevas pruebas si se admiten en otras jurisdicciones tanto extranjeras, como nacionales no penales, debe hacerse una comparación al respecto, para, finalmente, tratar de establecer hipótesis lícitas de aceptación de tal instituto procesal sin vulnerar la Constitución, ni las Leyes.

Índice

Resumen.	2
Índice.	3
Introducción.	5
I. Identificación y justificación del objeto de estudio.	7
A.) La " <i>dependencia constitucional del principio acusatorio</i> ", según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.	7
B. Dos pautas fundamentales del proceso penal venezolano en relación con el quehacer probatorio.	10
a.- La Determinación de los roles en el sistema acusatorio.	10
b) La preclusividad probatoria dentro de la Teoría General del Proceso.	13
c) La preclusividad probatoria en el procedimiento ordinario penal venezolano como sustento teórico del análisis de pruebas de oficio en el juicio.	13
C) Las interrogantes que condicionan la hipótesis de la investigación.	14
a) El Objetivo General.	15
b) Objetivos Específicos.	15
c) La Justificación.	16
II. La excepcionalidad de las pruebas de oficio en el juicio penal, y la teoría probatoria.	17
A) Los " <i>sistemas probatorios</i> ".	17
a) Sistema de las pruebas legales.	18
b) El Sistema de la sana critica.	18

B) Necesidad probatoria y prueba de oficio.	25
C) La prueba oficiosa y la licitud de la prueba.	39
D) Oficiosidad probatoria y libertad de pruebas.	45
III) Los <i>nuevos hechos</i> que conducen a las <i>nuevas pruebas</i> en la legislación procesal venezolana.-	49
A) Antecedentes venezolanos del hecho nuevo y de la oficiosidad probatoria.	50
B) Revisión normativa de las pruebas de oficio en algunas jurisdicciones extranjeras.	54
C) Las oportunidades probatorias en el proceso penal venezolano.	62
D) Los nuevos hechos y/o las nuevas pruebas en el ámbito no penal, venezolano.	63
E) El concepto de " <i>nuevas pruebas</i> ".	65
F) Las hipótesis de hechos nuevos en el ámbito procesal penal.	66
Conclusiones.	83
Bibliografía.	85

INTRODUCCION.

"Resulta por antonomasia concebir en el proceso, al juez como figura preponderante de la relación jurídica controvertida de partes...en la que más que un simple espectador de la contención sostenida por quienes ejercen su derecho a la acción, dirige y controla, y "hasta" promueve el despliegue probatorio producido en el expediente" (J. Montero Aroca, J. Flors Maties y G. López Ebri. Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras judicial y fiscal. España, 2002, 537)

En esta investigación se pretende resolver un somero problema procesal muy específico. En los estudios en la Especialización nos encontramos con una norma procesal muy paradójica ya que en Venezuela se asume la existencia de un sistema acusatorio procesal penal, pero la norma que analizaremos es de neto corte inquisitivo, el que era regulado en el país por el Código de Enjuiciamiento Criminal. Así, lo que se pretende con el presente trabajo es indagar sobre si la propuesta de prueba contenida en un solo Artículo, el Artículo 342 del vigente Código Orgánico Procesal Penal (del 15-6-12¹):

"Nuevas Pruebas

"Artículo 342. *Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieran su esclarecimiento. El tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes."*

se instaura o no en nuestro proceso penal acusatorio, unas "*pruebas de oficio*". De ser así, se podría asumir su eventual ilicitud por, entre otra normativa, el 285.3 de la Constitución:

"Son atribuciones del Ministerio Público:

(...)

3. Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores o las autoras y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración".

y los cuatro primeros numerales del Artículo 111 del COPP...

"Atribuciones del Ministerio Público

¹ Las citas que del COPP 2012 se realizan en este trabajo proviene de su publicación en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 6.078 del 15-6-12.

Artículo 111. *Corresponde al Ministerio Público en el proceso penal:*

1. *Dirigir la investigación de los hechos punibles para establecer la identidad plena de sus autores o autoras y partícipes.*
2. *Ordenar y supervisar las actuaciones de los órganos de policía de investigaciones en lo que se refiere a la adquisición y conservación de los elementos de convicción.*
3. *Requerir de organismos públicos o privados, altamente calificados, la práctica de peritajes o experticias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación, sin perjuicio de la actividad que desempeñen los órganos de policía de investigaciones penales"....*

Por ello es menester determinar hasta donde abarca la extensión interpretativa de tal instituto procesal, su aplicación por los sujetos procesales en pleno desarrollo del juicio oral y público, y su contraste con otras figuras procesales probatorias. En tal sentido, hemos hecho uso de alguna aproximación al Derecho comparado, específicamente en España, y en Colombia -país en donde, aun mi condición de ciudadana venezolana, orgullosamente obtuve mi título de abogado- precisándose en algunos de tales países su reconocimiento o su rechazo.

Y todo lo anterior dentro de la concepción que la prueba, en la perspectiva procesal, es eminentemente reconstructiva e histórica, pues las partes y sus representantes deben reproducir los hechos pasados en los que se funda la controversia que es objeto del proceso, a través de las probanzas².

En el transcurso del desarrollo de las ciencias jurídicas, la aparición de una *Teoría de la prueba judicial*, le ha dotado un objeto y terminología propios y con definidas posiciones a dicha Teoría. Sobre esta base, encontramos que en algunos países se asumen como ilícitas tales ulteriores "*pruebas de oficio*", toda vez que con ellas, se violan derechos consagrados en la Carta Magna de los respectivos países. Veamos, en fin, cuáles son nuestras consideraciones frente al caso venezolano, al respecto, sobre un tema novedoso, que no ha

² En el ámbito argentino, Cafferata Nores en *La prueba en el proceso penal* (Buenos Aires, De Palma, 1987, 54) afirma que el *probar judicialmente* es "...un acto procesal que consiste en la reproducción artificial e imitativa de un hecho, en las condiciones en que se afirma o se presume ocurrido, con el fin de comprobar si se lo efectuó o pudo efectuar de un modo determinado". Por su parte, también de Argentina, Eugenio Florian (*De las Pruebas penales, I*, Buenos Aires, 32) sostiene que tal probanza..."*Consiste sustancialmente en la reproducción artificial del hecho delictivo, o de circunstancias o episodios de éste, o también de circunstancias y episodios atinentes a ciertos medios de prueba para verificar su exactitud, posibilidad o verosimilitud*". Por su parte, también austral, Carlos Creus, en su *Derecho penal, I*, 78, destaca que el probar en proceso, "*Es la "teatralización" de las secuencias del hecho investigado, según las distintas versiones de sus protagonistas (incluidos imputados, víctimas, testigos) proporcionan, con el objeto de determinar la posibilidad (física) que se hubiese desarrollado del modo relatado*".

tenido un tratamiento doctrinario específico en el país, quizás por las constantes reformas de la ley procesal criminal venezolana.

I. IDENTIFICACION Y JUSTIFICACION DEL OBJETO DE ESTUDIO.-

A los efectos de establecer o delimitar el contexto temporal y territorial en el cual se encuadra la problemática a ser estudiada, es menester mencionar que la misma deriva del aparente rechazo a las "*pruebas de oficio*" en el proceso penal venezolano actual, aun desde su propia implementación, a mediados de 1999, y aun hasta hoy, con una sexta reforma del COPP, en 2012.

El mencionado texto normativo -aun en su sexta versión de 2012-, está redactado siguiendo las líneas rectoras del sistema procesal acusatorio, establecidas en la Exposición de Motivos de tal Código.

A.) La "*dependencia constitucional del principio acusatorio*", según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Particularmente interesante nos resulta una emblemática sentencia del Máximo Intérprete de la Constitucionalidad en nuestro país, la Sala Constitucional, sobre el *sistema acusatorio penal* que empezó a regir en Venezuela desde mediados de 1999, y que espero sepa disculpar el lector, lo extenso de la cita, que creemos valiosa para justificar el tipo de sistema procesal penal que contamos. Tal es la Sentencia 3167 del 9-12-02...

"La figura del fiscal...está vinculada desde su nacimiento al principio acusatorio, según el cual no puede haber juicio sin acusación. Antiguamente, en el sistema llamado "acusatorio puro" no podía haber juicio sin la acusación del agraviado o víctima. En la medida en que el sistema ingresa en un contexto de mayor estabilidad, el fiscal va a ocupar el lugar de la víctima"...

"El sistema acusatorio...es propio del Estado moderno(...)El principal rasgo del procedimiento inquisitivo radica en la concentración de las funciones de investigación y juzgamiento en un mismo órgano, lo que obviamente resulta incompatible con el derecho del imputado a ser juzgado por un tribunal imparcial(...)Uno de los paradigmas de la revolución liberal del siglo XIX fue la división del Poder(...)Quien instruye, total o parcialmente, no puede dirigir el juicio y dictar sentencia(..)En el procedimiento de corte acusatorio se encomienda la investigación –que no es una función jurisdiccional propiamente tal, sino una especie de fase preparatoria para ella– al Ministerio Público, un órgano técnico profesional especializado; y el juzgamiento a un tribunal"³...

³ www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/3167-091202-02-2154.htm

Hay una expresión en ella contundente, la que alude a la "*...dependencia constitucional del principio acusatorio*":

"...la incompatibilidad de las funciones de investigación y juzgamiento y de la necesidad de distinguirlas para asegurar la imparcialidad, la transparencia y la autonomía de la justicia se sigue la incolumidad del juez predeterminado por la ley y la autonomía e independencia del poder ciudadano en franca garantía de la Constitución"...⁴,

La sentencia pasa a desarrollar en otro capítulo lo siguiente:

*"...El cambio cualitativo que se persiguió con el nuevo Código Orgánico Procesal Penal fue, precisamente, sustituir este sistema por otro, caracterizado por la igualdad de condiciones de las partes y la imparcialidad del Juez. **En el sistema acusatorio, el juez queda dispensado de la iniciativa de la persecución penal**(...)Con fundamento en el principio de legalidad, el Ministerio Público está obligado a ejercer la acción por todo hecho que revista carácter penal o delictivo, siempre que de la investigación practicada surjan elementos de cargo suficientes para sustentar la acusación. En tal sentido, el...Código Orgánico Procesal Penal consagra el principio de la titularidad de la acción pública en cabeza del Ministerio Público, a quien corresponde la dirección de la investigación preliminar al objeto de determinar la comisión de hechos punibles y la identidad de sus autores"...⁵ (resaltado propio)*

Del anterior fallo se desprende que mientras esté en vigencia la actual Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ninguna ley puede menoscabar la existencia de un sistema acusatorio procesal penal, porque este es el sistema de juzgamiento previsto en la Carta Magna para el enjuiciamiento de causas penales. Por lo tanto, todo menoscabo a esta concepción acusatoria del sistema procesal -conferido, entre otras normas, en el Artículo 49.2 y 285 de la Constitución⁶-, es un irrespeto al Artículo 7 *eiusdem*, y por ello debe el Máximo Intérprete de la Constitucionalidad, la Sala Constitucional, propiciar la nulidad de todo componente legislativo que afecte el carácter acusatorio del sistema procesal penal.

Entonces, tanto de la sentencia interpretativa anterior como del propio texto de la Constitución se pueden derivar el desglose de un Principio Supremo, y éste no es otro más que el de la ***dependencia constitucional del principio acusatorio***, o la *racionalización del proceso penal*, que queremos desagregar de la siguiente manera, conforme al fallo *in comento*, solo en lo que atañe al objeto de nuestro trabajo, es decir,

⁴ *Ibídem.*

⁵ *Ibidem.*

⁶ Las referencias, citas y transcripciones que se hacen en ese trabajo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela corresponden a su publicación en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* 5.908 del 19-2-09.

la paradójica existencia de una facultad probatoria oficiosa dentro de un sistema acusatorio. De allí que conforme al Máximo Interprete de la Constitucionalidad en nuestro país, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el emblemático fallo citado, debe cumplirse en el procesamiento penal, entre otras garantías, las siguientes que guardan vinculación con el quehacer probatorio :

- **La necesaria separación instrucción-enjuiciamiento.** Nuestra Constitución no tolera la (i) *"concentración en un mismo órgano de la investigación y juzgamiento"*, o (ii) el *"debilitamiento del derecho de defensa"*, o (iii) la *"prevalencia del sumario sobre el plenario"*; ya que conforme a la *"división de los poderes"*, que se postula en el Artículo 136 Constitucional, *"Quien instruye, total o parcialmente, no puede dirigir el juicio y dictar sentencia"*; y que *"Esta separación de las funciones de investigación y juzgamiento expresa una característica fundamental del procedimiento acusatorio, como es la racionalización del sistema procesal penal"...*;
- **El sustento probatorio de la sentencia.** Si *"...las sentencias se fundan en las pruebas producidas durante el sumario, las cuales, por las características de este último, no fueron objeto de control por parte del imputado"*, ello es *"...una flagrante violación del derecho de defensa y del principio de contradicción"...*;
- **La instrucción judicial es una causa de imparcialidad.** Hay una *"... incompatibilidad de las funciones de investigación y juzgamiento"...*; con miras a *"...asegurar la imparcialidad, la transparencia y la autonomía de la justicia"...*; Así, conforme al Catedrático de Derecho penal y Magistrado del Tribunal Supremo Español, Don Enrique Bacigalupo...

*"La imparcialidad del tribunal (exclusión del iudex suspectus) constituye una garantía esencial del debido proceso, materializada sustancialmente en una distancia legalmente determinada entre los jueces y las partes"...*⁷

Sobre la base de esta emblemática Sentencia, abordemos entonces...

⁷ Bacigalupo, Enrique, *El debido proceso penal*. Buenos Aires, Hammurabi, 2005, 93.

B. Dos pautas fundamentales del proceso penal venezolano en relación con el quehacer probatorio.-

Basta con seguir la orientación del fallo que arriba mencionamos, para establecer dos pautas consustanciales con el tema que nos ocupa, a saber:

a.- La Determinación de los roles en el sistema acusatorio.-

El acusatorio asume una separación de funciones de investigación y de juzgamiento, así como de la defensa, por fundamento constitucional. Pero es que, además, es la única forma de hacerlo operativo en la práctica, y que con esto se obtenga un resultado eficaz⁸. Por lo demás, en cumplimiento del principio de la imparcialidad⁹, si el Fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal pública y a quien se encomienda también la carga de la prueba¹⁰, quien mejor que él, como el más indicado para plantear la estrategia de investigación y desarrollarla conjuntamente con la Policía, formulando sus hipótesis y conclusiones, sobre el conocimiento de una noticia criminal¹¹. La existencia de un "*Ministerio*

⁸ Existe una norma constitucional que refleja el llamado "*Ius puniendi*" o *Derecho a la sanción*, el Artículo 30 de nuestra Carta Magna: "*El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, o a su derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios. El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo. El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados*".

⁹ Interesante es la cita que hace el autor argentino Eduardo Jauchen de la famosa Sentencia Piersack del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre "*el doble alcance de la garantía de la imparcialidad*", "*Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidad, su existencia puede ser apreciada...de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable...las apariencias pueden revestir una cierta importancia[...] todo juez en relación con el cual puede haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso*"... (El juicio oral en el proceso penal. Buenos Aires, Rubinzal, 2008, 25.)

¹⁰ El probacionista patrio Jesús Eduardo Cabrera considera que "*...se puede hablar de carga subjetiva o de carga objetiva de la prueba, desde el punto de vista subjetivo, cada uno de los litigantes independientemente de la posición procesal que ocupen, tiene el peso de suministrar la prueba de los hechos por ellos alegados que han quedado controvertidos. Las partes tienen la necesidad de probar sus respectivas aseveraciones y por ello lo normal es que ambas propongan y produzcan pruebas, buscando así demostrar sus respectivas afirmaciones*". *La prueba ilegítima por inconstitucional*. Caracas, Homero, 2012, 654.

¹¹ **111 del COPP ("Atribuciones del Ministerio Público")**: "*Corresponde al Ministerio Público en el proceso penal: 1. Dirigir la investigación de los hechos punibles para establecer la identidad plena de sus autores o autoras y partícipes. 2. Ordenar y supervisar las actuaciones de los órganos de policía de investigaciones en lo que se refiere a la adquisición y conservación de los elementos de convicción. 3. Requerir de organismos públicos o privados, altamente calificados, la práctica de peritajes o experticias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación, sin perjuicio de la actividad que desempeñen los órganos de policía de investigaciones penales*".

Público" sólo es posible en el marco de un sistema penal inspirado en el principio acusatorio, ya que surge como consecuencia necesaria de la adopción de aquella forma de enjuiciamiento, al separar definitivamente la *función requirente* de la persona del Juez, encomendándosele al Ministerio Público (órgano natural para ejercer la pretensión represiva¹²).

b) La preclusividad probatoria dentro de la Teoría General del Proceso.-

La promoción de pruebas representa lo que, en estricta técnica procesal, debe denominarse, una *oportunidad preclusiva*. Aquí, debemos detenernos sobre esta última expresión. La "*preclusión*" se entiende, en general, como la **pérdida o extinción de una facultad o potestad procesal**. El fundamento de la preclusión se encuentra en el *orden consecutivo* del proceso, es decir, en la especial disposición en que se han de desarrollar los actos procesales¹³. Para algunos ese orden consecutivo es estrictamente *legal*. Para otros es *jurídico*, esto es, abierto a diversas fuentes, pero sometido al principio de legalidad¹⁴. También se precisa que el orden consecutivo del proceso requiere que sea *correcto*, esto es, que no se trate de cualquier orden el que se disponga en el proceso, sino de uno que esté fundamentado en razones o valores jurídicos propios de un Estado de Derecho. Desde el punto de vista negativo, el orden consecutivo mira a evitar caer en imprecisiones en la discusión del proceso y garantizando, a su vez, evitar el caer en dilaciones indebidas¹⁵.

La doctrina¹⁶ nos refiere que la idea de preclusión procesal fue contemporáneamente elaborada por Von Bülow, en su obra "*Civilprozessualische Fiktionem und Warheiten*" (1879), en el que se analizan ciertos casos preclusivos, siendo posteriormente desarrollada y

¹² Díez Picazo, Luis, *El poder de acusar*, Madrid, Ariel, 2000, 45.

¹³ Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, III*. Madrid, Depablos, 276.

¹⁴ El cumplimiento de los lapsos procesales como una circunstancia de estricto orden público ha sido señalado abundantemente como *jurisdatio* por nuestra Sala Constitucional. Muestra de ello su Sentencia 1461 del 27-7-06, "...la Corte...al admitir...vulneró...la improrrogabilidad de los lapsos procesales que determina su oportunidad legal y, con ello, el derecho a la defensa y al debido proceso. Cabe resaltar que lo contrario sería consentir la negligencia de la parte...al no interponer...en tiempo oportuno y lugar debido, así como el relajamiento del lapso de...previsto en la norma procesal penal adjetiva y el desconocimiento de las reglas"... (www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1461-270706-04-2829.htm)

¹⁵ Chiovenda, 278.

¹⁶ *Ibíd.*, 298.

sistematizada por la teoría italiana, muy particularmente, por D'Onofrio y Chiovenda, quienes le han dado la fisonomía a la figura que actualmente reconocemos como tal. Es a este último que se debe su nombre, el que fue tomado de las fuentes de la "*poena preclusi*" del *lus Commune*.

Así, la preclusión es *pro parte*, es decir, cercena o extingue las facultades procesales de las partes del proceso: demandante, demandado, tercerista, querellante, acusado, recurrente, etc. Con respecto a la posibilidad de una preclusión *pro iudicato*, se entiende que, por ejemplo, los plazos, no están puestos de manera extintiva contra los jueces. Sin embargo, dada la posibilidad de afectación de parte de los jueces a los valores protegidos por el Derecho, se han establecido situaciones preclusivas dirigidas a las potestades jurisdiccionales de los jueces. Esta a su vez puede ser refleja o directa¹⁷.

Por otra parte, se han identificado dos tipos de preclusiones: una absoluta y otra relativa. La absoluta opera extinguiendo la opción de ejecutar un acto para toda y cualesquier situación que se dé dentro de un proceso; siendo que la relativa, en cambio, sólo opera en determinados momentos, entregando al Derecho la opción de volver o continuar con el acto en otra oportunidad procesal del mismo proceso¹⁸.

Asimismo, tres son los supuestos de la preclusión:

- **Preclusión por inoportunidad:** El acto se realiza fuera del *plazo* o *término* establecido; siendo que en el caso de los *plazos*, ellos producen una preclusión automática; en cambio, los *términos legales* y *judiciales*, requieren un especial acto de constitución de la preclusión;
- **Preclusión por incompatibilidad:** Un acto se produce junto con otro, pero ambos no pueden ser sostenidos al mismo tiempo. Por ejemplo, cuando se presenta una

¹⁷ *Ibíd.*, 312.

¹⁸ Diccionario Jurídico Venezolano. Entrada, "*Preclusión*". Caracas. Por su parte, el colombiano Azula Camacho, Jaime, en su *Manual de Derecho Probatorio* (Bogotá, Temis, 1998, 6) señala que "...*Preclusión*, Significa que el medio probatorio y las distintas etapas que lo integran, como la proposición o petición, ordenación o decreto y práctica, se surtan en la oportunidad señalada por el respectivo ordenamiento procesal".

revocación¹⁹ y una apelación²⁰ al mismo tiempo y ambos recursos son interpuestos de manera simplemente conjunta, atacando a la vez el mismo acto. Para algunos el problema es uno estrictamente lógico, mientras que para otros se trata de una cuestión pragmático-lógica. Para el único efecto de evitar la incompatibilidad, el Derecho presenta el instrumento de la cláusula en *subsidio* o de eventualidad que establece una priorización de análisis en los recursos o instrumentos usados, como por ejemplo, la apelación subsidiaria a la revocación contemplada en el 607 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes²¹, en el llamado *Sistema de Responsabilidad del Adolescente*:

"El recurso de revocación procederá solamente contra los autos de sustanciación y de mero trámite, a fin de que el mismo tribunal que los dictó, examine nuevamente la cuestión y dicte la decisión que corresponda. En las audiencias orales este recurso será resuelto de inmediato. En los casos restantes se interpondrá por escrito dentro de los tres días siguientes al auto y se resolverá dentro de los tres siguientes. La decisión que recaiga será ejecutada salvo que el recurso haya sido interpuesto conjuntamente con el de apelación subsidiaria, cuando sea admisible".

- **Preclusión por consumición:** se refiere a que si alguien ha usado de un instrumento o recurso, entonces éste se entiende extinguido. Por ejemplo, si el actor apela en contra de la sentencia definitiva, entonces éste no podrá volver a apelar en contra de la misma.

c) La preclusividad probatoria en el procedimiento ordinario penal venezolano como sustento teórico del análisis de pruebas de oficio en el juicio.

Sobre la anterior conceptualización doctrinaria sobre la preclusión, y atendiendo a la posibilidad normativa conforme a la norma que analizamos -el 342 del COPP- que en el propio juicio, excepcionalmente, el juez de juicio puede ofrecer pruebas, que es relevante la pregunta. De allí que el Ministerio Público, en el procedimiento ordinario para reprimir la comisión de delitos de acción pública, *en principio*, tendría una sola oportunidad de ofrecimiento probatorio, con la acusación:

¹⁹ **436 del COPP.** *"El recurso de revocación procederá solamente contra los autos de mera sustanciación, a fin de que el tribunal que los dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la decisión que corresponda".*

²⁰ El COPP establece una (439 y siguientes) frente a los autos con trascendencia aflictiva ("*Gravamen irreparable*"); y también el recurso de apelación contra las sentencias de condena, absolución y de sobreseimiento (443 y siguientes).

²¹ Las citas de dicha Ley corresponden a su publicación en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.859 del 10-12-07.

"Artículo 308. Cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado o imputada, presentará la acusación ante el tribunal de control. La acusación debe contener:(...)5. El ofrecimiento de los medios de prueba que se presentarán en el juicio, con indicación de su pertinencia o necesidad"....

Al respecto, vale decir que la promoción de pruebas está sujeta al cumplimiento de condiciones de orden intrínseco y extrínseco, siendo que las primeras se refieren a los requisitos que debe satisfacer cualquier acto procesal esto es *legitimación del peticionario, capacidad y competencia* del funcionario ante quien se efectúa el acto²². Las segundas se relacionan con las condiciones de modo, tiempo y lugar y versan sobre las formas escritas u orales, el principio de concentración o de período limitado, la oportunidad y la preclusión de los lapsos.

De allí que, garantizado el funcionamiento de una jurisdicción penal autónoma y especializada tendente a la protección de que a ninguna de las partes le quede vulnerado su acceso a la justicia en los términos previstos en la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, dicha ley debe estar basada en los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad e imparcialidad y rectoría del juez o jueza en el proceso²³.

Es por la esencia de toda la anterior base normativa, jurisprudencial y doctrinaria que nos resultó interesante para abordar, el tema de la eventualidad final de pruebas de oficio en pleno juicio oral acusatorio. Por ello, pretendemos esclarecer las dudas planteadas sobre la siguiente orientación metodológica de hipótesis:

C) Las interrogantes que condicionan la hipótesis de la investigación.

En atención a los fundamentos antes expuestos, se formulan las siguientes interrogantes, que se pretenden resolver en el trabajo:

- ¿Cuáles son los principios probatorios que rigen el proceso Penal venezolano?

²² Rengel-Romberg, Aristides, *Tratado de Derecho procesal civil venezolano según el nuevo Código de 1987. II*. Caracas, Capriles, 2003, 234.

²³ O por lo menos dicha Ley no puede vulnerar tales características de la tutela judicial, impuestas por el 26 Constitucional.

- Atendiendo a tales principios, ¿Serán las *pruebas de oficio* frente a un *hecho nuevo*, en pleno juicio, una excepción a tales principios probatorios?
- ¿Cuáles son las propuestas formuladas por la doctrina y jurisprudencia internacional en relación con una eventual prueba de oficio, por el conocimiento de un hecho nuevo en el juicio oral?
- ¿Constituye las pruebas de oficio una herramienta para el proceso o por el contrario atentan contra el derecho a la defensa de las partes?
- ¿Las nuevas pruebas de oficio violan en principio de imparcialidad en el actual proceso acusatorio venezolano?

b) El Objetivo General.-

Determinar si la oportunidad procesal para la promoción de las nuevas pruebas de oficio, son vicios que afirman un retroceso al sistema inquisitivo, por la violación del principio de imparcialidad, por parte del Juez, al aceptar la práctica de nuevas pruebas en un proceso esencialmente acusatorio.

c) Objetivos Específicos.

- Conocer los principios probatorios que rigen *los momentos de la prueba* en el proceso Penal venezolano;
- Indicar cuáles son esas oportunidades para la promoción probatoria en el proceso penal venezolano de acuerdo a lo que establece la ley y la jurisprudencia patria imperante;
- Establecer si hay *oportunidades probatorias* o más bien, *excepciones coyunturales* para promociones ulteriores de la prueba.
- Señalar propuestas formuladas por la doctrina en relación a los momentos de la prueba en materia procesal Penal.

➤ Determinar si la oportunidad prevista en la ley para la promoción de las pruebas constituye una herramienta para el proceso o por el contrario atenta contra el derecho a la defensa de las partes.

d) La Justificación.-

Creemos que la importancia de esta investigación radica en la oportunidad cierta para abordar, analizar y aportar ideas en referencia a los *momentos probatorios* en el proceso penal venezolano; ello para verificar si frente a tales momentos probatorios, realmente se alcanza una verdadera tutela judicial efectiva, como consecuencia de un proceso que se pretende como un instrumento fundamental de la realización de la justicia, tal y como lo preconiza la Carta Magna, en su Artículo 257.

II. La excepcionalidad de las pruebas de oficio en el juicio penal, y la teoría probatoria.

Vital es referirse entonces tanto a los llamados *sistemas probatorios* para encontrar en ellos la diferenciación entre *adquisición*²⁴ y *apreciación* probatoria; así como también auscultar la relación de constitucionalidad o inconstitucionalidad de tal excepcionalidad probatoria oficiosa, o su contradicción con otras previsiones legales sobre las pruebas.

a) Los "*sistemas probatorios*".-

En la edad contemporánea, en materia de apreciación probatoria en el juicio, se han venido estructurando ciertos parámetros básicos. El apotegma fundamental, obviamente, es que *el Juez debe apreciar las pruebas que las partes han aportado en sustento de sus pretensiones*. Es decir, el juez debe realizar un juicio de valor²⁵ y determinar *qué eficacia tienen las pruebas producidas* en el proceso. Y para ello, debe seguir *un sistema*.

De allí que, los sistemas para la apreciación de la prueba, que la doctrina reconoce, son fundamentalmente: (a) el de las *pruebas legales*²⁶; (b) el de la *sana crítica*²⁷, y (c) el de la *libre convicción*²⁸, acerca del cual la doctrina discute si es un sistema autónomo o si por el contrario se lo debe identificar con el de la "*sana crítica*". Veamos:

²⁴ "...todo lo que tenga significación probatoria que ingrese al proceso, así no se incorpore como productos de las pruebas ofrecidas por los sujetos procesales, el juez lo puede valorar, siempre que las partes hayan controlado o podido controlar la incorporación del hecho, y siempre que exista oportunidad o posibilidad en la causa de contradecir lo que el hecho arroja"... (Jesús Eduardo Cabrera Romero, "El Principio de Adquisición Procesal", 54, en la *Revista de Derecho Probatorio* 15, Caracas, Homero, 2009, 463.)

²⁵ Como lo exige el 13 del COPP ("**Finalidad del Proceso**"), "*El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, y a esta finalidad deberá atenerse el juez o jueza al adoptar su decisión*".

²⁶ Vigente en el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, vigente hasta mediados de 1999. Su 244 establecía, "*En el enjuiciamiento penal, las pruebas podrán apoyarse: 1. En la confesión espontánea del procesado y en las posiciones de las partes acusadora y civil; 2. En la inspección ocular; 3. En documentos públicos o privados; 4. En declaraciones de testigos, facultativos o peritos; 5. En indicios o presunciones.*" (Las menciones a este Código son conforme a su publicación en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 748 del 3-2-1962).

²⁷ Conforme al 22 del COPP, "**Apreciación de las pruebas**", "*Las pruebas se apreciarán por el tribunal según la sana crítica observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia.*"

²⁸ Por su parte, el 22 del COPP que empezó a regir en 1999, rezaba, "**Apreciación de las pruebas**. *Las pruebas se apreciarán por el tribunal según su libre convicción, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia*". Justificando ello, en la **Exposición de Motivos** de dicho Código se afirmaba: "*Como es sabido, el viejo Código de Enjuiciamiento Criminal se basa en el sistema de la prueba legal. El Proyecto prevé que los medios probatorios deberán ser apreciados por el tribunal según su libre convicción, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, descartándose la*

a) **Sistema de las pruebas legales.-**

En este sistema, la Ley indica, por anticipado, el valor o grado de eficacia que tiene cada medio probatorio. El Juez no tiene libertad de apreciación, sino que, ante determinada prueba le deberá atribuir el valor o eficacia que indica la ley. Este sistema también suele ser denominado prueba "tasadas" o "tarifadas"²⁹.

El origen histórico del sistema está en el primitivo derecho germano y predominó en el mundo occidental durante la Edad Media y la Edad Moderna, dando lugar a la formulación de principios rígidos.

b) **El Sistema de la sana crítica.-**

O de la "sana lógica": conforme a este sistema, el Juez tiene *libertad* para apreciar el valor o grado de eficacia de las pruebas producidas.

La sana crítica según la doctrina y la jurisprudencia patria.

Hugo Alsina afirma que *"Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio"*³⁰. Por su parte Couture definió las reglas de la sana crítica como *..."las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con*

apreciación arbitraria, pues, el tribunal deberá hacer un juicio libre pero razonado, estimando lógicamente cada una de las pruebas practicadas. Este principio está estrechamente relacionado con el de inmediación, ya que es evidente que sólo el juez que haya presenciado la práctica de las pruebas en audiencia pública estará en condiciones de formar libremente su convicción y valorar con acierto el resultado de la actividad probatoria.".... (Las citas que se hacen de dicha Exposición de Motivos provienen de su transcripción en la página web de la "Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición, http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-text-ccp.html).

²⁹ 247 del extinto Código de Enjuiciamiento Criminal venezolano: *"La confesión hecha por el procesado ante el Tribunal en el sumario, antes o después del auto de detención, o en el plenario, hará prueba contra el, siempre que concurran las circunstancias siguientes: 1°. Que se haya rendido libremente y sin juramento; 2°. Que el cuerpo del delito este plenamente comprobado. 3°. Que haya además en los autos algún indicio o presunción, por lo menos, contra el procesado. Si en los autos existiese el elemento probatorio a que se refiere el ordinal 3°, la confesión solo podrá ser apreciada como un indicio más o menos grave contra el confesante; y si no están cumplidos los requisitos de los ordinales 1° y 2°, no podrá dársele valor alguno, ni aun como indicio. Al procesado podrá admitírsele prueba contra su propia confesión y, siendo plena, la destruirá. Cuando la confesión fuere calificada, el Juez debe compararla con todas las demás pruebas"...*

³⁰ Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, I. Buenos Aires, Ediar, 127.

relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia"³¹.

La jurisprudencia de la Casación Penal venezolana interpreta a la *sana crítica* como un problema de manifestación en la sentencia del origen del convencimiento decisorio, más que de la forma como se llega a tal convencimiento, ya que la sana crítica es...

*"...la valoración racional y lógica, según el cual el juzgador debe expresar razonadamente el por qué llega a determinado convencimiento. Para controlar esa racionalidad y esa coherencia es necesario que el juzgador se ajuste a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos, es por eso que tiene la obligación de exteriorizar el razonamiento probatorio empleado plasmándolo en el texto de la sentencia. Sólo así se logra demostrar la libertad de ponderación de la prueba que ha sido utilizada, y si ésta se utilizó en la forma correcta y ponderada"... (Sentencia Nº 390 del 6/08/09)*³²

De allí, entonces, que las reglas de la sana crítica configuran una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción: sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba³³. Respecto de la relación entre la sana crítica y la lógica, Couture hace ver que las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica. Pero -agrega- es evidente que la corrección lógica no basta para convalidar la sentencia. La elaboración del juez puede ser correcta en su sentido lógico formal y la sentencia ser errónea. Igual importancia asigna a los principios de la lógica y a las reglas de la experiencia en la tarea de valoración de la prueba ya que el juez no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas; y aun frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna

³¹ Couture, Eduardo, *Vocabulario Jurídico*, Montevideo, 1960; Entrada, "Sana crítica".

³² <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/agosto/390-6809-2009-c08-389.html>.

³³ Couture destaca la diferencia entre la sana crítica y la libre convicción, pues este último es "aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos" (*Ibidem*).

muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar. Lo anterior lo lleva a concluir que es necesario considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya³⁴.

Imposible en este aspecto es dejar de citar al alemán Friedrich Stein, en su famosa obra *El conocimiento privado del juez* (traducción de Andrés de la Oliva Santos, Bogotá, Temis), a quien se debe la introducción en el derecho procesal del concepto "*máximas de experiencia*" como "*...definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos*"³⁵

En lo que atañe a dichas máximas de experiencia, Calamandrei, por su parte, las define como aquellas "*...extraídas de su patrimonio intelectual (del juez) y de la conciencia pública...*" y destaca su utilidad pues "*las máximas de experiencia poseídas por él, por lo general, le servirán de premisa mayor para sus silogismos (por ejemplo, la máxima de que la edad avanzada produce en general un debilitamiento de la memoria, le hará considerar en concreto la deposición de un testigo viejo menos digna de crédito que la de un testigo todavía joven)*..."³⁶

Empero, cualquiera que sea el concepto que se dé sobre las máximas de la experiencia, es posible encontrar ciertos elementos que les son comunes y tales son:

1° Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico;

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Stein, 27.

³⁶ Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil* (Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1961), 381.

2° Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica;

3° No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos;

4° Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar;

5° Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia³⁷.

Por sus propias características a las máximas de experiencia no les rige la prohibición común de no admitir otros hechos que los probados en el juicio. La máxima *quod non est in actis non est in mundo* no es aplicable totalmente a ellas ya que implicaría rechazar juicios o razones que por su generalidad, notoriedad, reiteración y permanencia en el tiempo se tienen generalmente por aceptados por la sociedad³⁸.

Lo cierto es que el concepto mismo de sana crítica se ha ido decantando sustancialmente a través del tiempo, no habiendo hoy en día prácticamente discusión en cuanto a que son dos fundamentalmente los elementos que la componen:

i) la lógica con sus principios de...

- *identidad* (una cosa solo puede ser igual a sí misma);
- de *contradicción* (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí);

³⁷ El Último Aparte del 182 del COPP: "...El tribunal puede prescindir de la prueba cuando ésta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio"...

³⁸ Devis Echandia, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, II. Dike, 1993, 325.

- *de razón suficiente* (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia); y
- del *tercero excluido* (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes)³⁹.

Ahora bien, conforme al citado 22 del COPP, aunado a la lógica y a las máximas de experiencias como instrumentos de la sana crítica, se encuentra el *conocimiento científico*. Pero, algunas orientaciones doctrinales conciben a la *sana crítica* solamente como *obligación de fundamentar la sentencia*⁴⁰.

De manera que el juez llamado a valorar la prueba en conciencia no tiene libertad para valorar, sino que debe atenerse en su labor de sentenciador necesariamente, por lo menos, a los dos primeros referentes. Si no los respeta se abre paso a la arbitrariedad judicial y a la incertidumbre de las partes que son las principales objeciones a este sistema de la sana crítica.

Otro aspecto relevante es que lo que informa o inspira la sana crítica es la racionalidad. La apreciación o persuasión en este sistema debe ser racional, lo que la diferencia totalmente del convencimiento que resulta del sentimentalismo, de la emotividad, de la impresión. Los razonamientos que haga el juez deben encadenarse de tal manera que sus juicios deben ser susceptibles de confrontación con las normas de la razón. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española fundar, en su acepción quinta, significa "*Apoyar con motivo y razones eficaces o con discursos una cosa*". Por su parte, Couture al definir "*Fundamentos de la sentencia*" dice: "*Conjunto de motivos, razones o argumentos de hecho y especialmente de derecho en que se apoya una decisión judicial*"⁴¹.

³⁹ Zerpa, Levis Ignacio, *Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica*, Caracas, TSJ, 2002, 235.

⁴⁰ Dentro de los llamados "**Requisitos de la Sentencia**" descritos en el 346.3 del COPP está, "...La *determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estime acreditados*"....

⁴¹ *Vocabulario...*, Entrada, "*Fundamento de la sentencia*".

Para el gran doctrinario español Juan Montero Aroca, las reglas de la sana crítica son máximas de las experiencias judiciales, en el sentido de que se trata de máximas que deben integrar la experiencia de la vida del juez y que este debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada una de las fuentes-medios de prueba. Y en la parte que ahora nos importa señala: "*Esas máximas no pueden estar codificadas, pero sí han de hacerse constar en la motivación de la sentencia, pues solo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de la declaración de hechos probados*"⁴².

En síntesis, el sistema no autoriza al Juez a valorar arbitrariamente, sino que por el contrario, le exige que determine el valor de las pruebas haciendo *un análisis razonado de ellas*, siguiendo las reglas de la lógica, de lo que le dicta su experiencia, el buen sentido y el entendimiento humano. Y como consecuencia de esto, le exige al Juez que funde sus sentencias y exprese las razones por las cuales concede o no eficacia probatoria a una prueba.

Las diferencias entre el sistema de las "*pruebas legales*" y el de la "*sana crítica*" son claras: en el primero, la valoración de las pruebas es hecha por el legislador en la ley y el Juez carece de libertad para valorar; en el segundo, la valoración la hace el Juez, éste tiene libertad para valorar pero -como hemos visto- con limitaciones.

Ahora bien, llegado a este extremo, es decir habiéndose introducido el análisis de los llamados *sistemas probatorios*, debemos vincular tal análisis con el caso venezolano en donde, excepcionalmente, el 342 del COPP, permite la realización de una prueba oficiosa por el encuentro de un hecho nuevo que se deriva de la evacuación probatoria de las pruebas ofertadas y así admitidas, y contenidas en el auto de apertura a juicio. Creemos importante haber hecho el anterior análisis de los sistemas probatorios porque pudiera tenderse a creer que, por ejemplo, no es excepcional que el juez dentro de un sistema pretendido como acusatorio pueda oficiosamente aportar y así apreciar pruebas, sobre el expediente que, como las reglas de la sana crítica (22 del COPP) le permiten el uso de las llamadas "*máximas de experiencia*" propia, entonces, propia y personalmente el podrá

⁴² La Prueba en el Proceso Civil (Madrid, Civitas), 35.

también aportar pruebas como un correlato del ejercicio de tal experiencia personal. Dicho con otras palabras, el considerar como sinónimo "*máximas de experiencia*" del juez con "*prueba oficiosa*". Esa interpretación, a nuestro entender, resulta inadecuada ya que confunde un sistema apreciativo de la prueba, la *sana crítica*, con un mecanismo de incorporación probatoria en el proceso. Tal mecanismo incorporativo dentro de la llamada *Teoría general del proceso*, no es más que el llamado Principio de *adquisición*⁴³ que se estructura sobre la base de la realización del *silogismo*, en donde el juez asume la llamada "*premisa mayor*", la norma, que conoce y debe aplicar, y las partes aportan no solamente el hecho, sino la prueba de tal hecho, llamada también la "*premisa menor*"⁴⁴. Todo ello a los fines que el juez realice la *subsunción*, es decir la adecuación del Derecho con el hecho aportado y probado por las partes.

En tal sentido pudiera también interpretarse que el sistema inquisitivo, en donde el juez instruye, inquiere, encuentra pruebas y también, el mismo, las aprecia, es consustancial con el método de apreciativo de la prueba de la tarifa legal. Dicha conclusión, a nuestro entender, es inadecuada, ya que la tarifa legal se refiere a un mecanismo *apreciativo* de la prueba, sobre la base de la exactitud determinista como códigos procesales inquisitivos exigen la impretermitible apreciación de un puñado de pruebas que, como una suerte de catalogo de ellas, taxativamente allí se hallan. Esto, a diferencia del sistema de pruebas libres (pautado en el 182 del COPP). En aquellos códigos, como el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, además del "*catalogo probatorio*" -si se me permite la expresión-, también se instruye sobre como apreciar tales pruebas (hacen "*plena prueba*", "*dos testigos hábiles y contestes*", "*un indicio más una experticia*", etc), siendo que las leyes adjetivas con apreciación "*sana-criticistas*" le conceden uso instrumental de apreciación, bien a la *lógica* (Ejemplo: si la madre libremente desea incriminar a su hijo, en una lógica por inclusión, tal dicho otorga una gran fiabilidad), y/o al *conocimiento científico* (no el jurídico sino el que

⁴³ Recalca el 183 del COPP, "*Presupuesto de la apreciación*", que habiéndose ya superado la etapa de la incorporación del medio probatorio, ahora resta el de su producción y/o evacuación probatoria, de la prueba ofertada admitida, ya *adquirida* que forma parte de la llamada "*comunidad de pruebas*", evacuación ésta para la que la norma impone que "...*Para que las pruebas puedan ser apreciadas por el tribunal, su práctica debe efectuarse con estricta observancia de las disposiciones establecidas en este Código*"...

⁴⁴ Zerpa, 84.

aprecia que, por ejemplo, un medico con postgrado en psiquiatría forense sabrá más de cleptomanía que un psicólogo recién graduado) y/o a las *máximas de experiencia* (Ejemplo: un disparo en el tórax afirma un "*animus necandi*", de matar, y no un simple "*animus laedendi*", de lesionar).

Es decir: se puede obtener una prueba oficiosamente -por intervención del juez-, o puede esta derivarse de su natural aporte de las partes, y ello no condiciona el sistema apreciativo de las pruebas, que en uno u otro caso, puede ser por la sana crítica, o por la tarifa legal o por la libre convicción, ya que *aquella* actividad fue de aporte probatorio, y *esta*, muy distinta, es de apreciación probatoria. Ahora bien, es elocuente que el acoger la posibilidad de apreciar las pruebas aportadas por el propio sujeto que la incorporó, conduce a una franca situación de injusticia, toda vez que por obvia consideración de psicología humana, se tiende a darle mayor valor al esfuerzo propio, que al esfuerzo de otro. Y así, sin abordar siquiera consideraciones de carácter constitucional, o sin mayor énfasis doctrinario-normativo-jurisprudencial, sino como asunción de simple lógica, la previsión del 342 del COPP que permite la realización de actividad probatoria de parte del juez de juicio, aun siendo ella excepcional, es un desencuentro con la razón.

c) Necesidad probatoria y prueba de oficio.

Algún doctrinario afirmaba que la prueba siempre ha sido el vehículo con el que han contado los funcionarios judiciales para llevar a reconocer derechos, lo cual es otra manera de decir que la prueba penal y su apreciación es importante al interior del proceso, pues es precisamente a través de los elementos de juicio con los cuales se acredita o se verifica un hecho o una afirmación objeto de investigación. Así, es obvio entender que, sin probanzas, no se podrá hablar de los elementos constitutivos de la conducta punible y, menos, aplicar cualquier esquema del delito. La Casación Penal venezolana ha establecido a la prueba como razón de ser del proceso:

"...la prueba es el eje en torno al cual se desarrolla todo proceso y su producción, evacuación y valoración debe ser la razón de ser del mismo. En materia penal la prueba está dirigida esencialmente a corroborar la inocencia o a establecer la culpabilidad del o los procesados"... (Sentencia 382 del 23/10/03)⁴⁵

La prueba es la acción y el efecto de probar y probar es a su vez demostrar de una manera u otra un hecho o la verdad de una afirmación. La prueba o la actividad probatoria se relacionan con el derecho que detentan las partes a presentar los medios que guarden relación con los elementos de convicción o alegaciones que formulen a fin de que el juez de la causa logre tener certeza sobre la veracidad de los mismos. Según Jeremías Bentham se puede entender por prueba un hecho que se da por supuesto como verdadero y que se considera como debiendo de servir como motivo de credibilidad acerca de la existencia o no de otro hecho⁴⁶.

Carnelutti, por su parte, señalaba que la prueba de una operación se hace mediante otra operación de prueba, así, la prueba de la afirmación acerca de la existencia de un hecho, se hace mediante el conocimiento del hecho mismo, el conocimiento no es la prueba, pero da la prueba de la afirmación.

Según Couture, la prueba es un método de averiguación y un método de comprobación, es decir, es la comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio⁴⁷. Para Guasp, la prueba es el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al Juez de la existencia o inexistencias de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo⁴⁸.

De acuerdo a Devis Echandía⁴⁹, la prueba judicial es todo motivo o razón aportada al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley, para llevarle al Juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos. De igual forma, para Joan Picó I Junoy, el derecho a probar es aquel que posee el litigante, consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el

⁴⁵ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/octubre/382-231003-c030226.htm>.

⁴⁶ *Teoría de las ficciones*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 87.

⁴⁷ Obra mencionada, 45.

⁴⁸ *La pretensión procesal*, Barcelona (España), 1999, 70.

⁴⁹ Devis, 89.

proceso. Luego se trata del hecho subjetivo a proponer y materializar los medios de prueba tendientes a formar la convicción judicial, el cual encuentra ubicación en el Artículo 24.2 de la Constitución Española donde señala: “*Así mismo todos tiene derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa*”⁵⁰

Para Taruffo es el derecho de parte de emplear toda la prueba de dispone con el fin de demostrar la verdad de los hechos en que se fundamente su pretensión⁵¹.

Personalmente asumimos que, en el proceso penal, el probar en juicio se trata de un derecho-deber que se ubica de manera directa en la Garantía al debido proceso, de origen constitucional, al ser exigido en el 49.2 de la CRBV que la desvirtuación de la natural condición de inocente de la persona, solo se hace es a través de un quehacer probatorio de parte del titular de la acción penal, el que -conforme con el 285 *eiusdem*- es el Ministerio Público. Pero también el quehacer probatorio es un derecho que se pone a disposición del defendible, como previsión constitucional, toda vez que el propio 49.1 de la Constitución le concede a toda persona el...

"...acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa"...

Es decir, que la actividad probatoria de las partes en el proceso penal venezolano, conforme al citado Numeral 1 del Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es en el caso del titular de la acción penal, el resultado natural de una investigación que se deriva de un *cargo*, una imputación, conocida por el defendible. Y por otra parte, las llamadas *pruebas de descargo*, son también el correlativo natural -como derecho y no como deber-, de quien, conocido el cargo y pruebas en su contra, asume una actividad probatoria, "*para ejercer su defensa*". En otras palabras, de acuerdo a la citada norma constitucional, *la carga de la prueba* en el proceso penal de nuestro país son el reflejo de una actividad contradictoria de partes y no un deber de un sujeto procesal como el juez, que no ostenta pretensiones, sino la dirección de un proceso con miras a dejar sentado en una sentencia el resultado de la eficiencia o ineficiencia de la actuación probatoria para

⁵⁰ *La prueba de reconocimiento judicial*, Barcelona (España), Bosch, 2012, 86 (Cita de la Constitución Española del referido autor).

⁵¹ *La prueba de los hechos*, Madrid, 2005, 34.

sustentar una tesis, de parte de los contendientes en la *litis*. El limitarse a ello es cumplir la tan exigida tutela judicial efectiva (26 CRBV), ya que las partes tanto en sede judicial como administrativa, utilizan y proponen todos los medios de prueba legales y lícitos, lo que conlleva, a su vez, el derecho de cuestionar anticipadamente su admisibilidad y/o materialización, para que sus resultados permitan alegar las fuentes o los hechos demostrativos de la ocurrencia o no de los mismos, así como la verdad o no de las afirmaciones o negaciones que sean objeto de la pretensión o excepción, con el fin de crear convicción judicial o administrativa, esto es, *crear prueba*.

Obviamente, se trata de un concepto complejo, pues el derecho a la prueba judicial no se limita a la sola aportación o proposición de los medios, sino que involucra otros aspectos. Como lo señala el español Manuel Miranda Estrampes, en su ya clásica obra, *La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal*, 16, "*Uno de los primeros errores que se cometen al abordar el estudio de la prueba en el proceso es tratar de analizar el fenómeno probatorio como si fuera exclusivo del Derecho Procesal*"..., toda vez que la prueba es, ante todo, una actividad del ser humano que trasciende el campo del Derecho. Pero, ciertamente, lo característico de la prueba jurídica es que en ella los procedimientos, mecanismos y medios se realizan en el seno de un proceso y vienen determinado y regulado por leyes.

Es más, el tantas veces citado, pero usualmente no valorado, Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional inclusive establece el efecto de el uso que el incumplimiento de las previsiones constitucionales en materia de pruebas puede acarrear...

"...Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso"...

Tal efecto es bastante trascendente, porque si aceptamos que la conjunción interpretativa de los Números 1 y 2 del 49, con el 285, todos de la Constitución, conlleva que es el fiscal quien, frente al hecho punible, el que debe "*...hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores*"...; y es el defendible quien accederá a las pruebas como "*medios adecuados para ejercer su defensa*", entonces, la probanza oficiosa del juez de juicio, aun excepcional, como lo contempla el 342 del COPP, resulta un claro menoscabo al debido proceso y por ende tales

pruebas ser nulas, porque fueron obtenidas y peor aun apreciadas, por la misma persona, el juez, dejándose de lado la orientación de contradicción probatoria, que es lo que propiamente debe ser concebido como el debate probatorio.

Empero, volvamos a la redacción del analizado 342 del COPP:

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

Nótese entonces que la orientación de análisis que suele hacerse frente a esta norma es la posibilidad que el llamado "*hecho nuevo*" que podrá conducir a la oficiosidad probatoria, es un nuevo hecho como por ejemplo, otro ilícito que vulnera el mismo bien jurídico protegido por el tipo y vinculado al mismo hecho que se acusó por ilícito distinto (Ejemplos: se aperturó el juicio por estafa y el hecho nuevo es que fue un hurto; se incorporó al juicio como hecho el abuso sexual sin penetración y resulta como hecho demostrado por las pruebas ofertadas, que hubo penetración, etc); o la revelación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no conocida hasta ahora (Ejemplos: la alevosía; o que el autor del hecho tenía 18 años cuando lo cometió habiéndose acusado que realizó el hecho teniendo 21 años, -lo que incide, obviamente, en su penalidad, conforme al 74.1 del Código Penal⁵²;- etc).

Pero, imaginémonos, que el tal hecho nuevo que surge del previo quehacer probatorio pero que aun no está suficientemente probado, sea un nuevo hecho "*in bonam partem*", es decir, uno que favorezca al acusado, como por ejemplo, una causa de justificación, una causa de exclusión de la culpabilidad, una causa de atipicidad, la inexistencia de una condición objetiva de punibilidad, o simplemente una circunstancia procesal, como la extinción de la acción penal. Ante ello, la pregunta salta al rompe: ¿En ese caso, entonces, cuando el nuevo hecho si favorece al acusado, se tolera al juez que asuma oficiosamente el quehacer probatorio en aras de, por ejemplo, la adopción del *In Dubio Pro Reo*, conforme al 24

⁵² Conforme al Código Penal publicado en la *Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.763 del 16-3-05.

Constitucional, atendiendo su Aparte, "*Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo*"...?

Es importante recordar que el principio del *In dubio pro reo* ha de ser interpretado frente al procesamiento penal en el sentido que toda duda debe resolverse en favor del reo, como regla del Derecho Penal que obliga al juez a absolver al acusado en caso de duda, esto es cuando, como en el derecho anglosajón, hay "*duda razonable*", pero ello se hace...previo el examen de las pruebas. El sistema penal consagra el *in dubio pro reo* como garantía de la presunción de inocencia del inculcado, basado más en el derecho probatorio y en la interpretación de la ley. Según dicho principio, el juez está obligado a absolver al reo cuando del examen de las pruebas deduce que hay duda razonable más allá de ese razonamiento o juicio.

De allí que hay carencia probatoria cuando las pruebas practicadas han sido insuficientes, porque no han producido el resultado probatorio pretendido, por lo que, ante un estado de duda o de insuficiencia probatoria, el juzgador debe abstenerse de pronunciarse en un sentido condenatorio porque carece de los medios probatorios necesarios para fundamentar tal pronunciamiento. Y si por tal carencia no dicta sentencia infringiría la obligación impuesta en el Artículo 6 del Código Orgánico Procesal Penal.

Por otra parte, la presunción de inocencia, recogida en el Numeral 2 del Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, además de en los diversos textos internacionales sobre derechos humanos, constituye en el proceso penal la regla básica sobre la carga de la prueba, por lo que la presunción de inocencia opera en el juicio penal imponiendo al acusador la carga de probar la perpetración del hecho delictivo por parte del acusado, y siendo a dicho acusador a quien incumbe la aportación de -como lo señala el español J. A. De Vega Ruiz en su *La presunción de inocencia*, 97- las "*...pruebas destructivas de esa prístina inocencia*"⁵³.

De allí que la acusación ha de destruir la presunción de inocencia mediante la prueba del hecho delictivo y su autoría, mediante prueba suficiente (la denominada "*mínima actividad*

⁵³ En *Justicia: Revista de Derecho procesal*. Barcelona (España), Bosch, 1981. 267.

probatoria”), legítima, racional, esto último porque debe amoldarse a las exigencias impuestas por el sentido común y conforme al Artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, por las enseñanzas de la experiencia y de la lógica simple, porque, definitivamente, **el acusado no ha de probar su propia inocencia**. Así, si la presunción *iuris tantum* de inocencia ha de ser destruida por el acusador, aportando a tal fin la prueba precisa para ello, se deriva como consecuencia lógica de todo esto que el acusado no está gravado con la carga de tener que probar su propia inocencia. Si no se mantuviese tal afirmación, y si el acusado no tuviera otro remedio que probar el hecho negativo de que él no es responsable del delito al mismo imputado, se produciría una situación de manifiesta e inaceptable injusticia (*probatio diabolica*).

Por tanto, no es el acusado quien ha de probar su propia inocencia, sino el acusador quien ha de probar la culpabilidad del acusado. Como lo dijo la Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 182/1989, del 3-11 (ponencia del gran jurista Gimeno Sendra) “...no se puede exigir constitucionalmente al acusado una *probatio diabolica* de los hechos negativos”⁵⁴.

Si el acusador no prueba la culpabilidad del acusado, la presunción de inocencia cobra su verdadera fuerza y se consolida, no cabiendo otra opción que la de absolver al acusado, que entonces es declarado inocente, porque el acusador no debe olvidar que a él le corresponde la aportación de pruebas de cargo en condiciones que garanticen el derecho a la defensa a contradecirlas y que *la falta de las mismas determina la plena efectividad de la presunción de inocencia* que consagra el Artículo 49 en su Numeral 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La efectividad de la presunción de inocencia supone la absolución del acusado porque teniendo el acusador la asunción de la carga de la prueba incriminatoria, en los supuestos en que ésta no es válidamente ejercida *la única solución constitucionalmente posible es la absolución del acusado*. En resumen, que quien afirme la culpabilidad ha de demostrarla y es a la acusación a quien corresponde suministrar la prueba de la culpa del ciudadano

⁵⁴ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España son extractadas de su propia página web, ésta en <http://www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=15719>.

presumido inocente; *no demostrándose la culpa, procede la absolución aunque tampoco se haya demostrado claramente la inocencia*, pues es el acusador quien tiene que probar los hechos y la culpabilidad del acusado y no es éste quien tiene que probar su inocencia.

Cuando no se ha logrado reunir una prueba de cargo que sea bastante para destruir la presunción de inocencia, es inaceptable invertir la carga de la prueba, derivando hacia el acusado la carga de probar su propia inocencia o de su no culpabilidad. Esto significaría implantar una presunción de culpabilidad en sustitución de la presunción de inocencia, con vulneración del derecho fundamental consagrado en el citado Artículo 49.2 de la Constitución. Y como lo estableció el Tribunal Constitucional Español en su Sentencia N° 419/1990, del 28-11...

*"...la presunción de inocencia es totalmente incompatible y excluye por completo las ideas de sospecha, de inversión de la carga de la prueba o del llamado versari in re illicita"...*⁵⁵,

ya que toda resolución sancionadora requiere a la par, certeza de los hechos imputados obtenida mediante pruebas de cargo, de certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos.

Ahora, con la constitucionalización de la presunción de inocencia, el principio *in dubio pro reo* ha venido funcionando como regla básica sobre la carga de la prueba: la acusación tiene la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión, porque si no realiza tal prueba, y existen dudas razonables sobre alguno de tales hechos, procede la absolución del acusado, por lo que el principio *in dubio pro reo*, aplicable en el proceso penal, es una regla de juicio que indica al juez el contenido de la sentencia para los supuestos de hecho incierto; dictar la libre absolución cuando exista duda sobre la culpabilidad es posible porque se ha utilizado una regla de juicio.

Y es que no hay un principio de *in dubio contra reum* ya que la presunción de inocencia exige que se haya producido una *mínima actividad probatoria*, que tal prueba sea legal y que *hay sido racionalmente valorada*, y si no concurren tales requisitos (prueba suficiente, legal y racional) no podrá decirse que haya prueba: *no habrá culpabilidad, sino solo una presunción*

⁵⁵ <http://www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia/Pages/Sentencia>.

de culpabilidad, y esa presunción si no es valedera para una sentencia condenatoria. En consecuencia, como lo afirma el español Climent Duran en su valiosa *La prueba penal*, I (Valencia, España; Tirant, 2005, 727)...

"...se producirá una tensión dialéctica entre una presunción de culpabilidad y una presunción de inocencia, lo que obliga a inclinarse por esta última en beneficio del acusado"

Así se ha considerado en fallos de la Sala de Casación Penal de nuestro Máximo Tribunal, como la Sentencia N° 402 del 2-11-04...

"...todo lo atinente al debido proceso está estrictamente relacionado con la actividad probatoria y los jueces deben acatar todas las pruebas pertinentes y eficaces para lograr tal fin(...)en este caso se evidencia la existencia de una duda razonable sobre la culpabilidad del mencionado imputado: por ende se violó el precepto constitucional... ya que se trasladó al imputado y a su Defensa la carga de probar que es inocente, cuando es al Estado, a través del Fiscal del Ministerio Público, al que le corresponde probar que es culpable y de acuerdo con el principio del debido proceso. Por ello, lo ajustado a Derecho es absolver"...⁵⁶

Ahora bien, parafraseando la anterior sentencia, insistimos, qué sucedería si en el juicio la duda razonable "*no se evidencia*" sino que *se puede derivar* porque está surgiendo, está *anunciada* -por así decirlo- por un hecho nuevo, no completamente probado, cuyos caracteres básicos se perciben casi someramente después del básico quehacer probatorio, por lo cual, para dejar de ser difuminado, requiere de ser probado tal hecho nuevo. Así, arriba habíamos tomado postura sobre que si esa nueva circunstancia, por el contrario, fuere una que hace re-incriminar al imputado, sobre la base del mismo hecho, es inconstitucional que el juez asuma iniciativa probatoria para demostrar el nuevo hecho por el que se condenaría al acusado, ello por el carácter contradictorio del sistema acusatorio. Pero, repetimos, ¿si la nueva circunstancia fuera favorecedora al reo, y hay ausencia de iniciativa probatoria de las partes para sustentar esa tesis? Frente a tal pregunta obviamente debería mantenerse el mismo tipo de respuesta: el juez viola el debido proceso cuando asume quehaceres probatorios que niegan el carácter contradictorio a nivel probatorio del proceso penal, siendo que se cuenta con medios procesales que pueden solventar tal situación evitando la oficiosidad probatoria siquiera para hacer reiterar la condición de inocente del enjuiciado, como lo es el *Recurso de revisión* procesal penal, por lo menos, conforme a los cuatro (4) primeros numerales del 462 del COPP. Ello entonces, conduciría a que en un nuevo

⁵⁶ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/noviembre/402-021104-c030470.htm> .

procedimiento que se reaperture, una vez condenado el acusado a favor del cual el juez de juicio oficiosamente no pudo -por impedimento constitucional- probarle su no culpabilidad (digamos por inacción o ineficiencia profesional de su defensa), se propiciare su exculpación⁵⁷.

Pero este curso de acción, evidentemente, es de un preclaro simplismo de interpretación constitucional, además de ser francamente injusto. Para ello, permítasenos transcribir el citado 462 del COPP, en sus primeros cuatro numerales:

"La revisión procederá contra la sentencia firme, en todo tiempo y únicamente a favor del imputado o imputada, en los casos siguientes: 1. Cuando en virtud de sentencias contradictorias estén sufriendo condena dos o más personas por un mismo delito, que no pudo ser cometido más que por una sola. 2. Cuando la sentencia dio por probado el homicidio de una persona cuya existencia posterior a la época de su presunta muerte resulte demostrada plenamente. 3. Cuando la prueba en que se basó la condena resulta falsa. 4. Cuando con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurra o se descubra algún hecho o aparezca algún documento desconocido durante el proceso, que sean de tal naturaleza que hagan evidente que el hecho no existió o que el imputado o imputada no lo cometió"... (omissis)

Tomando en cuenta las anteriores causales de revisión procesal penal, asumamos que en pleno juicio del que después será condenado, se evidencie como hecho nuevo que ya existe una sentencia que condenó a otra persona por el mismo delito acusado, delito éste, *"...que no pudo ser cometido más que por una sola"...*; o que el hecho nuevo que se perfila en juicio pero que aun no está plenamente probado, es que la víctima del homicidio acusado, actualmente -cuando se realiza el juicio- está viva; o que el nuevo hecho que se nombra de la evacuación de las pruebas incorporadas en el auto de apertura a juicio, es la posible existencia de un documento que sea *"...de tal naturaleza que hagan evidente que el hecho no existió o que el imputado o imputada no lo cometió"...* . Y lo que sucede en nuestro hipotético ejemplo es que para probar estas circunstancias evidentemente desincriminantes que conducirían inevitablemente a la absolución o bien al sobreseimiento de la imputación, las partes no han asumido ninguna iniciativa probatoria (por desconocimiento, por ineficiencia, por lenidad, o hasta quizás por la simple consideración -dirían las partes- que ello le corresponderá al juez por disposición del analizado 342 del COPP). Bajo el prisma constitucional arriba expuesto, de probar esos hechos nuevos el juez, tenderían a ser nulas

⁵⁷ Sentencia 365 de la Sala Penal, del 28-3-00, *"...una cosa es apreciar las pruebas según la libre convicción, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencias, y otra cosa muy distinta, es llegar a conclusiones ilógicas por descarte, suposiciones, supersticiones o meras corazonadas"...* (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/marzo/365-280300-c990125.htm>.)

tales pruebas por violentar el contenido acusatorio y por ende contradictorio del proceso penal venezolano. El no hacerlo, obviamente, conduciría a la posibilidad de la revisión procesal penal como procedimiento posterior, toda vez que ha sido una interpretación constante de la Casación Penal Venezolana que a través de los recursos⁵⁸ de apelación de sentencia, o el de casación (que serían los ejercibles ante tal injusta condena), no es posible realizar ejercicio probatorios de los hechos objeto de la sentencia de juicio recurrida. En efecto, los medios probatorios conocidos por el tribunal de juicio cuyo fallo es recurrido, mal pueden ser valorarlos por las cortes de apelaciones ya que es constante la jurisprudencia de la Sala Penal de nuestro Máximo Tribunal instruyendo que dicha posibilidad apreciativa de las pruebas está dirigida al juzgador de la recurrida que, presente en el juicio oral, percibió bajo el auxilio de la inmediación, concentración, continuidad y oralidad, como se presentaron y fueron contradichos por las partes, los medios de prueba que valorados bajo el prisma de la experiencia, la lógica y la ciencia conllevaron una sentencia.

Así el fallo de la Sala Penal, N° 694 del 14-8-01, en el cual se afirma...

"...que la Corte de Apelaciones no es un tribunal...en el que se imputan, prueban y contradicen los hechos y se desarrolle el juicio según el debido proceso. Es un tribunal que conoce del Derecho y de las infracciones cometidas precisamente en el juicio que precedió la sentencia que ante él se apela"⁵⁹...

Entonces, esperar a que frente a una situación como la descrita, la única posibilidad es acudir al ulterior recurso de revisión, a nuestro entender, es francamente injusta y contraria a la instrucción de equidad que se le exige a los órganos jurisdiccionales en la administración de justicia, conforme al 26 Constitucional ("*tutela judicial efectiva*"). Y máxime, si conforme al Artículo 13 del COPP, la "**finalidad del proceso**" es...

"...establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, y a esta finalidad deberá atenerse el juez o jueza al adoptar su decisión"⁶⁰.

⁵⁸ Sentencia del 582 del 10-7-01, de la Sala de Casación Penal del TSJ (Caso: "*Eduardo Steigerwald*"), "...nuestro Código Orgánico Procesal Penal señala taxativamente los recursos existentes en dicho texto legal. Tales recursos son: "RECURSO DE REVOCACIÓN, RECURSO DE APELACIÓN, RECURSO DE CASACIÓN; y RECURSO DE REVISION. De la enumeración anterior se desprende que el 'RECURSO DE NULIDAD' que pretende ejercer la parte querellante como tal es inexistente"... (www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/julio/0582-100701-010251.htm).

⁵⁹ www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/agosto/0694-140801-c001347.htm

De allí que conforme a las exigencia de la anterior garantía procesal, la llamada "*vía jurídica*", la tiene el juez de juicio instruida de la literalidad del 342 del COPP que le permite oficiosamente probar un hecho nuevo; y el contenido de "*justicia*", también estaría presente en la hipótesis, porque francamente es injusto condenar a un no culpable teniéndose pruebas que le reafirman su inocencia, siendo que dichas pruebas no son aportadas por las partes y si por el juez. Pero el tratamiento de desigualdad constitucional⁶¹, en este caso procesal, frente a la circunstancia contraria, aquella por la que alguien sea condenado por un tribunal de juicio sustentado en la prueba producida por el propio juez que apreciándola, condenó al encausado por un hecho nuevo, en principio, no puede estructurarse como de similar entidad a la hipótesis de la absolución. Ello, porque a fin de cuenta había una pretensión de sanción de parte del Ministerio Público y ella se ve ratificada en la sentencia por una calificación quizás nueva, pero basada en el mismo hecho. El caso contrario es cuando el hecho nuevo sea favorecedor del acusado, y él no surgió sino de la propia inefectividad probatoria del titular de la acción penal, el Ministerio Público, el que precisamente con su obligación de probar el *ius puniendi* con su quehacer probatorio, fue de tal carga probatoria que surgió el atisbo de un hecho que podría conducir al relevo de responsabilidad. Nótese que es más injusto para la posición fiscal, que el juez aceptare tal hecho atisbado como una realidad y declarare la absolución o sobreseimiento del acusado, que el ejercer un excepcional quehacer probatorio que conduzca a la verdad material sobre el hecho, ante la ineptitud, incapacidad o desconocimiento de la defensa en promover la prueba de tal circunstancia novedosa, como derecho, más no como deber. El por qué: la defensa no tiene la *obligación* de probar la presunción de inocencia de su defendido, toda vez que su desvirtuación si es un deber del titular de la acción.

⁶⁰ Conforme al profesor de Derecho penal, y procesal penal de la Universidad de Buenos Aires, el doctor Alberto Bovino, "*...el principio material de la averiguación de la verdad, afianzado con el modelo inquisitivo histórico, opera como un principio político estructural del sistema de enjuiciamiento que impide la utilización de mecanismos consensuales o de soluciones alternativas a las sanciones represivas. Según se sostiene, es el carácter público de la pena estatal el que obliga a los órganos de la justicia penal a la búsqueda de la verdad de una manera necesaria*"... ("*Juicio y verdad en el procedimiento penal*", 221, en **Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier**, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, 1008.)

⁶¹ 21 de la CRBV: "*Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia(...)2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva*"...(omissis)

Por otra parte, normativamente, conforme al tantas veces citado 342 del COPP podría haber un hecho nuevo probado oficiosamente por el juez, pero, conforme al 345 *eiusdem*, tal nuevo hecho oficiosamente probado por el juez debe estar incluido, al menos, en la llamada "*ampliación de la acusación*", regulada en el 334 de la Ley Procesal Penal Venezolana⁶². En efecto, establece el citado 345, "**Congruencia entre Sentencia y Acusación**"...

"La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritos en la acusación y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación.

"En la sentencia condenatoria, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de apertura a juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad.

"Pero, el acusado o acusada no puede ser condenado o condenada en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura a juicio, si previamente no fue advertido o advertida, como lo ordena el artículo 333 de este Código⁶³, por el Juez o Jueza sobre la modificación posible de la calificación jurídica".

Así, que por un nuevo hecho o por el mismo hecho inicialmente acusado, en realidad la adopción del hecho nuevo es de la asunción del Ministerio Público como proponente de su pretensión de sanción, lo que, evidentemente no ocurrirá en el caso contrario de parte de la Vindicta Pública, ya que si el hecho nuevo es uno que le releva responsabilidad al acusado, mal podría éste estar contenido en la acusación, a menos que el nuevo hecho no releve totalmente de tal responsabilidad sino que la atenué o disminuye, caso en el cual su incorporación sigue siendo necesaria sobre la base del 345 del COPP, pero en realidad no sería técnicamente una ampliación de tal acusación sino, ciertamente una reducción o disminución de la misma. Frente a ello pudiéramos acotar la máxima de "*quien puede lo mas, puede lo menos*", ("*a maiori ad minus*") en el caso de la atribución fiscal, ya que si la ley le concede la posibilidad de tal ampliación siendo que de las mismas pruebas que ofertó y fueron evacuadas surge un nuevo hecho que disminuye su pretensión de sanción, bien podría disminuir la misma, tanto como la puede ampliar. Allí si se vería de forma clara la casi inentendible categorización del Ministerio Público como "*parte de buena fe*" en un sistema

⁶² *"Durante el debate, y hasta antes de concedérsele la palabra a las partes para que expongan sus conclusiones, el Ministerio Público o el o la querellante podrán ampliar la acusación, mediante la inclusión de un nuevo hecho o circunstancia que no haya sido mencionado y que modifica la calificación jurídica o la pena del hecho objeto del debate. El o la querellante podrá adherirse a la ampliación de la acusación de el o la Fiscal, y éste podrá incorporar los nuevos elementos a la ampliación de su acusación"... (omissis).*

⁶³ *"Si en el curso de la audiencia el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes, podrá advertir al acusado o acusada sobre esa posibilidad, para que prepare su defensa. A todo evento, esta advertencia deberá ser hecha por el Juez o Jueza inmediatamente después de terminada la recepción de pruebas, si antes no lo hubiere hecho. En este caso se recibirá nueva declaración al acusado o acusada y se informará a las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa".*

adversarial, de parte, acusatorio; condición aquella de *buena fe* que se le instruye en el 285.1 Constitucional...

"Son atribuciones del Ministerio Público: 1) Garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales"...

De allí que si conforme al 49.2 Constitucional, dicha Vindicta Pública es quien debe desvirtuar la condición de inocente del encausado, a través de pruebas, y en el juicio son precisamente las pruebas las que afirman que tal desvirtuación de la condición de inocente del sindicado no es tan plena como se lo había propuesto el fiscal, entonces debe darle curso a tal disminución de su pretensión sobre la base del hecho nuevo, no completamente desincriminador pero si de evidente efecto reductivo de la sanción.

Por otra parte, no es extraño que en otras oportunidades la Sala Constitucional haya adoptado criterios de aparente atentado contra el carácter contradictorio del proceso, aceptando formales desigualdades cuando la situación procesal obra a favor de la absolución, y no de la condena. En efecto, contempla la Parte *In Fine* del Penúltimo Aparte del 347 del COPP...

"...La publicación de la sentencia se llevará a cabo, a más tardar, dentro de los diez días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva"... (omissis),

siendo que conforme al Encabezado del 315 *eiusdem*, "**Inmediación**"⁶⁴,...

"El juicio se realizará con la presencia ininterrumpida del Juez o Jueza y de las partes"... (omissis),

y el 16 del mismo Código...

"Los jueces o juezas que han de pronunciar la sentencia deben presenciar, ininterrumpidamente, el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtienen su convencimiento".

Ello es razón normativa lo suficientemente valedera para ratificar lo obvio: las sentencias condenatorias, de sobreseimiento o de absolución (157 del COPP) deben ser suscritas por el juez que presenció el juicio oral y público. Pero este apotegma no siempre ha sido

⁶⁴ Es criterio de la Casación Penal venezolana, entre otras, en la sentencia 297 del 21/7/10, que "...Este principio se convierte en un deber para los operadores de justicia, por cuanto obliga que los jueces antes de dictar la respectiva sentencia para absolver, condenar o sobreseer, hayan necesariamente presenciado (vale decir visto, oído), de forma ininterrumpida, la incorporación de las pruebas y el debate para juzgar y decidir el caso puesto en su conocimiento"... (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/julio/297-21710-2010-c09-326.html>.)

reconocido así por el Máximo Interprete de la Constitucionalidad en nuestro país, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Dicha Sala ha aceptado, por ejemplo, que el juez que en juicio absolvió, puede no ser el mismo que suscribió la sentencia, no pudiendo ser en caso contrario, *ergo*, si la decisión fuere de condena. Así lo decidió dicha Sala en su fallo N° 412 del 2-4-01...

*"...¿puede entonces un Juez penal en función de juicio, producir una sentencia in extenso sin haber presenciado el debate oral y público, sólo con acuerdo al acta del debate oral donde se absolvió o condenó al acusado por los delitos referidos en la querrela acusatoria?. Atendiendo al principio acusatorio...debe ser el Juez que ha presidido el juicio oral, ante quien se evacuaron las pruebas, quien pronuncie la sentencia, so pena de vulneración de la tutela judicial efectiva. No obstante, visto que el juez que pronunció la sentencia presenció ininterrumpidamente el desarrollo del debate oral; visto igualmente que se difirió su publicación para los diez días siguientes, y visto que el acta de debate oral donde se absolvió al ciudadano...recoge las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes, así como el contenido de los elementos probatorios obtenidos de conformidad con la ley y pertinentes según la naturaleza del delito enjuiciado, los cuales el tribunal estimó acreditados, ha debido el órgano jurisdiccional, como garante de los principios que rigen el proceso penal, sea cual fuere su titular, haber producido la sentencia in extenso dentro de los diez días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva, la cual, en ningún caso, podría diferir de aquélla. Lo contrario, ordenar la celebración de un nuevo juicio oral y público, resulta atentatorio contra la garantía al debido proceso y contra la garantía del principio non bis in idem, previsto en el numeral 7 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela"...*⁶⁵ (**resaltado propio**),

criterio éste ratificado en el Fallo N° 806 del 5-5-04.

Como se ve entonces, francamente es posible, siguiendo la anterior línea de criterio jurisprudencial el tratamiento diferenciado del pronunciamiento absolutorio con respecto al de condena, en lo que atañe a posibilitar interpretaciones diferenciadas del consabido principio de igualdad, en aras de evitar situaciones tan injustas como la de que el hecho nuevo detectado en juicio sea uno que de probarse eficientemente revelare la desincriminación del encausado, siendo que las partes no han asumido tal probanza, haciéndolo excepcionalmente el juez.

c) La prueba oficiosa y la licitud de la prueba.

La fórmula legal del 181 del COPP es la siguiente:

"Licitud de la prueba. Los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código. No podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos",

⁶⁵ www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/412-020401-00-2655%20.htm.

Esto denota, *dos* hipótesis fundamentales de ilicitud:

(i) Una alude a la "*ilicitud positiva*" de obtención e incorporación probatoria, es decir, el apartarse de la pauta normativa procesal que a lo largo del COPP describe actos procesales tendentes a la obtención probatoria, *ergo, actos de medios de prueba*, actos para procurarse pruebas;

(ii) Y la otra hipótesis general es la realización del acto de obtención -quizás en lo formal cumpliendo con el principio de legalidad procesal porque se acoge a los elementos de forma normativos pautados para el acto-, pero en la realización procesal está presente alguna de las 16 hipótesis de ilicitud contenidas en el Encabezado del 181 del COPP arriba transcrito⁶⁶. A nuestro entender, aun siendo todas estas hipótesis claros ejemplos de nulidad absoluta del acto procesal de obtención o de incorporación de las pruebas, casi siempre habría que anexarle el complemento de "*...siempre que las pruebas que así ilícitamente se deriven obren en contra del procesado*"... . Y la razón que asumimos para sustentar esta tesis se ubica en el Primer Aparte del 180 del COPP...

"...la declaración de nulidad no podrá retrotraer el proceso a etapas anteriores, con grave perjuicio para el imputado o imputada, salvo cuando la nulidad se funde en la violación de una garantía establecida en su favor"...

la que hace **condicionar** las hipótesis de nulidad absoluta de actos procesales penales, o por lo menos, de los actos procesales de obtención e incorporación probatorios. Dicho en otras palabras, hay circunstancias de nulidad absoluta que pueden ser invocadas por todas las partes en el proceso -fiscal, procesado y víctima querellante o acusadora admitida-, y reconocibles a cada una de ellas si menoscaba sus inherentes derechos sustantivos o adjetivos, pero solo se concederá el efecto anulatorio si es un acto de obtención o incorporación probatoria que perjudica al procesado como parte. *Ergo*, la nulidad del acto probatorio debe tener un sentido *forense*, de agravio de parte, y no de simple contemplación de incolumidad constitucional. Ante ello, resaltamos la 1326 del 4-8-11, de la Sala Constitucional...

⁶⁶ "...tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas"...

*"...en todo proceso, sin importar su índole, es de suma importancia que las reglas básicas sobre el cumplimiento de los actos y los actos mismos estén adecuadamente ejecutados, ya que el principio rector de todos los axiomas que rigen al ordenamiento jurídico penal, es el efectivo cumplimiento del debido proceso legal, es decir, que la idea de un juicio justo es tan importante como la propia justicia, razón por la cual las reglas, principios y razones del proceso, a la par de las formas, deben estar lo suficientemente claras y establecidas para que no quede duda respecto a la materialización del proceso."...*⁶⁷

por lo que, conforme a la 811 del 11-5-05, de la misma Sala...

*"...Nuestro sistema procesal penal no acoge la clásica distinción entre nulidades absolutas y relativas; pero sí parte del concepto de la nulidad absoluta sin entrar a considerar lo referente a las posibles nulidades relativas. Es decir, nuestro sistema establece la distinción de nulidades no convalidables (absolutas) y nulidades saneables, las cuales son aquellas renovables y que permiten su convalidación, pero no las llega a denominar nulidades relativas, o anulabilidades. El Código Orgánico Procesal Penal si bien habla de las nulidades absolutas, sin embargo, se adhiere al mundo de las nulidades implícitas, cuya idea se adapta a los lineamientos más actuales, puesto que difícilmente se pueden acoplar todos los casos como tantas transgresiones sean imaginables."...*⁶⁸

Es así que en la descripción normativa de los actos procesales que conforman nuestros procedimientos penales, el *ordinario* y los *especiales*, abundante son las hipótesis de nulidad absoluta frente al quehacer probatorio. Este efecto de nulidad absoluta del acto probatorio acaecerá siempre y cuando, repetimos, alegado por las partes o detectado oficiosamente por el juez⁶⁹, tal efecto de nulidad absoluta debe concederse conforme a la literalidad del ya transcrito Primer Aparte del 180, ergo, sin "*...retrotraer el proceso a etapas anteriores, con grave perjuicio para el imputado o imputada, salvo cuando la nulidad se funde en la violación de una garantía establecida en su favor*"... .

Nótese que no nos estamos refiriendo a otras hipótesis anulatorias también invocables por todas las partes procesales como el cuestionamiento decisorio por vía de los recursos, los ordinarios o los extraordinarios; o el efecto anulatorio que se deriva de las incidencias de las excepciones, cuestionando alegatos, derechos invocados o procederes no probatorios (como las asunción de la competencia, o que la causa verse sobre hechos fácticamente no penales); o derivaciones del mal cumplimiento de lapsos para actos de impulso procesal no probatorios (acusación, recusación apelación, imputación, etc)

⁶⁷ www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1326-4811-2011-11-0627.html.

⁶⁸ www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/mayo/811-110505-04-1813.htm.

⁶⁹ Parte inicial del Encabezado de 179 del COPP "**Declaración de nulidad**. Cuando no sea posible sanear un acto, ni se trate de casos de convalidación, el Juez deberá declarar su nulidad por auto razonado o señalará expresamente la nulidad en la resolución respectiva, de oficio o a petición de parte"... (omissis).

Entonces las hipótesis de pruebas ilegalmente obtenidas obran en contra del procesado, o, por ejemplo, contra su real voluntad confesante. Y la razón de ello se sustenta en la propia filosofía⁷⁰ que respalda al sistema adversarial, al sistema acusatorio: hay una contradicción de partes que ciertamente no es igualitaria. En un extremo alguien -aun con la imputación del más cruento de los crímenes- se defiende de una institucionalidad imputadora. Nada menos que un Ministerio Público como entidad de Estado, financiando y sustentado logísticamente por el Poder Público, con órganos auxiliares de igual forma costeados, a los fines de una eficiencia en el combate del delito. Y todo ello asumido dentro de un control ejercido por un Poder Judicial que en la pentarquía de Poderes Públicos Nacionales⁷¹ conforma una corporación de observación del cumplimiento de garantías; lo que hace tanto a la contraparte del procesado, como al *tercero decisor*, cuantitativa y cualitativamente de significativas dimensiones frente a la escuálida posición de quien se imputa en este proceso de corte acusatorio.

Y es que la contradicción de la prueba también denominada oposición a la prueba, es uno de los presupuestos esenciales de la actividad probatoria, y consiste en la posibilidad que el ordenamiento procesal debe conferir a cada parte en un proceso para cuestionar, criticar o refutar el medio probatorio utilizado por la parte contraria para demostrar sus asertos. En otras palabras, significa que la parte contra quien se invoca o aporta una prueba debe gozar de suficiente oportunidad para conocerla, discutirla y contralarla para que no pueda ingresar al proceso en forma clandestina a espaldas de la contraparte. En tal sentido interpretó la Sala de Casación Penal del Máximo Tribunal en la 733 del 18-12-08 que "*...El derecho de acceso a las pruebas que tiene cada una de las partes, con la finalidad de saber cuáles son y cómo han de ser practicadas, deviene del Principio del Control de la Prueba que constituye uno de*

⁷⁰ Parte de esta filosofía procesal se trasluce en la conformación del Recurso de Revisión (procesal penal, para diferenciarlo de la solicitud de revisión constitucional ante la SC del TSJ). Nótese que a diferencia del llamado "**Recurso de Invalidación**", regulado en el 327 y siguientes del CPC ("*Siempre que concurra alguna de las causas que se enumeran en el artículo siguiente, el recurso extraordinario de invalidación procede contra las sentencias ejecutorias, o cualquier otro acto que tenga fuerza de tal*", ergo, frente a cualquier tipo de sentencia, condenatoria o sin lugar, en la jurisdicción civil), en el proceso penal, el asimilable "**Recurso de Revisión**" conforme al 462 del COPP solo "*...procederá contra la sentencia firme, en todo tiempo y únicamente a favor del imputado*"...., con lo cual, una expectativa de igualdad obvia sería: ¿Qué hacer si se absolvió encontrándose la duda razonable de la apreciación de una admitida prueba de descargo, que después, con el tiempo, resulto falsa? Y no se establece dentro de los recursos ordinarios del COPP alguna posibilidad viable para revocar esto, de parte del ministerio fiscal y/o la víctima.

⁷¹ 136 de la CRBV.

*los presupuestos esenciales para la sana actividad probatoria y juzgadora en un debido proceso, a tenor ordenado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela"...*⁷², y más instrumentalmente, en la 181 del 3-4-08...

*...las partes soliciten las diligencias que consideren necesarias para el ejercicio de su derecho, y el Ministerio Público debe realizarlas si así lo considera, y en caso contrario, deberá motivar el por qué de su negativa a producirlas. ...la solicitud de diligencias para la producción de pruebas, por cualquiera de las partes, es una de las manifestaciones o pedimentos inherentes al ejercicio del derecho a la defensa y, correlativamente, a la aplicación del principio de igualdad ante la ley y el principio de contradicción, lo que se encuentra indefectiblemente referido a la intervención dentro del proceso"...*⁷³

Es entonces que la problemática de asumir el 342 del COPP con su previsión posibilitadora de la prueba oficiosa del juez, como una hipótesis de ilicitud probatoria por su menoscabo al constitucional carácter contradictorio del proceso penal acusatorio, tiene como primer obstáculo la propia disposición de ilicitud probatoria del mismo Código, el Encabezado de su 181 que postula que...

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

y es precisamente una disposición del COPP la que tolera no solo la obtención excepcional por el juez del medio de prueba que demuestre el hecho nuevo, sino su oficiosa incorporación por la vía de la ampliación de la acusación, como arriba se acotó. Ahora bien, dentro de las hipótesis de ilicitud probatoria previstas en el Aparte de la citada norma, una de ella alude a que...

"No podrá utilizarse información obtenida mediante...medio que...viole los derechos fundamentales de las personas"...

Es aquí que puede sustentarse la invocación de la ilicitud probatoria de una prueba oficiosa en pleno juicio. La razón: el catalogar el debido proceso como un "*derecho fundamental de las personas*". En efecto, si la garantía está reglada en el 49 Constitucional y su Numeral 2 postula que la desvirtuación de la presunción de inocencia solo acaece con un quehacer probatorio, siendo que conforme al 285 *eiusdem*, tal quehacer, frente a los delitos de acción pública, descansa en el Ministerio Público, y conforme al 49.1 de la CRVB también el defendible tiene el derecho al descargo probatorio, ello arremete entonces contra la

⁷² www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/diciembre/733-181208-2008-c08-354.html.

⁷³ www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/abril/181-3408-2008-a07-0489.html

oficiosidad probatoria. Y es particularmente atentatoria a lo contradictorio del proceso como garantía, dicha oficiosidad probatoria ya que la oportunidad en que se realiza conforme al 342 del COPP es, prácticamente, a la finalización del juicio, cuando ya concluye la recepción probatoria y usualmente antes de las conclusiones de las partes. Esto es elocuente porque frente al quehacer oferente de las pruebas de las partes, cada una conoció la oferta probatoria de la otra desde la acusación, lo que origina que la defensa sabe de las pruebas de la acusación, y la Vindicta Pública, las ofertadas por la defensa en el escrito de excepciones, o en todo caso, por lo menos cinco días hábiles antes de la fijación de la audiencia preliminar. También cada parte sabe de la existencia de pruebas complementarias, antes del inicio del juicio. De la misma manera que el COPP concibe que frente la advertencia de cambio de calificación de parte del juez (333), o la ampliación de la acusación de parte del fiscal (334) se instruye que las partes podrán "*ofrecer nuevas pruebas*" (literal en ambas disposiciones), siendo que en el caso del 342 ("*hechos o circunstancias nuevos*"), la instrucción de la disposición es que se *recepcone "cualquier prueba"* en pleno juicio. Es decir, que sin ofrecimiento previo se incorpore la prueba de una vez en juicio, sin que medie un *iter* procesal previo a tal incorporación probatoria en el que se pueda debatir sobre la pertinencia, necesidad, licitud o idoneidad de tal medio de prueba en sustento del hecho nuevo. Esto es francamente lacerante de la garantía constitucional expuesta en el 49.1 de la CRBV, que toda persona ostenta de "*...disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa*"... .

Obviamente que, de nuevo, tendríamos que matizar el contenido de ilicitud de tal oficiosidad probatoria cuando se trate de las pruebas, aun oficiosa, que surgen para sustentar la *probable* (porque puede ser *probada*) circunstancia en pro del acusado, que ninguna parte ha asumido como acto probatorio, y que si lo hace el juez. Ello por la invocación del citado 180 del COPP que al afirmar que...

"...la declaración de nulidad no podrá retrotraer el proceso a etapas anteriores, con grave perjuicio para el imputado o imputada, salvo cuando la nulidad se funde en la violación de una garantía establecida en su favor"...

mal podría propiciar que ante un hecho nuevo incriminante se repusiera la causa a volver acusar sin solventar la respuesta sobre el específico hecho acusado y así aperturado el

juicio. Ahora bien, en el caso del hecho nuevo favorecedor del reo, al no ser la oficiosidad probatoria perjudicial frente a él, no habría procedencia de la nulidad.

d) Oficiosidad probatoria y libertad de pruebas.

En tal sentido, acudimos nuevamente a la fórmula legal del Artículo 182 del COPP...

"...Salvo previsión expresa en contrario de la ley, se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba, incorporado conforme a las disposiciones de este Código y que no esté expresamente prohibido por la ley. Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas. Un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando haya quedado suficientemente comprobado con las pruebas ya practicadas. El tribunal puede prescindir de la prueba cuando ésta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio."

De aquí que en la libertad de pruebas, se otorga libertad a las partes para que puedan aportar todas las pruebas que le fueren útiles, necesarias y pertinentes, a menos que exista prohibición de ley al respecto y en forma precisa e ineludible lo señala el Código Orgánico Procesal Penal en el citado artículo 182. En base a ello además de las pruebas nominadas y reguladas en la ley, será admisible cualquier medio lícito, necesario, útil y pertinente que pueda contribuir a establecer la verdad por las vías jurídicas, como por ejemplo la reconstrucción de los hechos, la experimentación judicial, etc. Los ordenamientos procesales que tienen como norma la prueba libre simplemente así lo proclaman en uno o varios artículos y por tanto estos ordenamientos no establecen cuáles son los medios probatorios admisibles, sino simplemente requerimientos de legalidad para los medios usualmente utilizados por el Estado para recabar evidencias contra los ciudadanos imputados. La libertad de prueba es propia de los ordenamientos acusatorios más avanzados.

Por ello, en el marco del sistema procesal penal acusatorio, bajo las pautas del Código Orgánico Procesal Penal, se concibe que...

- El acto de probar en el proceso penal venezolano, bajo condiciones de libertad probatoria, pero con licitud del medio;

- Que le importa no solo la obtención de la prueba, sino también la legalidad en su incorporación;
- Que no tasa la valoración de la probanza, pero que bajo el prisma de la sana crítica, tal valoración debe ser instrumentalmente expresa en la sentencia;
- Que hay disponibilidad sobre el probar, admitiéndose las estipulaciones sobre la prueba, pero, paradójicamente, se insiste que el juez debe tratar de conseguir la tan pocas veces comprendida “*verdad material*”;
- Que es un sistema en donde el principal rasgo del convencimiento a acusar, se estructura sobre la probabilidad de eficiencia de la prueba, más que de suficiencia, como noción cuantitativa y no de referencia cualitativa sobre la efectividad, en necesidad y pertinencia, de la pretensión de probanza.

En efecto, al principio de prueba libre se opone el principio de prueba legal, según el cual sólo son admisibles las pruebas expresamente autorizadas por la ley. Las legislaciones procesales penales que establecen el principio de prueba legal, contienen normas que presentan listados clausus de los medios probatorios admisibles, éste es el caso del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, que enumeraba taxativamente las pruebas en que podía apoyarse el enjuiciamiento criminal.

El glosador Eric Pérez Sarmiento expresa que “...*que el Código Orgánico Procesal Penal da libertad probatoria pues permite a todas las partes probar todo cuanto se quiera en relación con los hechos justiciables y sus consecuencias deducidas en el proceso, y hacerlo, además, por cualquier medio lícito susceptible de valoración por el sentido común. En un*

*Estado de derecho verdadero, el principio de libertad de prueba está unido indisolublemente al de licitud y al de su libre apreciación, pues los hombres libre sólo pueden apreciar libremente la prueba libre y lícitamente obtenida"...*⁷⁴

En tal sentido, las pruebas admitidas se integran a la llamada "*comunidad probatoria*". Ante tal expresión nos plegamos a la interpretación que otorgó la Sala Política Administrativa en su Sentencia 325 del 26/2/02...

*"Conforme al principio de comunidad de la prueba, las mismas una vez aportadas por las partes al proceso, no son de quien las promovió, sino que son del proceso, es decir, una vez introducidas legalmente en el proceso su función es la de probar la existencia o inexistencia de los hechos del proceso con independencia de que beneficien o perjudiquen a quien las promueva o a la parte contraria, la cual además puede invocarla"...*⁷⁵

De allí que quien pruebe y lo haga bien, debe concedérsele el llamado "*favor probatione*". La anterior sentencia, por lo demás, nos resuelve ésta última precisión terminológica, en el sentido que...

"Existe un principio en el derecho probatorio, denominado por la doctrina como favor probationes, uno de cuyos aspectos tiene que ver con el favorecimiento de la prueba en cuanto a su producción y estimación; y con el mantenimiento o conservación de la prueba cuando ha sido promovida y evacuada de manera regular, con las debidas garantías dentro del procedimiento. Este principio doctrinario del favor probationes, el cual prescribe el favorecimiento de la prueba cuando ella fue producida en juicio de manera regular, coadyuva con la finalidad del procedimiento en la realización de justicia y con la labor del órgano jurisdiccional a la hora de sentenciar; en el sentido de la importante función que tiene, en los casos donde puede dificultarse la prueba"...

toda vez que en toda causa judicial se presenta la necesidad de probar los hechos, demostrando la tesis de la sentencia; y toda sentencia está conformada como un *silogismo*: la aplicación de una norma a un hecho⁷⁶. Razón por la cual, el llamado "*juicio de hecho*" se estructura de manera tal que, partiendo de los hechos alegados, se hace una operación valorativa sobre esos hechos alegados.

De allí que en la redacción del 342 del COPP se preceptúa que la prueba excepcionalmente oficiosa que sustente el hecho nuevo es "*cualquier prueba*", lo que pudiera entenderse, a rajatabla, que es una perfecta comunión con la libertad probatoria

⁷⁴ *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*. Valencia (Venezuela), Vadell, 2006, 125.

⁷⁵ www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00325-260202-11240.htm.

⁷⁶ Sentencia 102 del 27-4-01 (Sala Civil): "...toda sentencia constituye un silogismo judicial, en que la premisa mayor es la regla de carácter general, constituida por el Juez al seleccionar, integrar e interpretar las normas, preceptos o principios jurídicos que en abstracto prevén los hechos ocurridos en el asunto a resolver, y la premisa menor de ese silogismo, constituida por la determinación de la controversia, el examen de las pruebas, la posterior fijación de los hechos demostrados y su calificación jurídica, es decir la aplicación del derecho al caso concreto. Igualmente, cabe señalar que este silogismo final está precedido por una serie de silogismos instrumentales, entre los cuales se encuentran las conclusiones jurídicas del juez respecto del mérito de las pruebas consignadas en el juicio"... (citada en el Fallo N° 1029 del 18-12-06, de la misma Sala, en www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/diciembre/rc-01029-181206-06532.htm)

sustentada en el 182 *eiusdem*. Tal simplicidad parece esconder que en realidad no se trata de "cualquier prueba" la que puede ser tolerada su incorporación oficiosa, sino una prueba que conforme a dicho 182 del COPP, conduzca a "...la correcta solución del caso"..., y además "...referirse, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y ser útil para el descubrimiento de la verdad"... . En otras palabras, ser *necesaria, idónea y pertinente*, toda vez que ante tal incorporación probatoria de parte del juez, y teniendo como limitante que las incidencias acaecidas durante el juicio solo son impugnables a través del recurso de apelación de sentencia, al finalizar el juicio y publicarse aquella⁷⁷, solo le restaría como actuación inmediata a las partes ante tal oficiosidad, el acudir al *recurso de revocación* tanto frente al pronunciamiento de hecho nuevo, como al pronunciamiento de "*recepción de cualquier prueba*". Ello, al menos, para que, en caso de negarse el recurso, hacerlo contar en acta conforme al 350.4 del COPP, y servir ello en ocasión de la apelación de la sentencia dictada sustentándose en la referida prueba oficiosa.

Por otra parte, la mención a que la prueba oficiosa, aun excepcional, puede ser *cualquiera* conduce a aceptar tanto pruebas directas como el testimonio como pruebas indirectas, tales como los indicios, siendo que mal se podría sustentar una sentencia, máxime si es sobre un hecho nuevo oficiosamente probado, si además es con un solo indicio, siendo que en reiteradas decisiones de la Sala Constitucional del TSJ se ha manifestado el criterio sobre la exigencia de pluralidad indiciaria, entre otras, la 32 del 29-1-03...

"...en la formación de la prueba circunstancial –como también se le llama a la de indicios – el juzgador debe guiarse por ciertos principios jurídicos, para que su apreciación no sea censurable en Casación por contraria a derecho o violatoria de ley expresa. Estos principios son tres: a) que el hecho considerado como indicio esté comprobado; b) que esa comprobación conste de autos; y, c) que no debe atribuirse valor probatorio a un solo indicio (CFC. Memoria 1946. Tomo II. Pág. 285). En un fallo relativamente reciente, Casación ha expresado lo siguiente: "*...en la aritmética procesal, los indicios son quebrados: aislados, poco o nada valen; pero sumados, forman, y en ocasiones exceden, la unidad probatoria plena, pues la característica de los indicios es que ninguno por sí solo ofrece plena prueba; ellos deben apreciarse en conjunto; su eficacia probatoria debe contemplarse con la suma de todos*"...⁷⁸

⁷⁷ Aunque no encontramos previsión expresa sobre el particular en el COPP, derivamos tal conclusión revisando la parte *in fine* del 32 del COPP que regula el trámite de las excepciones durante la Fase del Juicio Oral: "...El recurso de apelación contra la decisión que declare sin lugar las excepciones sólo podrá interponerse junto con la sentencia definitiva"; y revisando el tipo de decisiones recurribles a través de la apelación de autos (439), ninguna de ellas versando sobre asunto probatorio; aunque los fallos contenidos en el supuesto del 5 de la anterior norma, son aquellas decisiones "*...que causen un gravamen irreparable, salvo que sean declaradas inimpugnables por este Código*", gravamen éste que evidentemente si lo puede causar la realización oficiosa de pruebas casi al finalizar el juicio, pero quizás la condición de "*irreparabilidad*" de ese gravamen es elusivo, pudiéndose solventar en el mediato devenir procesal la situación de una condena así dictada, en el ejercicio de la apelación de sentencia.

⁷⁸ www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/enero/32-290103-01-2614.htm

III) Los *nuevos hechos* que conducen a las *nuevas pruebas* en la legislación procesal venezolana.-

Ya a esta alturas del desarrollo de este trabajo, la siguiente afirmación es obvia: para determinar el ámbito factico de conocimiento del juzgador, las partes producen la prueba que delimita el quehacer judicial. Ahora bien, dejando de lado el acertar en la respuesta tomando en cuenta la simple teoría general de lo procesal, es obvio que después que las partes han manifestado su pretensión en un proceso, pueden surgir hechos sobrevenidos, vinculados a la causa. Es así que la alegación de *nuevos hechos* en el proceso, acarrea una importante función en la construcción de la premisa mayor del silogismo judicial. De allí que en nuestro proceso penal acusatorio, la existencia de un *Periodo Intermedio* hace que la decantación del *hecho objeto del proceso* se precise, para que entré a juicio solo y nada más que el hecho que configura el delito acusado, y no otro hecho distinto que sustente otra figura jurídica y/o delictiva. En tal sentido, los venezolanos Mariolga Quintero Tirado y Giantoni Pietrobon Hurtado, en su trabajo "*La admisión de nuevos hechos en el derecho procesal*" (publicado en la obra *Tendencias del Derecho Procesal Moderno, En Homenaje al Profesor Israel Arguello Landaeta*, Valencia, Venezuela, Funda-Academia, 2012, 61) citan que tal sistema de "*audiencias preliminares*"...

"...se inició con la Ordenanza Procesal Civil austriaca de 1895, obra de Klein. El juez, después de admitir la demanda, citaba a las partes a una audiencia...preliminar. El sistema para evitar procesos inútiles y actos innecesarios consistió...en: a) Alegar y resolver inicialmente todas las cuestiones procesales, con lo que la audiencia sirve, bien para terminar el proceso, si los defectos procesales son insubsanables, bien para que el proceso continúe habiendo quedado 'sanados' los defectos subsanables. b) Delimitar el ámbito del proceso, es decir, en dejar determinado cual es el objeto del proceso fijado por el actor, cual es el objeto del debate suscitado por el demandado, y sobre que debe versar la prueba, con ello se evitan actos procesales innecesarios"

Tal concepción no está ausente en la manera como el COPP concibe a la Fase Intermedia de su Procedimiento Ordinario. En la Exposición de Motivos del originario COPP se justificaba que es una...

"...fase cuyo acto fundamental es la celebración de la audiencia preliminar, al término de la cual, el tribunal de control deberá admitir, total o parcialmente la acusación del Ministerio Público o de la víctima y ordenar el enjuiciamiento, en cuyo caso debe remitir las actuaciones al tribunal de juicio. Si la rechaza totalmente deberá sobreseer. También es posible que en esta oportunidad el tribunal ordene la corrección de vicios formales de la acusación, resuelva las excepciones planteadas, homologue los acuerdos reparatorios,

ratifique, revoque, sustituya o imponga una medida cautelar, ordene la práctica de prueba anticipada o sentencie conforme al procedimiento por admisión de los hechos"...⁷⁹,

y así lo ha interpretó el Máximo Intérprete de nuestra Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su Sentencia 172 del 13-2-03...

"...la determinación del objeto del juicio debe realizarse en la fase intermedia del proceso penal a través del auto de apertura a juicio como una garantía del debido proceso y la tutela judicial efectiva en lo atinente a que se configura vulneración de los mismos cuando hay inobservancia de las formalidades y garantías procesales establecidas en el procedimiento penal causantes de indefensión, con violación de los principios de defensa, acusatorio y contradicción (...).el auto de apertura a juicio se sitúa dentro de la fase intermedia del proceso penal, por tanto, técnicamente, con éste aún no comienza la fase de juicio, aunque produce efectos procesales importantes, a saber: a) limita el ejercicio de la acción penal, por lo que no pueden existir nuevas partes acusadoras o intervinientes adherentes; b) origina la publicidad del procedimiento para los terceros; c) hace precluir la fase intermedia del proceso penal; y d) determina el objeto del juicio oral, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva."...⁸⁰

Ahora bien, a pesar de tal decantación, de tal depuración, en la Fase Intermedia, tan es indiscartable que después, en pleno fragor del juicio oral y público, pueden presentarse hechos nuevos vinculados a la causa penal que deben probarse, que así el legislador procesal penal lo previó expresamente. Y lo hizo, paradójicamente, denominándolo, precisamente, **"Nuevas Pruebas"**, como norma central de este trabajo, el Artículo 342 del COPP...

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

Así, no es la primera vez que en nuestro ordenamiento se prevé una oportunidad ulterior para ofertar las pruebas después de presentada la acusación en el procedimiento ordinario, como tampoco es la única vez que instruye que tal probanza puede surgir de la iniciativa *ordenada oficiosamente* por el tribunal. Revisemos pues...

A) Antecedentes venezolanos del hecho nuevo y de la oficiosidad probatoria.

El Código Orgánico Procesal Penal entró en plena vigencia a mediados de 1999. Éste viene a sustituir al *Código de Enjuiciamiento Criminal*, Código que es concebido dentro de un sistema procesal mixto, porque contenía una fase instructiva inicial, o *sumario*, en la que

⁷⁹ Extractado de la referida pagina de la Red Hemisférica..., www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-text-ccp.html.

⁸⁰ www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/febrero/172-130203-02-1451.htm.

ciertamente el juez de instrucción asumía una función preponderante en el encuentro de elementos de convicción, siendo que al dictarse el llamado *auto de detención* y realizarse la llamada "*declaración indagatoria*", se pasaba a un formal *plenario*, en el que, pretendidamente contradictorio (el fiscal formulaba cargos contra los que se defendía el procesado), no cesaba las posibilidades probatorias asumidas por el juez penal de primera instancia, o inclusive, de parte del superior de éste. Decía en 1996 el autor venezolano Ivan Maldonado Ordoñez que...

*"...constituye el plenario el juicio propiamente dicho, existiendo en el mismo verdadera contradicción entre las partes, es esencial que las funciones de acusar (en sentido amplio) y juzgar se encuentren encomendadas a personas distintas: la primera, al Ministerio Público y al acusador privado, en sus casos y la segunda, al Juez que conoce de la causa. por medio del escrito de cargos manifiesta expresamente el Ministerio Público el sostenimiento de la acción penal, de la acusación contra el encausado"...*⁸¹

En tal sentido, a la finalización de tal plenario, de formal finalidad probatoria en contradicción (más no en inmediación porque generalmente las pruebas no se producían frente al juez), surgía una posibilidad probatoria oficiosa, inclusive en una oportunidad procesal en la que supone había concluido la recepción probatoria, el llamado "*auto para mejor proveer*" regulado por el 293 del citado Código de Enjuiciamiento Criminal ya derogado...

*"Pasado el acto de informes, el Tribunal dirá vistos y la causa entrará en estado de sentencia. Durante ese estado, podrá el Tribunal ordenar que se practiquen las diligencias que considere conducentes a esclarecer algunos hechos fundamentales para formar criterio. También podrá el Tribunal hacer las preguntas que fueren necesarias a los testigos que puedan ser llamados para el esclarecimiento de la verdad, y aún practicar los careos⁸² que estime convenientes"*⁸³

El gran comentarista patrio de la primera mitad del siglo XX, Don Arminio Borjas hizo su correspondiente comentario a dicha norma⁸⁴ en su siempre insustituible **Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano, II** (Caracas, Schnell, 1982, 252)...

⁸¹ "El escrito de cargos", 245, en *Derecho Procesal Penal, Libro Homenaje al Dr. Arminio Borjas*, Caracas, UCV, 631.

⁸² "El careo consiste en la confrontación de las personas cuyas declaraciones sean discrepantes sobre un mismo hecho o se incriminen recíprocamente. El careo se practica poniendo a uno frente al otro y conminándolos a enfrentarse de palabra, a fin de comprobar cuál de los dos mantiene con mayor firmeza sus afirmaciones y cual se arredra ante los planteos del otro"... , Pérez Sarmiento, Eric, *La prueba en el proceso penal acusatorio*. Caracas, Vadell, 2003, 154.

⁸³ Por otra parte, los tribunales podían nombrar abogados "asesores", por lo que el Encabezado del 288 *eiusdem* regulaba que "El expediente se entregará al Asesor después de terminados los informes...Si se hubiese dictado auto para mejor proveer, la entrega del expediente se hará dentro del tercer día"... .

⁸⁴ En realidad, entonces, con otra redacción: "Durante la relación de la causa podrá el Tribunal hacer a las partes y a los testigos que puedan llamados al Despacho, las preguntas que creyere necesarias para el descubrimiento de la verdad y aun practicar los careos que estime convenientes. Si la parte contra quien obra la causa se hubiere negado antes a dar algún informe, el Tribunal se abstendrá de

"...facultad que tienen los jueces en lo criminal...de hacer evacuar de oficio, durante la relación de los autos, y aun después de concluida, todas las diligencias que considere convenientes para formar mejor concepto de los hechos en materia del juicio, completando las pruebas insuficientes, promoviendo otras que juzgue de necesidad, esclareciendo las dudas que surgieren de los asertos de las partes, o de los testigos opuestos, y averiguando, en una palabra, la verdad, para asentar en ella la justicia de su fallo. Estas diligencias *ante sententiam* son de dos especies, como se deja dicho: *simultaneas* con la relación de los autos o *posteriores* a ella. Las primeras no pueden consistir sino en preguntas a las partes o a los testigos, y en careos. Las otras, que pueden consistir en toda clase de medios probatorios, son la materia de los *autos para mejor proveer* (...)el Fiscal, en su carácter de funcionario, no puede ser llamado a declarar(...)Cuanto al procesado, nada obsta a que se le interrogue por el Tribunal, previas las garantías de que no preste juramento, ni se le someta a fuerza, violencia o coacción alguna; pero el podrá guardar silencio sin que ello le perjudique. Más todavía. Si el punto sobre que haya de versar el interrogatorio hubiere sido antes objeto de la declaración indagatoria y el declarante se hubiere negado a dar acerca de él ninguna especie de informes, el Juez se abstendrá de dirigirle otra interrogación sobre los mismos particulares(...)No siempre bastarán los interrogatorios...sino el informe de peritos...o la copia de algún documento...si las dudas o vacíos probatorios no se le presentaren de manifiesto sino después de completada la sustanciación del proceso...deberá agotar cuantos medios probatorios se le ocurran para descubrir la verdad, y decretar su evacuación antes de dictar el fallo definitivo. La ley no limita la facultad que para ello concede al juzgador, ni le da otras reglas que las de proceder según la necesidad que tenga de formar su criterio jurídico, y de no decretar sino diligencias que versen sobre puntos relativos a alguno de los hechos principales del juicio(...)no se le impone al Juez la obligación de fijar término suficiente para cumplir su auto(...)Las partes no tienen derecho a reclamar ni a alzarse contra los autos para mejor proveer, ni pueden intervenir en los actos de su cumplimiento, no teniendo en ellos otra participación que la que el mismo Tribunal les señalare; pero deberán ser oídas, antes de la sentencia, las observaciones que tuvieren a bien hacer acerca de las diligencias practicadas"

Es obvio que por normas como las transcritas, es que hubo el cambio paradigmático para que el sistema inquisitivo le diera paso al sistema acusatorio en el enjuiciamiento penal del país, habida cuenta esa ultrafuncionalidad del juez otrora en la apreciación de las pruebas que el mismo recaba. Pero aun la superación del esquema, es importante entresacar del comentario de Borjas algunos aspectos no desdeñables en la interpretación del actual 342 del COPP. Como se percibe, la ubicación del actual instituto procesal de los nuevos hechos con la posibilidad de la prueba oficiosa, le debe mucho al extinto 293 del CEC, no solo por su ubicación inmediatamente pre-sentencia, sino por sus características esenciales. Es una de las tantas normas del CEC que permearon de alguna forma la pretendida orientación acusatoria absoluta del COPP. Pero yendo al comentario del mencionado glosador en su contraste con el actual 342 del COPP, se pueden derivar los siguientes elementos comunes:

- La excepcional asunción probatoria del juez en el juicio, frente al eventual (porque requiere ser probado) hecho nuevo, siempre debe ser de carácter suplementario, residual, supletorio al quehacer probatorio de las partes ante tal hecho nuevo, "*...completando -como lo dice Borjas- las pruebas insuficientes*"...;

dirigirle otra interrogación. Después de leídos los alegatos presentados, también podrá el Tribunal disponer, antes de dictar sentencia definitiva, que se practiquen las diligencias que considere conducentes a esclarecer algunos hechos principales y necesarios para formar su criterio jurídico" (Texto de la misma Exposición...)

- El sustento de tal excepcional obtención probatoria de oficio es el averiguar "*...en una palabra, la verdad, para asentar en ella la justicia de su fallo*".... Nótese la inmensa semejanza de esta frase del comentarista con la redacción del actual 13 del COPP;
- Mal puede este excepcional ejercicio probatorio del juez en un sistema acusatorio, propender al interrogatorio tanto del fiscal como del defensor, siendo que si ninguno fue el quehacer probatorio de las partes (imaginémonos que a juicio no compareció ningún medio de prueba de los contenidos en el auto de apertura a juicio), mal puede estrenarse el acto probatorio con las pruebas oficiosas del juez, porque en ese caso, el hecho nuevo no es más que la ausencia probatoria, lo que conducirá ipso facto, a un fallo absolutorio por la evidente duda razonable. En otras palabras, la prueba de oficio no podrá sustituir la absoluta ausencia de actuación probatoria del fiscal;
- Al reconfigurarse el llamado hecho objeto del proceso al variarse su calificación por el llamado hecho nuevo, obviamente tiene que apercibirse al acusado sobre si desea declarar sobre tal hecho nuevo, imponiéndosele del precepto constitucional que le concede el no declarar sin que tal negativa lo incrimine. Inclusive si el hecho nuevo descubierto es uno procesal como lo pudiera ser el que no fue instruido de las llamadas alternativas a la prosecución del proceso o el procedimiento especial por admisión de los hechos, conforme al 180 del COPP, ello conducirá a que deba instruírsele al acusado de lo anterior en la propia audiencia de juicio, sin retrotraer "*...el procedimiento a la etapa de investigación o a la de la audiencia preliminar*"...,

La descrita norma del CEC comenzó a incluirse en su articulado en 1915⁸⁵. Dicha disposición fue abordada ampliamente por la jurisprudencia de entonces. Ejemplo de ello, fallo del 7-8-52⁸⁶...

⁸⁵ Márquez Moreno, Horacio, *Código de Enjuiciamiento Criminal comentado*. Maracay, Jurismar, 1982, 506.

⁸⁶ Citado en *Ibíd.*

"...En lo que respecta al auto para mejor proveer, el Tribunal a-quo al dictarlo se inspiró en el principio que lo obliga a consultar lo más equitativo y racional para dar un veredicto conforme con el cumplimiento de su misión y con la imparcialidad...no puede considerarse como prueba suplida a alguna de las partes...Los datos aportados al expediente...no están sometidos a la rigidez de los lapsos"...

Por su parte, el Código Orgánico Procesal Penal, originariamente, fue publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.208 del 23-1-98. Con similar redacción a la actual, el vigente 342 del COPP, se encontraba entonces en el Artículo 360. Este fue reformado por la entonces Comisión Legislativa Nacional de la Asamblea Nacional Constituyente y publicado en la G.O. 36.920 del 28-3-00, sin variación con respecto a la norma citada, salvo su nueva numeración, 359. Dicho COPP fue reformado el año siguiente y publicado el 14-11-01 en la G.O. Extraordinaria 5.558, manteniéndose el texto referido en el mismo Artículo 359, pero en su Exposición de Motivos se afirma que...

*"...los únicos actos de prueba que apreciará el tribunal, son los que transcurran en el juicio oral, con inmediatez y contradictoriedad"...*⁸⁷,

lo cual no alude especialmente al desconocimiento de la prueba oficiosa ya que puede haber perfecto debate entre las partes sobre la prueba aportada oficiosamente por el juez, aun su excepcionalidad. Este Código fue reformado, publicándose en la G.O. 38.536 del 4-10-06, sin modificación alguna sobre la mencionada norma. En la G.O. Extraordinaria 5.894 del 26-8-08 se publicó una nueva reforma sin variación con respecto al entonces 359 del COPP. En 2009 se publicó la penúltima reforma en la G.O. del 4-9-09, sin variación alguna con respecto al citado 359; el que mantiene la misma redacción en el actual COPP de 2012. Es decir, es una norma que heredada del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, palabras menos palabras más, tiene ahora su cabida en el 342 eiusdem.

B) Revisión normativa de las pruebas de oficio en algunas jurisdicciones extranjeras.

Por ejemplo, en la justicia federal norteamericana, en los Estados Unidos en la "Regla 614. Llamado e Interrogación de testigos por la Corte", se lee...

⁸⁷ Transcrito en la página web de la mencionada Red Hemisférica..., www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-text-ccp.html.

"(a) Llamada por la corte. La corte puede, según su propia consideración o a petición de parte, llamar testigos, y todas las partes pueden interrogar los testigos llamados; (b) Interrogación por la corte. La corte puede interrogar a testigos, así sea llamado por la misma corte o por una de las partes"⁸⁸,

siendo que en la *Regla 706*, "*Expertos señalados por la corte*"...

"(a) Cita. La corte puede según lo disponga por sí misma o por las partes incorporar una orden para demostrar causa porqué los testigos expertos no deben ser designados, y pueden solicitar las partes el envío de nombramientos. La corte puede designar cualquier testigo experto acordado por las partes, y puede designar los testigos expertos de su propia selección. La corte no designará a un testigo experto a menos que el testigo consienta su actuar"...

Por su parte, en España, excepcionalmente se prevé en la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* española⁸⁹, en su Art. 729. Leamos la concatenación de esta norma con la que la antecede en dicho Código...

"Artículo 728. No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas.

"Artículo 729. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior: 1. Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes. 2. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación. 3. Las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles."

Esta posibilidad excepcional dentro del principio de aportación de parte, de la facultad del juez de proponer nuevos medios de pruebas, en España, ha sido cuestionada y planteada su inconstitucionalidad, por constituir...

"...una hipertrofia del principio acusatorio conforme al cual en la búsqueda de la verdad material debería primar el poder de disposición de las partes". (Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 260).

Frente a esta norma, en España, sentenció el Tribunal Supremo Español la Sentencia del 6-7-00, el caso conocido como "*Padre Coraje*". Allí, una Audiencia Provincial absuelve a un procesado por delito de agresión sexual. No existía acusación particular, y el Fiscal olvidó citar -entre numerosos testigos- a la víctima del hecho. La Sala denegó la práctica de la prueba que le plantea la Fiscalía presentando al testigo en el acto del Juicio Oral, sobre la

⁸⁸ Traducimos esto: "...The judge has the authority to order any legally appropriate investigation measures...The court may, on its own motion or at the suggestion of a party, call witnesses, and all parties are entitled to cross-examine witnesses thus called...The court may interrogate witnesses, whether called by itself or by a party"... .

⁸⁹ Tomado del portal web español "Noticias Jurídicas", noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.l2t8.html.

base que era inadmisibles la práctica de nueva prueba en momento posterior al escrito de conclusiones. Consideró el Tribunal que quebrantaría su imparcialidad si adoptara la prueba de oficio, y por tanto la deniega y termina absolviendo. La Fiscalía interpuso recurso de casación, y entonces se decidió⁹⁰...

*“Esta misma Sala ha admitido la posibilidad de proponer la práctica de pruebas con posterioridad al escrito de calificación, siempre que exista una causa justificada para ello, no implique un fraude procesal y no constituya un obstáculo al principio de contradicción...permite igualmente concebir este cauce de incorporación de nuevas pruebas al juicio no como una suplantación por el Tribunal de las facultades de iniciativa probatoria de las partes, actuando exclusivamente de oficio, sino precisamente como una vía de incorporación al proceso de medios probatorios que no han sido propuestos en su momento procesal, pero que se manifiesten durante el juicio como objetivamente necesarios para la comprobación de los hechos...”*⁹¹

Y es que este tema de la incorporación tardía de pruebas, ya había sido tratado por la Jurisprudencia española. Lo hizo la TS2ª el 14-12-96, sobre la extemporaneidad en la proposición de la prueba (esto es, con posterioridad al escrito de calificación). Entonces el criterio fue que no constituye un obstáculo absoluto a su admisibilidad siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- Que exista una causa justificada para ello;
- Que no implique fraude procesal, y
- Que no constituya un obstáculo al principio de contradicción,

circunstancias éstas que, en nuestro modo de ver, nada obsta para ser aplicadas al caso venezolano, en atención a la figura de las nuevas pruebas por hecho nuevo, como se verá más adelante. Posteriormente, en la Sentencia de Tribunal Supremo español del 1062/2001, del 16-7...

“...Tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que las posibilidades ...no pueden ser interpretadas de forma que autoricen una toma de posición del Tribunal que pudiera suponer o pudiera ser razonablemente entendida como el abandono de su imprescindible imparcialidad para subsanar la inacción o los posibles errores de las partes,

⁹⁰ En la cita de estas jurisprudencias hemos consultado la página web del referido Tribunal, www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/; de la misma manera que, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, consultada, provienen de su página web, "www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones".

⁹¹ www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=16278

*especialmente de la acusación. Es por ello que no es lícito desde este punto de vista que el Tribunal acuerde de oficio la práctica de pruebas que no fueron propuestas en su momento por las acusaciones. La iniciativa que al Tribunal atribuye...puede ser considerada como "prueba sobre la prueba", que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso...por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación"...*⁹²

Por su parte, en lo que atañe a Colombia, por ejemplo, en los procedimientos civiles, como lo es en Venezuela, conforme al Código de Procedimiento Civil, la prueba de oficio es una herramienta jurídico-procesal, consagrada en la normativa civil colombiana, a ser utilizada por el juez cuando así lo considere conveniente. El decreto discrecional de este tipo de prueba se ha constituido como objeto de debate en las altas cortes y en el ámbito académico. Ahora bien, el sistema procesal en Colombia ha desarrollado profundos cambios en cuanto a las funciones del juez y de la interpretación de las normas procesales. Basta advertir que, muy novedosamente, bajo la Ley 1564 del 12-7-12 se publicó el nuevo *Código General del Proceso* (cuya hechura se debe al gran procesalista, Jairo Parra Quijano⁹³) -en el ámbito fundamental del procedimiento civil, comercial, de familia y agrario-, en donde, ciertamente, se siguen permitiendo las pruebas de oficio en aquellos procedimientos, conforme a sus Artículo 42.2, 98, 104, 107.3, 129, 144; y, fundamentalmente, sus Art. 169 y 170, para cuyas providencias de prueba de oficio, no se admite recursos, pero las partes si pueden contradecirlas en audiencia.

Vale decir que antes de tales cambios en el ámbito civil, en Colombia, la prueba de oficio se introdujo por primera vez en el campo del derecho laboral, prácticamente bajo el mismo expediente por el que se introdujo en Venezuela en esa jurisdicción, como se verá, por la tensión existente en la relación de patronos y trabajadores. Parra Quijano afirma que es una facultad que permite mejorar la eficiencia del sistema judicial, buscando economía procesal, verdad material y permitiendo suplir la inequidad cualitativa que en algunos casos se

⁹² Citado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-17/2002, DEL 28-8-02, www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.doc

⁹³ Por cierto que su criterio sobre el particular es el siguiente: "*La prueba es necesariamente vital para la demostración de los hechos en el proceso; sin ella la arbitrariedad sería la que reinaría. Al juez le está prohibido basarse en su propia experiencia para dictar sentencia; ésta le puede servir para decretar pruebas de oficio y, entonces, su decisión se basará en pruebas oportuna y legalmente recaudadas. Lo que no está en el mundo del proceso, recaudado por los medios probatorios, no existe en el mundo para el juez"...* (Manual de Derecho probatorio. La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso-administrativo y en el derecho comparado. Bogotá, Del Profesional, 2002, 63.

presenta entre las partes⁹⁴; pero otro doctrinario colombiano, el doctor Alvarado Velloso hace una importante crítica acerca del sistema, donde el juez es el director del proceso, argumentando que este a su vez no puede convertirse en dictador, pues esto estaría contribuyendo a la pérdida de imparcialidad del funcionario judicial respecto a las partes, e iría en contravía del derecho fundamental al debido proceso⁹⁵. Este derecho fundamental consagrado en la Constitución Política significa, en sí mismo, que el proceso respeta sus propios principios. La crítica que Velloso hace de la prueba de oficio, la argumenta en que afecta el debido proceso, porque cualquier elemento que irrumpa la estructura del procedimiento, resta oportunidad de defensa o induce a error⁹⁶. La totalidad del proceso debe estar permeado por el garantismo procesal. *No puede haber un paternalismo probatorio del juez frente a la carga de las partes.*

Llevado el tema a la Corte Constitucional colombiana, en Sentencia de 1997, la C-541/97, ésta ha aceptado tales pruebas en los procedimientos civiles, afirmando que "*...el juez en el desarrollo de su función principal de administrar justicia, está en la obligación simultánea de garantizar la efectividad de un debido proceso. Para tal fin, puede hacer uso de la facultad de decreto y práctica de las pruebas que considere necesarias para aclarar los hechos y tomar, en forma justa, la decisión*"...⁹⁷

Como se ve, la doctrina y jurisprudencia que acepta la prueba de oficio, se sustenta en el hecho que con ella, se busca construir el camino más sólido para llegar a aquel santo grial - si se me exonera la expresión-, que no es otra más que la *verdad material*. Pretende que el juez tenga a su disposición todos los elementos probatorios, de manera que se prueben los hechos alegados con claridad y, finalmente, la decisión se elabore sobre un acervo probatorio completo y veraz.

⁹⁴ Parra, 345.

⁹⁵ *Debido proceso y pruebas de oficio*. Bogotá, Juris, 2006, 213.

⁹⁶ Alvarado, 215.

⁹⁷ Lo hemos derivado de la página web de la Corte Constitucional Colombiana, www.corteconstitucional.gov.co.

Ahora bien, en lo que atañe a los procedimientos penales colombianos, hay negación absoluta de la prueba de oficio en ellos. Y es que contrario a la anterior controversia en el mundo del proceso civil colombiano, en el ámbito penal el asunto es distinto, y digámoslo al rompe y sin mayor distracción: en la República Colombiana se establece como ilegal la existencia de las nuevas prueba de oficio en la jurisdicción penal.

"Art 361 Código Procesal Penal Colombiano: *"En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio"*⁹⁸,

en cuya Exposición de Motivo se lee que...

*"...El Sistema Acusatorio Colombiano tiene fundamento constitucional, en...el derecho de todo ciudadano a un proceso " público sin dilaciones injustificadas, así como a presentar pruebas y a controvertir las que allegue en su contra...La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de garantías"...*⁹⁹

Y es que los principios de la prueba establecen como bases rectoras y orientadoras del debate adversarial en el procedimiento penal colombiano que su contenido y alcance definidos constitucional y legalmente, depende la satisfacción plena de las garantías del defendido y la realización del derecho sustancial. Este conjunto de prescripciones jurídicas esenciales enmarca las facultades y derechos de todos los intervinientes en el proceso penal, y especialmente determina el ejercicio del derecho fundamental a una defensa técnica y material en un Estado social de derecho. en Colombia, la carga de la prueba está en cabeza de la Fiscalía, que debe con una actividad probatoria de cargo desvirtuar la presunción de inocencia, comprobando la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, más allá de toda duda. La defensa en cambio no está obligada a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente en el juicio oral (Art. 7 y 125. 8 del CPP). Sin embargo si la defensa decide utilizar la facultad de presentar prueba de descargo o contraprueba bien sea sobre los elementos del delito en discusión, sobre la

⁹⁸ Ley 906 del 31-8-04.

⁹⁹ De la pagina web "Código de Procedimiento Penal interactivo", procedimientopenalcolombiano.blogspot.com/2010/04/exposicion-de-motivos-ley-906-de-2004_10.html

responsabilidad del defendido o sobre su carácter o hábito, está sujeta a los mecanismos de controversia y confrontación y abre la ventana para que la Fiscalía no solo utilice el contra interrogatorio y la impugnación de testigos sino que presente evidencia frente a los hechos que la defensa pretende probar. Por lo tanto es expresada como una herramienta que debe ser sopesada entre el valor probatorio para la teoría del caso y la fuerza del contradictorio que pueda exhibir el acusador. Este derecho no se manifiesta únicamente desde el descubrimiento de la prueba que se da en la audiencia de formulación de acusación (344), sino desde las audiencias preliminares donde se pretenda restringir los derechos fundamentales del indiciado o imputado como en la audiencia de control de legalidad de la captura (297, Inciso 2), o en la audiencia de solicitud de medidas de aseguramiento (288.2 y 8). La omisión del descubrimiento, o el descubrimiento parcial y amañado vulnera tanto el principio de contradicción como el de igualdad de armas, aparte de constituir una conducta antiética contraria a la lealtad procesal.

Pero, entonces, ¿en Colombia la nueva prueba debe ser tratada como prueba inconstitucional e ilícita? Prueba ilícita es la obtenida con violación de las garantías fundamentales, es decir la que vulnera el principio de legalidad en sentido amplio, concebido como sometimiento de las actuaciones públicas a la integridad del ordenamiento jurídico. La prueba ilícita por previsión constitucional, es nula de pleno derecho (art. 29 constitucional¹⁰⁰) y por lo tanto es mandatorio su exclusión del proceso. Como lo explica ampliamente la Corte Constitucional, en la sentencia SU-159 de 2002, en el derecho comparado se identifican tres grandes grupos de sistemas o tendencias sobre la naturaleza y alcance de la prueba ilícita...

¹⁰⁰ Art 29 de la Constitución colombiana, "*El debido proceso se aplicara a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicara de preferencia a la restrictiva desfavorable, aun cuando sea posterior, se aplicara de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa durante y a la asistencia de un abogado escogido por el, o de oficio, durante. La investigación y el juzgamiento; a un debido proceso publico sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos. Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso*". (Trascrito de la página oficial de la República de Colombia, www.gobiernoenlinea.gov.co/web)

"_ La tradición anglosajona donde existe una regla general de exclusión de la prueba ilícita con dos tendencias: La de Estados Unidos donde la regla de exclusión es imperativa y no hay margen de discrecionalidad para el juez; y la de Gran Bretaña, Canadá y Australia, donde el juez cuenta con discrecionalidad para sopesar la prueba y aplicar factores de ponderación;.

"_ La tradición Romana, ejemplificada con Francia e Italia, donde la legislación procesal establece un rígido sistema de nulidades sustanciales y procedimentales que exigen una , y

"_ La tradición Germánica donde no existe ni regla general de exclusión ni un sistema de nulidades sino un sistema en el que el juez tiene el poder para determinar en cada caso cuando una prueba obtenida con violación de derechos debe desestimarse, aplicando un método de ponderación de factores múltiples jurídicamente relevantes"¹⁰¹.

Por lo que en Colombia se inclinan por un sistema de regla general de exclusión, en ese mismo fallo...

"Las pruebas inconstitucionales ,” están sometidas a la regla de exclusión, bajo el sistema de la nulidad de pleno derecho sin que al respecto exista discrecionalidad judicial, como ocurre en el derecho comparado, ni sin que se pueda alegar como excepción, la prevalencia del interés general, puesto que tratándose de derechos fundamentales, inherentes a la dignidad humana, la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique"

La discusión jurisprudencial y doctrinal más compleja como lo han resaltado la Corte Constitucional (Sentencia SU-159 de 2002) y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (entre otras, en Sentencia del 8-7-04), se centra en determinar si las pruebas derivadas de la prueba principal obtenida ilícitamente, son válidas o se afectan del mismo vicio. Identifica la Corte Suprema en la sentencia citada, en el derecho comparado tres sistemas sobre la invalidez de la prueba derivada:

_ “...el que le concede al juez plena libertad para apreciar la prolongación de los efectos de la invalidez de la prueba principal, inconstitucionalmente obtenida (Inglaterra- Francia)¹⁰²”

_ “al que sienta, como principio general, que la invalidez de la prueba primaria no se puede extender a otras que le sean relacionadas o casualmente vinculadas (Alemania)”

_ “y otro intermedio, conforme al cual los efectos de la exclusión de la prueba constitucionalmente ilícita se extienden a las pruebas derivadas de ellas, con algunas excepciones o distinciones (Estados Unidos)”¹⁰³.

Para la Corte, el inciso final del artículo 29 constitucional -arriba transcrito- exige la exclusión estricta de la prueba constitucionalmente ilícita (principal) y eventualmente de la derivada, de entidad también constitucional, que tiene su fuente en esta prueba básica principal. Se acoge así la tendencia norteamericana sobre prueba ilícita y sus derivadas.

¹⁰¹ www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/SU159-02.htm.

¹⁰² Chiesa, Ernesto, *Tratado de Derecho Probatorio*.

¹⁰³ www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

B) Las oportunidades probatorias en el proceso penal venezolano.

Volvamos de nuevo al caso venezolano. Para abordar el tema es fundamental entonces relacionar dichas oportunidades. Conforme a la norma procesal penal, serían éstas...

a) Como acto conclusivo de la Fase Preparatoria, *"Cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado o imputada, presentará la acusación ante el tribunal de control. La acusación debe contener:(...) 5. El ofrecimiento de los medios de prueba que se presentarán en el juicio, con indicación de su pertinencia o necesidad"...*;

b) Antes de la Audiencia Preliminar, conforme al Artículo 311 *eiusdem*, *"Hasta cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar, el o la Fiscal, la víctima, siempre que se haya querellado o haya presentado una acusación particular propia, y el imputado o imputada, podrán realizar por escrito los actos siguientes:(...) 7. Promover las pruebas que producirán en el juicio oral, con indicación de su pertinencia y necesidad. 8. Ofrecer nuevas pruebas de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la presentación de la acusación Fiscal"...*;

c) Como prueba complementaria después de dictado el auto de apertura a juicio: Conforme al Artículo 326 del COPP, *"Las partes podrán promover nuevas pruebas, acerca de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia preliminar";*

d) Al advertirse un cambio de calificación en el juicio, conforme al Artículo 333, *eiusdem*: *"Si en el curso de la audiencia el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes, podrá advertir al acusado o acusada sobre esa posibilidad, para que prepare su defensa. A todo evento, esta advertencia deberá ser hecha por el Juez o Jueza inmediatamente después de terminada la recepción de pruebas, si antes no lo hubiere hecho. En este caso se recibirá nueva declaración al acusado o acusada y se informará a las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa".* (Resaltado propio);

e) Al manifestar el Ministerio Público, su voluntad de ampliación de la acusación, conforme al Artículo 334 *eiusdem*: "*Durante el debate, y hasta antes de concedérsele la palabra a las partes para que expongan sus conclusiones, el Ministerio Público o el o la querellante podrán ampliar la acusación, mediante la inclusión de un nuevo hecho o circunstancia que no haya sido mencionado y que modifica la calificación jurídica o la pena del hecho objeto del debate. El o la querellante podrá adherirse a la ampliación de la acusación de el o la Fiscal, y éste podrá incorporar los nuevos elementos a la ampliación de su acusación. En tal caso, en relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la ampliación, se recibirá nueva declaración al acusado o acusada, y se informará a todas las partes, que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar su defensa. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y las necesidades de la defensa. Los nuevos hechos o circunstancias, sobre los cuales verse la ampliación, quedarán comprendidos en el auto de apertura a juicio*"; y

f) Las ya citadas "nuevas pruebas" por "hechos nuevos", reguladas por el Artículo 342 *eiusdem*...

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

C) Los nuevos hechos y/o las nuevas pruebas en el ámbito no penal, venezolano.

En el Código de Procedimiento Civil venezolano, no se concibe posibilidad alguna a la proposición de nuevos hechos posteriores a la contestación de la demanda, "...salvo aquellos casos que solo permiten introducir los hechos determinantes de satisfacción extraprocesal de la pretensión, o pérdida sobrevinida de interés legítimo en obtener la

tutela, y no la introducción de hechos que tengan otra eficacia"¹⁰⁴; aunque si existe, obviamente, la posibilidad a la prueba oficiosa. Los nuevos hechos si lo permite la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y el Adolescente, en sus procedimientos distintos al del *Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente*, es decir, en los no penales, a saber...

"Artículo 469. Alegato de Nuevos Hechos. Las partes pueden alegar hechos nuevos o sobrevenido durante el proceso hasta antes de la realización del acto oral de evacuación de pruebas, y la solicitud se tramitará de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, y la resolución admitiendo o denegando la solicitud deberá dictarse antes de fijarse la oportunidad del acto oral de evacuación de pruebas. Sobre lo resuelto por el juez sólo procede el recurso de revocación."

Por su parte, en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, reza su...

"Artículo 73. La oportunidad de promover pruebas para ambas partes será en la audiencia preliminar, no pudiendo promover pruebas en otra oportunidad posterior, salvo las excepciones establecidas en esta ley."¹⁰⁵

Obviamente, el procedimiento civil venezolano si conoce la noción de las llamadas "*pruebas sobrevenidas*" y un ejemplo típico es lo regulado por el Artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, en el que de acuerdo a lo apreciado por el juzgador a través de sus sentidos, se constatan los hechos promovidos por algunas de las partes, a los efectos de determinar las aseveraciones sobre algún punto de lo alegado en el juicio, o cualquier otra circunstancia modificatoria sobrevenida a la causa. En otro orden de idea, significativo y con solera en el procedimiento civil es el instituto del oficioso "*auto para mejor proveer*", regulado en el Artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, cuya regulación en el derogado CPC fue el modelo que adoptó el derogado CEC, en el ámbito penal, a saber:

"Después de presentados los informes dentro del lapso perentorio de quince días, podrá el Tribunal, si lo juzgare procedente, dictar auto para mejor proveer, en el cual podrá acordar: 1° Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos sobre algún hecho importante del proceso que aparezca dudoso u obscuro. 2° La presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso, y que se juzgue necesario. 3° Que se practique inspección judicial en alguna localidad, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen, o bien, que se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público, y se ponga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna circunstancia de tal proceso y tengan relación el uno con el otro. 4° Que se practique alguna experticia sobre los puntos que fije el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos. En el auto para mejor proveer, se señalará término suficiente para cumplirlo. Contra este auto no se oírá recurso alguno; cumplido que sea, las partes podrán hacer al Tribunal, antes del fallo, las observaciones que crean pertinentes respecto de las actuaciones practicadas. Los gastos que ocasionen estas actuaciones serán a cargo de las partes de por mitad, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas."¹⁰⁶

¹⁰⁴ Quintero, *Ibidem*.

¹⁰⁵ Transcrito de la pagina web del TSJ, www.tsj.gov.ve/legislacion/ley_organica_procesal_trabajo.htm.

¹⁰⁶ Código publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela N° 4209 del 18-9-90

El punto es que el tema de los poderes probatorios del juzgador es un asunto particularmente álgido. La actividad probatoria del juzgador, siempre ha sido una figura cuestionada, sobre la base del brocardo *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium*. Ahora bien, en ámbitos no penales -como dijimos arriba-, la actividad probatoria del juez es una realidad adoptada en distintas leyes nacionales, tal como se aprecia en el Artículo 39 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa¹⁰⁷; la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en sus Artículos 71¹⁰⁸ y 156¹⁰⁹; la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y Adolescente (en sus procedimientos no penales), en su Artículos 465¹¹⁰, y en el *In Fine* del Segundo Aparte de su Artículo 476¹¹¹: y en el Artículo 401 y el ya transcrito 514, ambos del Código de Procedimiento Civil.

D) El concepto de "nuevas pruebas".

Establece el Artículo 13 del COPP como "**Finalidad del proceso**", que...

"El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, y a esta finalidad deberá atenerse el juez o jueza al adoptar su decisión".

Tradicionalmente se tiene que las pruebas, son los actos jurídicos procesales en que intervienen las partes y el juez, en su pretensión de buscar las causas o explicaciones que conduzcan a esclarecer los hechos para proporcionar al juzgador una verdadera convicción

¹⁰⁷ **"Auto para mejor proveer.** *En cualquier estado de la causa el Juez o Jueza podrá solicitar información o hacer evacuar de oficio las pruebas que considere pertinentes. Este auto será inapelable. Las partes podrán hacer observaciones sobre las actuaciones practicadas.*" (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela núm. 39.447, 16 de Junio de 2010).

¹⁰⁸ **"Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales, que considere convenientes. El auto en que se ordenen estas diligencias fijará el término para cumplirlas y contra él no se oírá recurso alguno".**

¹⁰⁹ **"El Juez de Juicio podrá ordenar, a petición de parte o de oficio, la evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad; también podrá dar por terminados los actos de examen de testigos, cuando lo considere inoficioso o impertinente".**

¹¹⁰ **"Poderes del juez o jueza".** *"El juez o jueza, a solicitud de parte o de oficio, puede dictar diligencias preliminares, medidas preventivas y decretos de sustanciación que no hubieren sido ya objeto de pronunciamiento en el auto de admisión y que se consideren necesarios para garantizar derechos de los sujetos del proceso o a fin de asegurar la más pronta y eficaz preparación de las actuaciones que sean necesarias para proceder a la audiencia de juicio."*

¹¹¹ *"...El juez o jueza puede ordenar, a petición de parte o de oficio, la preparación o evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad."...*

sobre esos acontecimientos, permitiéndole decidir, a través del raciocinio, el conflicto que se ha desarrollado en el proceso. Tomando en cuenta la siguiente premisa se puede comenzar señalando la importancia de lo que es el medio de prueba y su forma de evacuación en el proceso, ya que es a través de ellas que las partes van a corroborar sus alegatos en juicios y son ellas las que van a dirigir al sentenciador a la verdad de los hechos para una decisión justa y diligente.

Por otra parte, siempre se ha tenido que las pruebas son clasificadas en libres y legales, (aunque como dicen varios doctrinarios todas ellas son legales porque si no, no se emplearían como medio de prueba), esta clasificación viene dada en razón de que existen pruebas taxativamente señaladas y desarrolladas en las leyes de nuestro país, donde el legislador no se limita a nombrarlas si no que explica cómo es su promoción, evacuación, oposición y hasta la respectiva valoración que el juez debe darles a la hora de sentenciar, pero también existen otras clases de pruebas que en el marco de las facultades del juez es él quien debe ordenar su evacuación bajo su respectiva supervisión o a través de la supervisión de otro funcionario que pueda dar fe de los hechos sucedidos. Todo esto en base a los principios de necesidad de la prueba, en el sentido de que al juez se le pueda proporcionar todos los recursos suficientes para que este pueda tener la convicción y así dictar sentencia.

Ahora bien, hay oportunidades preclusivas para probar, siendo que, prácticamente, nuestro Código Orgánico Procesal Penal instruye sobre la última de dichas oportunidades, el instituto de las nuevas pruebas, conforme lo establece el tantas veces citado Artículo 342. De allí que, sobre esta referencia normativa, la facultad que puede ejercer el juez para la práctica de nuevas pruebas siempre será sobre la base de "*nuevos hechos*", que se derivaron **después** de dejar actuar las pruebas admitidas en el auto de apertura a juicio, que fueron producidas o evacuadas en la oportunidad de la recepción probatoria, en el juicio. De acuerdo con esto, no le es dado, en principio, a los jueces, ordenar la práctica de oficio de pruebas, a lo largo del proceso; sino que, solo podrán hacerlo excepcionalmente, en ocasión de la hipótesis procesal contenida en el consabido Artículo 342 *eiusdem*.

E) Las hipótesis de hechos nuevos en el ámbito procesal penal.-

De allí que, como aporte propio, creemos que la *excepcionalidad* a admitir tales hechos nuevos, conducirá a las siguientes conclusiones procesales:

- a) Por obvias razones, si el hecho fue conocido antes de la acusación, ese es el hecho imputado que debió ser acusado, y jamás podrá ser considerado un "hecho nuevo".

En sustento de la anterior tesis se muestra el Encabezado del Artículo 345 del COPP ("**Congruencia entre Sentencia y Acusación**"), ya que si conforme a él, "*...La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritos en la acusación y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación*"..., es porque el *inicio* de tal congruencia se halla en la determinación del hecho con conocimiento fiscal previo a la acusación, contemplado en el Numeral 2 del 308 *eiusdem*, en el sentido que el fiscal al acusar tuvo "*...Una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado*"...;

- b) Si el hecho nuevo, es uno que viola otro bien jurídico no protegido por el tipo acusado, no podrá ser un "nuevo hecho": tendrá que instaurarse un proceso por ese hecho, en todas sus fases. Por ejemplo, se acusó estafa y el nuevo hecho probado en juicio, es violación.

Como sustento de lo anterior no solo queremos ilustrarlo con criterios jurisprudenciales, como el contenido en la Sentencia 701 de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, del 15-12-08...

...no puede el Ministerio Público acusar, sin haber imputado a quien estuvo señalado e investigado como autor o partícipe de un delito. Aceptarlo, implicaría convalidar un comportamiento silencioso, a espaldas o a escondidas, no sólo de los ciudadanos sino de la Ley y de la Justicia"...¹¹²,

¹¹² <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/diciembre/701-151208-2008-a08-219.html>

sino en la circunstancia que el COPP regula, por ejemplo, el sobreseimiento como acto conclusivo de la Fase Preparatoria, describiendo causales de manera taxativa, conforme al Artículo 300 *eiusdem*. En tal sentido encontramos que la causal contenida en su Numeral 2, "*El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, inculpabilidad o de no punibilidad*", alude a que toda imputación y por ende toda acusación, debe referirse específicamente a una calificación jurídica típica, expresa, que haga al hecho imputado, *antijurídico, culpable y punible*. Así, si la estructura básica de la norma jurídico penal se divide entre "*supuesto de hecho*" y "*consecuencia jurídica*", en tal especificidad se precisa quien es el *sujeto activo*, quien es el *sujeto pasivo*, cual es la *acción* u *omisión*, cual es el *objeto pasivo* o *activo* del delito y, fundamentalmente, cual es el *bien jurídico* que protege esa norma jurídico penal. Por ello, mal podrá condenarse al final, por un hecho diferente a tal precisión que acompañó a la imputación durante dos buenas fases procesales, la preparatoria y la intermedia. Pero, a nuestro entender, si podría condenarse si lo que se varió es la calificante manteniéndose ella dentro de la misma descripción de partes, objetos y referencia fáctica.

Tratemos de hacernos entender con un ejemplo: si lo perjudicado, sin el consentimiento de la víctima, es la cantidad *x*, como hecho que ingresó así al juicio bajo la denominación de *estafa*; pero ahora, al final del juicio, dejándose trabajar a las pruebas, resulto que tal perjuicio de la misma cantidad ocurrió pero como consecuencia de una *apropiación indebida*, siendo la misma cantidad la perjudicada por la conducta antijurídica que en el mismo momento y sitio cometió el imputado, y dicha conducta es regulada en el mismo capítulo -por decir- de la ley penal que describe el mismo bien jurídico, en este caso "*propiedad*", tal cambio puede admitirse y por ende tal condena, porque la pretensión es esencialmente la misma: perjuicio-sin-consentimiento-de-la-misma-cantidad-entre-las-mismas-partes. El "*hecho nuevo*", en el caso del ejemplo, es que, distinto al ardid estafante previo que engañó a la víctima, las pruebas nuevas lo que revelaron fue la previa existencia de un contrato entre víctima y victimario, siendo que este último actuó disponiendo lo que no era

suyo, en lugar de solamente administrar lo ajeno, como ahora se ve en juicio se exigía en el contrato.

- c) Si la “nueva prueba” era conocida previo al inicio del debate y no fue ofertada en la acusación o en la oportunidad de la prueba complementaria, no puede ser “nueva prueba”....., a menos que, conocida con anterioridad, el real nuevo hecho (dentro del ámbito de protección del mismo bien jurídico del tipo acusado) era desconocido antes, y es conocido ahora por su probanza en el juicio, y las pruebas ofertadas mencionan a la prueba conocida pero descartada antes.

Ejemplo: se apertura por hurto, y se sabía de la existencia de María. Pero María, ciertamente, no estaba en la habitación del hurto. Por eso no se ofreció. Ahora, novedosamente, en el debate, los testigos admitidos Pedro y Juan, hablan que el bien se entregó por coacción armada, señalando ellos que María estaba fuera, y vio el arma. María si estaba afuera y vio cuando el acusado salió de la habitación con el arma. El hecho aperturado que necesitaba ser probado, era un hurto. El hecho nuevo, es un robo. La prueba del hecho nuevo, es la nueva prueba, el testimonio de María. Y María es mencionada por las pruebas ya conocidas.

- d) Ciertamente, la iniciativa al ofrecimiento de nuevas pruebas es de las partes, u oficiosamente, pero siempre y cuando ocurran dos sustratos:

1. Que realmente se haya establecido el “*hecho nuevo*”, declarado por las partes o por el juez;
2. Que el juez no asuma el criterio de la suficiencia probatoria conforme a los dos Últimos Apartes del Art. 182 del COPP

Por otra parte, el hecho nuevo podrá referirse a:

- El supuesto de hecho del tipo acusado (el *matar*, el *robar*, el *estafar*, etc), pero también podrá ser...
- Una “*circunstancia*” modificativa de la responsabilidad penal (atenuante o gravante, específica o genérica), por ejemplo, la alevosía no conocida antes, etc.; o
- Una circunstancia vinculada a condición objetiva de punibilidad (ser familiar, etc.); o
- Una circunstancia procesal no conocida antes (prescripción, extinción de la acción penal por cumplimiento efectivo de acuerdo reparatorio; o por admisión a los fines de la suspensión condicional del proceso); o
- Por una circunstancia probatoria nueva insuperable (la enfermedad terminal del experto llamado a declarar, etc.). Interesante es revisar la Sentencia 301 del 8-110-06, de la Sala Penal...

“...cuando el...Código Orgánico Procesal Penal establece la excepcionalidad al Tribunal de Juicio de recibir nuevas pruebas lo condiciona restrictivamente al surgimiento de hechos y circunstancias novísimas que surjan en el curso de la audiencia. Es decir, en la etapa de la recepción de las pruebas, cuando en la dialéctica de la revisión del caudal probatorio surjan esos nuevos hechos o circunstancias que requieran su esclarecimiento. En el presente caso, el ofrecimiento de las nuevas pruebas por parte del Ministerio Público fue en la presentación de la acusación, razón por la cual la Juez...de Juicio no incurrió en la violación alegada por los solicitantes al no recibir las nuevas pruebas ofrecidas”...¹¹³,

o la Sentencia 459 del 28-7-07 (Penal)...

“...el Juez...incorporó ilegalmente al juicio oral, el testimonio del ciudadano...por cuanto las partes conocían de su existencia desde el inicio de la investigación, tal como lo indicó su hermano el ciudadano...al momento de rendir declaración en la sede del Cuerpo de Investigaciones...y como se desprende del escrito de contestación del recurso de casación, donde la defensa reconoce que no es un hecho nuevo la participación del ciudadano...Con ello...la Corte de Apelaciones convalidó la indebida aplicación de la referida norma, por parte del tribunal de instancia al inobservar...que exige como requisito necesario para la recepción de cualquier prueba bajo esta modalidad, el surgimiento en el desarrollo de la audiencia del juicio, de algún hecho o circunstancia nueva, que requieran su esclarecimiento, lo cual no quedó acreditado en las actas de audiencia ni en la sentencia de instancia que diera motivo al Tribunal de oficio incorporar dicho testigo para revisar el conocimiento de los hechos...la Corte de Apelaciones en el caso de autos, convalidó en la sentencia recurrida la apreciación que realizó el Juez de Juicio, de una prueba cuya práctica no fue efectuada con estricta observancia de las disposiciones...En consecuencia...declarar con lugar las presentes denuncias y retrotraer el proceso hasta el momento de la celebración de un nuevo juicio”...¹¹⁴

¹¹³ www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/octubre/a06-0301-433.htm.

¹¹⁴ www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/agosto/459-2807-2007-c06-0443. También la Sala Constitucional ha interpretado el instituto. A tal efecto la Sentencia 2941 del 28-11-02, en el sentido que es “...obligación de señalamiento de la pertinencia y necesidad de los medios de pruebas ofrecidos es una garantía que propone el Código Orgánico Procesal Penal, a los fines de que exista un equilibrio y respeto entre las partes involucradas en el proceso, que evita el hecho referido a que una parte no pueda contraponer, con tiempo suficiente, ningún argumento que considere útil relacionado a que los medios de prueba ofrecidos no tienen relación, ni directa o indirectamente, con los hechos establecidos en la acusación, o bien, que los mismos se hayan obtenido ilegalmente”... (www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/noviembre/2941-281102-02-1871)

Se trata pues, que en el curso de la audiencia, entendiéndose como el desarrollo del juicio oral, donde se incluye el debate probatorio, surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieren su esclarecimiento, vale decir: revelaciones inesperadas que puedan tener importante trascendencias, lo que en principio consideramos que debe surgir de lo que dimanare de las pruebas allí incorporadas, pero ningún impedimento debe oponerse a que ello sea planteado en las exposiciones que inicialmente hagan las partes y en las que revelen el conocimiento que hayan tenido acerca de ese nuevo hecho, lo que se corresponde con la necesidad de establecer la verdad por la vías jurídicas y la justicia en la aplicación de derecho, como finalidad esencial del proceso.

Como la misma norma lo expresa, es una facultad muy excepcional, cuando los nuevos hechos surgidos en esa audiencia realmente lo justifiquen, para lo cual el juez debe actuar prudencialmente y con sujeción al principio de imparcialidad, siendo clara dicha norma en señalar en su última parte que *"...el Tribunal cuidara de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes"*

Por lo anterior debe ser obvio que el hecho nuevo y/o las circunstancias, deben tener una relación directa o indirecta con el hecho principal objeto de la imputación, o con la causa que por ello se sigue. Repetimos: no deben ser los hechos extraños constitutivos de un tipo delictual diferente o sin relación alguna con la tramitación de la causa.

Y si bien el fiscal puede durante el debate ampliar su acusación mediante la inclusión de un nuevo hecho que no haya sido mencionado en esa acusación o en el auto de apertura a juicio, ello solo corresponde a los efectos de una eventual modificación de la calificación jurídica o la pena objeto del debate. Por lo tanto el acusado debe ser advertido y tener oportunidad de defenderse, pidiendo la suspensión del proceso para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención, lo que se fundamenta en la necesidad de que exista una congruencia entre la sentencia y la acusación, y en derecho a la defensa.

Por lo anterior se deduce que este instituto debe ser tomado como una excepción al llamado *Principio de abstención* del Juez en la búsqueda de la prueba en este sistema fundamentalmente acusatorio, estableciendo el carácter excepcional de esa iniciativa

probatoria, como árbitro imparcial, y advirtiéndole que debe evitar no reemplazar por ese medio la actuación propia de las partes.

Ahora bien, el ejercicio de las "nuevas pruebas" en juicio, ante *nuevos hechos* (revelaciones inesperadas), contiene otras excepciones atinentes a los siguientes principios, a saber:

- El de preclusividad, en el sentido que las pruebas para el juicio se promueven dentro de las oportunidades preclusivas estrictamente prevista en la ley (como ya acotamos arriba, el COPP impone que (i)... *"La acusación debe contener: 5. El ofrecimiento de los medios de prueba que se presentarán en el juicio...; (ii) por las llamadas "pruebas ulteriores" podrán ofrecer pruebas..."...Hasta 5 días antes del vencimiento del lapso fijado para la celebración de la audiencia preliminar..."*);
- Los contenidos en los principios acusatorios, de aportación de parte y pasividad del juez en la actividad probatoria: sólo las partes deben promover pruebas.

Como se ve, entonces, el Código Orgánico Procesal Penal prevé que el tribunal podrá ordenar de oficio la recepción de cualquier prueba, siendo que, entonces, esa actividad oficiosa del juez debe tener carácter excepcional, ya que se intuye más como una iniciativa probatoria del sistema inquisitivo.

Así, debemos recalcar y puntualizar que el aporte de pruebas es propio de las partes en un sistema acusatorio. Relajar esto, nos indica que no tenemos un sistema acusatorio puro, sino primordialmente acusatorio, con reminiscencias de lo inquisitivo, habida cuenta tales iniciativas probatorias que tiene el juez, aun siendo excepcionales. Antecedente de lo anterior en el derogado proceso penal venezolano lo encontramos en el así llamado "*auto para mejor proveer*" del Art. 293 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal.

En condiciones de normalidad probatoria, por así decirlo, ¿cuándo puede ordenarse las nuevas pruebas en juicio?. El COPP precisa: "...**en el curso de la audiencia**"..., o sea, en la audiencia del juicio oral. En este sentido, entendemos a "*la Oferta de Pruebas*" como el acto

procesal de las partes mediante el cual estas proponen los medios de pruebas que se presentarán y examinarán en el Juicio Oral. De ello se desprende que lo que no fue ofrecido durante el desarrollo de la Fase Intermedia no puede ser objeto de debate, y esto es así, ya que no se puede permitir la sorpresa probatoria como mala fe o deslealtad de los litigantes, es decir, no se puede permitir que las partes presenten de manera sorpresiva pruebas en el proceso, las cuales no puedan ser controvertidas con suficiente antelación por las mismas. Y ello va desde que se inicia la audiencia del juicio (en el acto de apertura, y nunca después de cerrado el debate de pruebas, cuando ya no hay actividad probatoria, sino conclusiones de las partes. Esta afirmación que hacemos de manera categórica puede tener una sola excepción, casuística ella pero, por qué no, posible. Y pensamos en la circunstancia regulada en los dos últimos apartes del Artículo 343 del COPP...

(omissis)"...Si está presente la víctima y desea exponer, se le dará la palabra, aunque no haya presentado querrela.

"Finalmente, el Juez o Jueza preguntará al acusado o acusada, o a su defensor o defensora, si tiene algo más que manifestar. A continuación declarará cerrado el debate".

Entonces, ¿qué pasaría si en ese momento, ya cerrado expresamente toda recepción de prueba -pero no "el debate", como se precisa en el *In Fine* transcrito-, exponiendo al cierre -sin ser juramentada porque no es un acto testimonial-, la víctima releva de responsabilidades al acusado, contrariando lo dicho antes; o el acusado confiesa, o se auto incrimina, insisto, no siendo ese un acto probatorio sino de conclusiones? A nuestro humilde modo de ver, estamos en presencia de un real caso de "*hecho nuevo*", que obligaría al juez a reaperturar el lapso probatorio para, precisamente, buscar dicha "*nueva prueba*". Reaperturado entonces dicho lapso, ahora, cumpliendo con las formalidades testimoniantes, la víctima juramentada se le preguntará de nuevo sobre lo que sabe del hecho; y sin juramento, lo mismo, al acusado, ampliándose entonces la comunidad de la prueba con esos dichos. Por cierto que no bastaría la simple declaración de ambos, sino que debe permitirse el interrogatorio de partes y del tribunal a tal efecto (sin coacción frente al acusado, por el precepto constitucional). De responder de nuevo la víctima sobre la responsabilidad del acusado, o de insistir éste en su inocencia, no podrá cuestionarse el dicho relevante anterior de la primera en sus conclusiones, como una circunstancia que propiciaría su

responsabilidad por perjurio, porque aquella no lo dijo en un acto probatorio. Y tampoco se les relevará de un nuevo cierre declarativo no probatorio en el que, de volverse a operar los dichos contradictorios con respecto a lo testimoniado o alegado antes, ya si, no debería propiciarse nuevas reaperturas probatorias, por razones de racionalidad procesal. Pero ya el juez tuvo ante sí una conducta procesal de las partes, que le puede otorgar convicción por vía de la lógica y las máximas de experiencia; debiendo ser bien exhaustivo en admitir como sustento de la sentencia, solamente lo dicho en el acto probatorio formal, y no como prueba, lo dicho en el cierre.

En síntesis, reiteramos, tanto el "*hecho nuevo*", como las "*pruebas nuevas*", deben tener relación con la materia del debate. Se trata de hechos y circunstancias relacionadas con el hecho imputado en la acusación, contenido en el auto de apertura a juicio o en la ampliación de la acusación, que pueden dar lugar a un cambio de calificación jurídica, menor o mayor pena sentencia, previa advertencia a las partes. Ejemplos: Revelación sobre concausa en homicidio, medios o modos de comisión, fallecimiento del lesionado a consecuencia del hecho, lesiones o muertes seguidas de violación, arma como medio de comisión de un robo, etc. Pero también los hechos y circunstancias relacionados con la actividad probatoria. Ej. Soborno o intimidación a testigo o experto. Destrucción de documento, etc.

Pero, ¿cuales nuevas pruebas? Las que se consideren necesarias y pertinentes para acreditar los nuevos hechos, especialmente nuevas experticias o declaraciones de expertos y otras. ¿Ante qué hechos o circunstancias nuevos procede? Cualesquiera que puedan tener relación directa o indirecta con la materia del debate y hasta con la actividad probatoria. En tal sentido, nos parece interesante ilustrar el punto con la siguiente jurisprudencia, la 405 del 28-6-05 de nuestra Sala de Casación Penal...

"...el tribunal en función de juicio acreditó en su fallo que la víctima mantuvo una relación sentimental con la actual pareja del acusado ciudadana...sin embargo no le permitió rendir declaración en el transcurso del debate oral, al considerar que esta circunstancia que surgió en el juicio no guardaba relación con el hecho objeto del debate. La corte de apelaciones, al resolver el recurso de apelación...estableció lo siguiente: "... la circunstancia que se pretendía acreditar con la promoción de dicho testimonio, por una parte, se aleja del objeto del proceso pues en caso de corroborar el dicho del acusado respecto de la existencia de una relación amorosa con la referida ciudadana, ello devenía inútil para esclarecer el hecho acusado y no obraría ni a favor o en contra de su status jurídico por ser el hecho debatido la comisión del delito de robo y no la comprobación de una relación afectiva entre su persona y la referida ciudadana, o entre ésta y la víctima quien incluso reconoció haber tenido un noviazgo corto con ella(...).Las circunstancias advertidas tanto por el tribunal en función de juicio y la corte de apelaciones, en relación con la ciudadana... surgieron en el transcurso del debate oral y público, en virtud del testimonio rendido por la víctima ciudadano...lo que jamás pudo evidenciarse durante la fase de investigación y antes de la celebración de la audiencia preliminar y por ello la prueba debió ser admitida aun de oficio al verificarse las exigencias del...Código Orgánico Procesal Penal. La prueba testimonial en el presente caso, resulta

*fundamental toda vez que el principal elemento inculpatario radica en el testimonio de la víctima y contrariamente a lo señalado por los jueces en su fallo, la circunstancia de haber tenido tanto la víctima como el acusado una relación afectiva con la ciudadana...de ninguna manera puede desvincularse del hecho objeto del proceso, porque ello pudiera conducir a la existencia de un móvil de resentimiento entre ambos y así privar de credibilidad las afirmaciones del testigo (víctima), todo lo cual debe ser apreciado y valorado adecuadamente por los jueces para cumplir con la finalidad del proceso y respaldar la convicción judicial que establezcan en el fallo. **DECISION...**que se celebre un nuevo juicio"...¹¹⁵*

Frente al punto, y en otro fallo, nos llamó la atención el Voto Salvado de la Magistrada Blanca Mármol, a la Sentencia 507 del 8-8-05, de la Sala de Casación Penal, donde pareciera percibirse el tema de la ilicitud de la prueba que fue ya pedida por la fiscalía y por eso no fue declara "nueva". Veamos...

"...Considero que la declaración del ciudadano...de modo alguno constituye una nueva prueba, toda vez que la misma no sirve para esclarecer nuevos hechos o circunstancias que hubiesen surgido en el curso de la audiencia relacionados con el caso que se decide.(...)En el presente caso, el Tribunal de Juicio admitió la declaración del ciudadano...(Jefe de Seguridad de la Universidad ...) solicitada por la parte fiscal, pues éste estimó que la ciudadana...al expresar que uno de los funcionarios policiales le había proferido una bofetada, tal hecho era necesario esclarecerlo y debía admitir tal testimonio. Pienso que la Sala ha debido declarar CON LUGAR la primera denuncia del recurso de casación, ya que no puede, de modo alguno reputarse como nueva prueba la declaración del ciudadano.... pues esta la solicita la parte fiscal para esclarecer una supuesta bofetada que le profirió uno de los funcionarios policiales a la ciudadana...A mi juicio, el hecho de que la defensa haya interrogado al testigo, no convalida de testimonial del ciudadano... rendida como nueva prueba, pues no es esa su naturaleza y por ello no ha debido admitirse".¹¹⁶

Frente a esta postura discordante de la Magistrado, ya hemos hecho referencia que nuestro Código Orgánico Procesal Penal establece la

"...Licitud de la prueba. 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...",

siendo que, por su parte, el Artículo 175 *eiusdem* precisa que...

"...Serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado o imputada, en los casos y formas que este Código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías fundamentales previstos en este Código, la Constitución de la República, las leyes y los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela"....

y por tales razones, considero que -aceptando la postura de la discordante- la Sala ha debido declarar la nulidad de la decisión tomada en base al testimonio del mencionado ciudadano.

Por otra parte, en el llamado Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente contemplado en la LOPNNA, su Art. 599, también contempla las...

¹¹⁵ www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/junio/405-rc05-0236.

¹¹⁶ www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/agosto/507-rc04-0016.

Nuevas Pruebas “...Excepcionalmente, el tribunal a petición de parte, podrá ordenar la recepción de nuevas pruebas si, en el curso de la audiencia, surgen como indispensables para el esclarecimiento de los hechos...”

De acuerdo con el artículo *in comento*, el legislador de manera extraordinaria faculta al juez en aquellos casos, en que considere la necesidad de determinadas pruebas, si y solo sí, en el curso del proceso surge como indispensable ordenar su recepción con miras a la consecución de la verdad, siendo ésta, la finalidad del proceso.

En este sentido, se puntualiza la importancia y trascendencia de la prueba en el proceso penal, es la medula del proceso, sin ella no se concibe el mismo, pues desde tiempos remotos y aún en procesos apartados de un debido proceso enmarcados en un Estado de Derecho, se requiere para su verificación, de la prueba, elementos de convicción o simplemente indicios. Por ello, la defensa y la oportunidad para defenderse, así como para demostrar la responsabilidad penal de un ciudadano, en este caso adolescente, requiere de lapsos preclusivos que el legislador celosamente ha establecido para garantizar a las partes en igualdad de condiciones el ejercicio pleno de sus derechos.

“En el sistema acusatorio, corresponde al titular de la acción penal, sea la Fiscalía o sea un acusador privado, el probar la culpabilidad del acusado y, en consecuencia, éste no viene obligado a probar su inocencia. Eso quiere decir que el titular de la acusación es quien tiene la carga de la prueba de los hechos imputados y el tribunal sólo puede acometer la búsqueda de la prueba, dentro de los marcos de la imputación, en términos similares a los regulados en el procedimiento civil bajo el principio dispositivo. Por ello el tribunal sólo debe disponer de oficio una prueba, cuando sea necesaria para aclarar algún hecho exculpativo revelado en el juicio oral y no conocido antes por las partes. De tal forma, la prueba de oficio sólo debe operar a favor del reo y nunca en su contra, pues para esto último el fiscal dispone del procedimiento de ampliación de la acusación”. (Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*. Sexta Edición. Vadell, 444).

Por su parte, en Venezuela, también el autor Alejandro Perillo Silva, en su obra *Derecho Penal Venezolano de Adolescentes, Aspectos Sustantivos y Adjetivos*¹¹⁷, al referirse al tema de las Nuevas Pruebas en materia de Adolescentes refiere:

“Es condición sine qua non que dicha prueba sea necesaria para el esclarecimiento de los hechos, debe ser fundamental y no versar sobre alguna circunstancia que muy bien pudiera ser corroborada por otra prueba ya aportada. Debe emerger del debate, allí debe nacer. “A diferencia de la otra “nueva prueba” establecida en el artículo 586 de la LOPNNA, esta prueba deriva del calor contradictorio y puede ser propuesta por las partes y de oficio por el Tribunal; aquélla solamente solicitada por el adolescente imputado, cuyo conocimiento se tuvo después de la Audiencia Preliminar, y ser promovida antes de la Audiencia del juicio oral y privado”

¹¹⁷ Caracas, Vadell, 156.

En atención a la anterior investigación bibliográfica, normativa y jurisprudencial estamos en capacidad de concluir en los siguientes apartados:

a) Los principios probatorios por los que se rige el proceso penal venezolano guardan una consonancia entre su perspectiva constitucional y su instrumentalización procesal. Dos normas son claves en la perspectiva constitucional para identificar tales principios probatorios: Una, el 49 Constitucional, al definir en su Numeral 2 que la desvirtuación de la natural condición de inocente de toda persona, solo procede de un quehacer probatorio; siendo que conforme al 285 *eiusdem*, es el Ministerio Público quien debe hacer constar los hechos y circunstancias de la imputación penal. Ello hace que los principios probatorios de nuestro proceso penal, se estructuren sobre la contradicción como principio, ya que, volviendo al citado 49 Constitucional, pero en su Numeral 1, el defendible tiene el derecho, no solo del conocimiento oportuno de la prueba de cargo, sino que debe tener la oportunidad y el tiempo necesario para ejercer la prueba de descargo. Es así entonces, que conforme al COPP, el único mecanismo apreciativo de la prueba es la sana crítica (22) instrumentalizada a través de la lógica, la experiencia y la ciencia. Pero aunado a tal principio apreciativo surge la búsqueda de la verdad material, conforme al 13 *eiusdem*, aunado a los principios de licitud probatoria (181) y libertad probatoria (182). De manera tal que el acusatorio procesal penal venezolana se asume en su perspectiva probatoria como un sistema en donde las partes son las que promueven la prueba de sus pretensiones en diferentes momentos procesales, por lo que el juez de juicio las apreciará en sana crítica para así establecer la verdad material que sustente la tesis de la sentencia, bien sea ella condenatoria, absolutoria o de sobreseimiento. Así, conforme al español Carlos Climent Durán...

"...los hechos fijados en la sentencia como probados han de ser extraídos de los hechos alegados por las partes litigantes, no pudiendo ser plasmados en la sentencia hechos no alegados, aunque éstos hayan quedado probados en virtud de los medios de prueba utilizados en el proceso. Razones de congruencia con los hechos alegados o afirmados por las partes impiden to¹¹⁸mar en consideración hechos diferentes, porque éstos no han sido los sometidos por las partes a la decisión del juzgador. Y si se procediere así se produciría una infracción normativa de orden procesal";

¹¹⁸ *La prueba penal, I.*, Valencia (España), Tirant, 2005, 100.

b) Atendiendo a tales principios, ciertamente son las *pruebas de oficio* frente a un *hecho nuevo* -en pleno juicio, reguladas por el 342 del COPP- una excepción a tales principios probatorios anteriormente descritos. Y lo son porque desatienden el carácter contradictorio de partes y la probanza de pretensiones en el proceso penal, al permitirse que, con pruebas aportadas por el juez de juicio y apreciadas después por él, pueda ese hecho ser el sustento tanto de una sentencia condenatoria¹¹⁹, como de absolución o de sobreseimiento. De allí que el sustrato probatorio de esa sentencia que no es el producto de una específica carga procesal asumida por el pretensor, sino como respuesta jurisdiccional de quien solo debió recepcionar y dirigir la evacuación probatoria. Con ello se desconoce la tan necesaria oportunidad de conocer la prueba del otro como la de descargar con la prueba propia, ya que la redacción de la norma de probanza oficiosa, el 342 del COPP siquiera habla de ofrecimiento probatorio, como si lo mencionan institutos procesales cuasi-similares como la advertencia de cambio de calificación (333) o la ampliación de la acusación (334). En la probanza oficiosa del 342 del COPP, al romperse, se postula la simple recepción probatoria, inclusive de origen oficioso, sin mencionarse en esa disposición, la existencia de una previa incidencia de lapso probatorio;

c) Frente al tema de la prueba de oficio en el juicio la doctrina tiende a tomar partido sobre la aceptación de pruebas de oficio en el juicio fundamentado en el sistema procesal en que descansa tal quehacer probatorio. Sistemas mixtos como el español y el argentino, con instrucción judicial en la inicial fase de su proceso, ven con relativa naturalidad que en pleno juicio el juez pueda seguir teniendo alguna somera asunción probatoria. Por su parte, naciones como Colombia, en su ordenamiento procesal rechazan de plano la posibilidad de un juez de juicio probando y apreciando la prueba que él mismo obtiene. En lo que atañe a

¹¹⁹ Frente ello, la posición del hoy Magistrado Emérito de la Sala Constitucional del TSJ y reconocido probacionista patrio, Jesús Eduardo Cabrera Romero es, por decir lo poco, polémica: *"Un Estado donde impera el delito por encima de las instituciones, ya que éstas no pueden reprimirlo ni prevenirlo, es un Estado en vías de colapsar, así se maquille el problema, y tanto el Estado como sus funcionarios y, en especial, sus instituciones cuyo deber es defenderlo, al menos con la herramienta que es el proceso penal, tienen que tratar de combatir el delito y acabar con su impunidad por lo que ante la colisión de normas probatorias con las constitucionales, creemos que en los casos ambiguos u oscuros deben aplicarse aquellas que defienden derechos colectivos (la sociedad) sobre los individuales. De nada vale que existan derechos humanos, si el Estado no puede garantizarlos. De nada vale que formalmente exista un Estado, si sus ciudadanos son pasto diario del delito. De nada vale una democracia participativa, si el crimen organizado es quien influye en el gobierno o en la gobernabilidad"* (*La prueba ilegítima por inconstitucional*. Caracas, Homero, 2012, 49). Ante este criterio, valdría la pena acudir a Cesar Beccaria, cuando hace más de tres siglos manifestaba su famosa expresión: *"No hay libertad donde las leyes consientan alguna vez, que en determinados casos el hombre deje de ser persona y se convierta en cosa"* (*De los delitos y de las penas* (traducción de Cesar Cantú. Madrid, 148).

la jurisprudencia venezolana escasa ha sido la formulación de criterios cónsonos sobre el particular, siendo la jurisprudencia al respecto, siquiera tangencialmente se plantea el análisis de la eventual inconstitucionalidad del 342 del COPP, inclusive por medio del control difuso de la constitucionalidad conforme al 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela;

d) Hay, obviamente, un doble efecto que puede derivarse del ejercicio probatorio oficioso en juicio: uno, la condena de alguien por un hecho nuevo que, aunque vinculado al hecho acusado siempre, por lo novedoso, constituye una circunstancia atentatoria contra su ejercicio de defensa. Prácticamente, el defendible no solo se defiende de su contra parte sino del propio juez que con un pronunciamiento de admisión de la prueba por él derivada, ello causa un ingente agravio a tal defendible. Ello, máxime si no ostenta medios recursivos ordinarios para contrarrestar tal probanza oficiosa y tendrá que esperar la publicación de la sentencia para actuar en consecuencia. Pero, el otro efecto que puede derivarse de tal hecho nuevo oficiosamente probado es totalmente lo contrario: la absolución o el sobreseimiento, al sustentarse éstos bien sea en una causa de justificación, o de exculpación o de atipicidad, o de extinción de la acción penal. En tal supuesto la excepcional probanza oficiosa funciona como herramienta procesal que trae una justa respuesta frente al imputado, que no tendría por qué esperar de la interposición del recurso de revisión procesal para zafarse de la condena con elementos de descargo que pueden ser producidos en el juicio original pero que no fueron evacuados ante la inactividad de las partes, correspondiéndole al juez su asunción, con todo lo inconstitucional que en lo formal representa tal proceder;

e) Siendo que conforme el 49.3 de la Constitución, el adecuado juez natural debe ser "*...competente, independiente e imparcial*"..., como correlato de la capacidad objetiva (la competencia por razón de la materia, territorio, persona, función y conexión) y subjetiva (su necesaria imparcialidad), más que violar el *Principio de imparcialidad* (que se evidenciaría en las causales objetivas y subjetivas de apartamiento -recusación e inhibición-, conforme al 89

del COPP), retomamos una expresión del gran procesalista español Juan Montero Aroca¹²⁰, el juez lo que violaría es su exigida "*imparcialidad*" -si se nos permite utilizar la acepción del maestro Montero-, cuando ejerce tal quehacer probatorio oficioso. Esto, porque más que ser *parcial* en lugar de *imparcial* al hacerlo, lo que se evidencia de su conducta procesal es que está asumiendo las cargas procesales de las partes cuyos roles está perfectamente delimitado tanto en la Constitución como en la ley. Ahora bien, es particularmente elocuente el criterio del gran doctrinario argentino Eduardo Jauchén...

"...la acción penal no puede ser promovida de oficio. No cabe ninguna duda de que conforme a los principios más antiguos y elementales, no se puede ser juez y parte al mismo tiempo, lo que conspira frontalmente con la esencia de la justicia. De ahí que el ayo *ne procedat iudex ex officio*, pilar fundamental en todos los Estados de derecho, sea el primer presupuesto insoslayable del respeto a la garantía constitucional del *juez imparcial*"¹²¹

f) Que el juez tenga la oportunidad final del quehacer probatorio casi a la finalización del debate en el juicio al probar él mismo un supuesto hecho nuevo que derrumbe todo lo materializado en el debate con la producción probatoria original, es un vicio del ordenamiento penal venezolano que hacer retroceder a épocas inquisitivas reguladas por el Código de Enjuiciamiento Criminal, con su extinto (¿?) "*auto para mejor proveer*". Se estaría echando a la borda el pretendido carácter adversarial del sistema acusatorio con la existencia de un *tercero decisor*, que ya no solamente instruye los medios probatorios, obteniéndolos al inicio, sino también al final de todo el proceso, asumiendo una suerte de remate probatorio, de fin sorpresivo de función, de desenlace inesperado, que en poco ayuda a la seguridad jurídica o siquiera a la seguridad institucional que debe provenir de los miembros del Poder Público;

g) Las oportunidades de promoción probatoria en el sistema procesal penal venezolano, al menos frente a la llamada *causa petendi* (ya que otras incidencias o incidentes procesales también pueden ser demostrados con pruebas), son: la (i) interposición de la acusación, (ii) la posibilidad de las pruebas ulteriores (hasta el sexto día hábil antes del de fijación de la audiencia preliminar), (iii) la prueba complementaria (cuyo conocimiento se derivó después

¹²⁰ En *Principios del Proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Barcelona (España), 202, 47.

¹²¹ *Derechos del Imputado*, Buenos Aires, Rubinzal, 2005, 212.

de dictado el auto de apertura a juicio), (iv) la reapertura probatoria por la advertencia de cambio de calificación; (v) la reapertura probatoria por la voluntad fiscal de ampliación de la acusación; y finalmente (vi) la prueba nueva, inclusive de aporte oficioso, en la necesidad de probar un hecho nuevo. Tales oportunidades probatorias obedecen fundamentalmente a la llamada *mutación del hecho objeto del proceso* a lo largo del recorrido de la causa, por lo que mal pueden ser concebidas como excepciones coyunturales al quehacer probatorio. Son la constante aplicación del *Principio de necesidad probatoria*: el hecho objeto del proceso es el que necesita ser probado y no ningún otro más, aunque este hecho puede cambiar circunstancialmente a lo largo del proceso.

CONCLUSIONES.-

Las llamadas "*pruebas nuevas*" o "*nuevas pruebas*" que sirven para sustentar el "*hecho nuevo*" o el "*nuevo hecho*" evidenciado en el juicio oral y público después de recepcionadas las pruebas admitidas en el auto de apertura a juicio, debe ser un hecho o circunstancia que tenga una relación directa con el hecho principal objeto de la imputación, con las partes involucradas (victimario-victima), y con el objeto pasivo del delito pasado a juicio, para ser tomada en consideración congruentemente en la sentencia y llegar a ser, en principio, pertinente, las pruebas que sustentan aquel hecho. Estas pruebas nuevas, aunque su fin es esclarecer nuevos hechos o circunstancias que hubiesen surgido en el curso de la audiencia relacionados con el caso que se decide, para llegar a tener un proceso transparente y con criterios objetivos, deben ser obtenidas sin ilicitudes y vicios. La especial circunstancia de que oficiosamente, el juez de juicio penal venezolano pueda ordenar tales pruebas debe ser siempre concebido, "*excepcionalmente*" como lo dice el 342 del COPP, en la imperiosa necesidad de buscar la verdad material exigida por el Artículo 13 del COPP, y nunca en función de sustituir el quehacer procesal de las partes y/o sus cargas probatorias.

En tal sentido, y como aporte propio, tales *excepcionalidades* para aceptar el hecho nuevo conlleva las siguientes hipótesis: **(i)** Jamás podrá aceptarse como hecho nuevo el evidenciable procesalmente conocido por el titular de la acción penal antes de la acusación; **(ii)** Jamás podrá ser un hecho nuevo, el que viola otro bien jurídico no protegido por el tipo acusado; **(iii)** Si la "*nueva prueba*" era conocida previo al inicio del debate y no fue ofertada en la acusación o en la oportunidad de la prueba complementaria, no puede ser "*nueva prueba*" a menos que conocida con anterioridad, el real nuevo hecho (dentro del ámbito de protección del mismo bien jurídico del tipo acusado) era desconocido antes, y es conocido ahora por su probanza en el juicio, y las pruebas ofertadas mencionan a la prueba conocida pero descartada antes; **(iv)** La iniciativa al ofrecimiento de nuevas pruebas es de las partes, u oficiosamente, pero siempre y cuando ocurran dos sustratos: **1.)** Que realmente se haya establecido el "*hecho nuevo*", declarado por las partes o por el juez; y **2.)** Que el juez no asuma el criterio de la suficiencia probatoria conforme a los dos Últimos Apartes del Art. 182 del COPP; y **(v)** Tal hecho nuevo podrá referirse:

- Al supuesto de hecho del tipo acusado (el *matar*, el *robar*, el *estafar*, etc.), pero también podrá ser...
- Una “*circunstancia*” modificativa de la responsabilidad penal (atenuante o gravante, específica o genérica), por ejemplo, la alevosía no conocida antes, etc; o
- Una circunstancia vinculada a condición objetiva de punibilidad (ser familiar, etc); o
- Una circunstancia procesal no conocida antes (prescripción, extinción de la acción penal por cumplimiento efectivo de acuerdo reparatorio; o por admisión a los fines de la suspensión condicional del proceso); o
- Una circunstancia probatoria nueva insuperable (la enfermedad terminal del experto llamado a declarar, etc.).

Empero lo anterior, los principios probatorios por los que se rige el proceso penal venezolano guardan una consonancia entre su perspectiva constitucional y su instrumentalización procesal. El 49 Constitucional, al definir en su Numeral 2 que la desvirtuación de la natural condición de inocente de toda persona, solo procede de un quehacer probatorio; siendo que conforme al 285 *eiusdem*, es el Ministerio Público quien debe hacer constar los hechos y circunstancias de la imputación penal, ello hace que los principios probatorios de nuestro proceso penal, se estructuren sobre la contradicción como principio. Atendiendo a tales principios, ciertamente son las *pruebas de oficio* frente a un *hecho nuevo* -en pleno juicio, reguladas por el 342 del COPP- una excepción a tales principios probatorios anteriormente descritos. Y lo son porque desatienden el carácter contradictorio de partes y la probanza de pretensiones en el proceso penal, al permitirse que, con pruebas aportadas por el juez de juicio y apreciadas después por él, pueda ese hecho ser el sustento tanto de una sentencia condenatoria, como de absolución o de sobreseimiento.

Frente al tema de la prueba de oficio en el juicio la doctrina tiende a tomar partido sobre la aceptación de pruebas de oficio en el juicio fundamentado en el sistema procesal en que descansa tal quehacer probatorio. Sistemas mixtos, con instrucción judicial en la inicial fase

de su proceso, ven con relativa naturalidad que en pleno juicio el juez pueda seguir teniendo alguna somera asunción probatoria, siendo que la jurisprudencia patria, al respecto, siquiera tangencialmente se plantea el análisis de la eventual inconstitucionalidad del 342 del COPP.

Hay, obviamente, un doble efecto que puede derivarse del ejercicio probatorio oficioso en juicio: uno, la condena de alguien por un hecho, que constituye una circunstancia atentatoria contra su ejercicio de defensa: el defendible no solo se defiende de su contra-parte sino del propio juez. Pero, el otro efecto que puede derivarse de tal hecho nuevo oficiosamente probado es totalmente lo contrario: la absolución o el sobreseimiento, al sustentarse éstos bien sea en una causa de justificación, o de exculpación o de atipicidad, o de extinción de la acción penal. En tal supuesto la excepcional probanza oficiosa funciona como herramienta procesal que trae una justa respuesta frente al imputado.

Conforme el 49.3 de la Constitución, el adecuado juez natural debe ser "...*competente, independiente e imparcial*"..., como correlato de la capacidad objetiva y subjetiva, por lo que más que violar el *Principio de imparcialidad*, el juez, más que ser *parcial* en lugar de *imparcial* al hacerlo, lo que se evidencia de su conducta procesal es que está asumiendo las cargas procesales de las partes cuyos roles está perfectamente delimitado tanto en la Constitución como en la ley. Que el juez tenga la oportunidad final del quehacer probatorio casi a la finalización del debate en el juicio al probar él mismo un supuesto hecho nuevo que derrumbe todo lo materializado en el debate con la producción probatoria original, es un vicio del ordenamiento penal venezolano que hacer retroceder a épocas inquisitivas reguladas por el Código de Enjuiciamiento Criminal, con su extinto "*auto para mejor proveer*".

Finalmente, las oportunidades de promoción probatoria en el sistema procesal penal venezolano son la interposición de la acusación, la posibilidad de las pruebas ulteriores, la prueba complementaria, la reapertura probatoria por la advertencia de cambio de calificación, la reapertura probatoria por la voluntad fiscal de ampliación de la acusación; y finalmente la prueba nueva, inclusive de aporte oficioso, en la necesidad de probar un hecho nuevo. Tales oportunidades probatorias obedecen fundamentalmente a la llamada *mutación del hecho objeto del proceso* a lo largo del recorrido de la causa.

BIBLIOGRAFIA.-

ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, I. Buenos Aires, Editar, 1956, 753.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Debido proceso y pruebas de oficio*. Bogotá, Juris, 2006, 290.

ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid, Marcial Pons, 2009, 368.

AZULA CAMACHO, Jaime, *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá, Temis, 1998, 328.

BACIGALUPO, Enrique, *El debido proceso penal*. Buenos Aires, Hammurabi, 2005, 263.

BECCARIA, Cesar, *De los delitos y de las penas*. Madrid, 189.

BENTHAM, Jeremías, *Teoría de las ficciones*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 215.

BOVINO, Alberto y otros, *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, 1008.

CABRERA ROMERO, Jesús E.,

- *La prueba ilegítima por inconstitucional*. Caracas, Homero, 2012, 1010.
- (autor y director), *Revista No. 15 de Derecho Probatorio*. Caracas, Homero, 2009, 437.

CAFFERATA NORES, José, *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires, De Palma, 1987, 243.

CALAMANDREI, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, 646

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, III*. Madrid, Depablos, 1982, 661

CLIMENT DURAN, Carlos, *La prueba penal, I.*, Valencia (España), Tirant, 2005, 1070.

COUTURE, Eduardo, *Vocabulario Jurídico*. Montevideo, B de F, 2004, 725.

DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Quinta Edición. Tomo 2, Zavalía, 1981, 741.

DIEZ PICAZO, Luis, *El poder de acusar*, Madrid, Ariel, 2000, 189.

FLORIAN, Eugenio, *De las Pruebas Penales*. Bogotá, Temis, 2002, 1002.

GUASP, J., *La pretensión procesal*, Barcelona (España), 1999.

JAUCHEN, Eduardo,

- *Derechos del Imputado*. Buenos Aires, Rubinzal, 2005, 603.
- *El juicio oral en el proceso penal*. Buenos Aires, Rubinzal, 2008, 312.

MALDONADO, Iván, y otros, *Derecho Procesal Penal, Libro Homenaje al Dr. Arminio Borjas*, Caracas, UCV, 1996, 631.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal*. Barcelona (España), Bosch, 1997,

MONTERO AROCA, Juan.

- *Prueba en el Proceso Civil*, Madrid, 2011, Civitas, 640.
- *Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón*. Valencia (España), Tirant, 1997, 143;
- *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras judicial y fiscal*. España, Tirant, 2012, 525.

OPUS (Editorial), *Diccionario Jurídico Venezolano*. Caracas.

PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho probatorio. La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso-administrativo y en el derecho comparado*. Bogotá, Del Profesional, 2002, 63.

PERILLO SILVA, Alejandro, *Derecho Penal Venezolano de Adolescentes, Aspectos Sustantivos y Adjetivos*, Caracas, Mobilibro, 2010, 660.

PEREZ SARMIENTO, Eric,

- *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*. Valencia, Vadell, 2006.
- *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, Valencia, Vadell, 2003, 270.

PICÓ I JUNOY, Joan, *La prueba de reconocimiento judicial*. Valencia (España), Tirant, 2012, 516.

QUINTERO, Mariolga y otros, *Tendencias del Derecho Procesal Moderno*. Valencia (Venezuela). Funda-Academia, 2012. 478.

RENGEL-ROMBERG, Aristides, *Tratado de Derecho procesal civil venezolano según el nuevo Código de 1987. II*. Caracas, Capriles, 1992.

STEIN, Friedrich, El conocimiento privado del juez (traducc. de Andrés de la Oliva Santos), Bogotá, Temis.

TARUFFO, Michelle, *La prueba de los hechos*. Madrid, 2005.

ZERPA, Levis Ignacio, Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica, Caracas, TSJ, 2002.

SITIOS EN INTERNET DEL QUE SE OBTUVIERON MATERIALES (indicados en cada caso en el desarrollo del trabajo).-

www.corteidh.or.cr/docs/opiniones (Pagina Web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)

www.gobiernoenlinea.gov.co/web (Pagina Web del Gobierno de la República de Colombia)

www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-text-ccp. (Pagina Web de la Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición)

www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia (Pagina Web del Tribunal Constitucional del Reino de España)

www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo (Pagina Web del Tribunal Supremo del Reino de España)

www.tsj.gov.ve/decisiones (Pagina Web del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela)