

ASPECTOS PROBATORIOS EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Isdel Perozo Quintero

SUMARIO

INTRODUCCION

I. PRINCIPIOS PROBATORIOS

1. *Principios básicos*
 - A. *Principios sobre la función de la prueba*
 - B. *Principios sobre la forma de la prueba*
 - C. *Principios sobre la ética en materia probatoria*
 - D. *Principios relativos a la defensa*
 - E. *El principio inquisitivo y los poderes del juez contencioso administrativo en materia de pruebas*
 - F. *Naturaleza del acto mediante el cual se solicita la apertura del lapso probatorio ¿carga o facultad exclusiva?*
 - G. *¿Conflicto entre el art. 126 y 127 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia?*

2. *Carga de la Prueba*

II. MEDIOS DE PRUEBA

- ∅ Generalidades*
1. *La prueba documental*
 2. *Fotografías*
 3. *Copias certificadas*
 4. *Exhibición de documentos*
 5. *Informaciones de oficio*
 6. *Prueba de informes*
 7. *Prueba pericial*
 8. *Prueba testimonial*
 9. *Juramento decisorio*
 10. *Inspección judicial*
 11. *Prueba indiciaria*
 12. *Otros medios de prueba*

CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

INTRODUCCION

La prueba pareciera un concepto fácil de comprender, pero si nos fijamos en la dificultad de su valoración y técnica, se notará inmediatamente que tal concepto se vuelve complicado por las reglas a que está sometido y los posibles problemas e incidentes que se forman en relación a él, por tanto, va más allá de establecer jurídicamente que “*A puede probarse con B, C o D, según estemos en Z o X proceso y circunstancias*”, quedando en realidad la actividad de probar más que un simple hacer procesal que generalmente se convierte en una muestra de aplicación mecánica, cuando pudiera apreciarse como una operación física, intelectual, lógica, jurídica y muchas veces hasta política, en el juego de la estrategia.

Esta idea la trasladamos al contencioso administrativo, que es un proceso especial en cuanto a la materia y naturaleza de su estructura, llegando a tener caracteres propios que se resaltan en cada segmento del *iter* procesal, entre los cuales entra el

Isdel Perozo Quintero

régimen probatorio, que además debe manejarse en paralelo con la Teoría General de la Prueba. En consecuencia, la aplicación y determinación de los aspectos probatorios en el contencioso administrativo debe desarrollarse conforme a las reglas generales, pero también de acuerdo a las normas propias de esta especialidad para crear así un sistema armonioso y ajustado a las nuevas tendencias que se enfocan en el comienzo de una nueva era, en la cual se respira un aire de sensibilidad procesal que se aleja de la rigidez formal para garantizar una tutela judicial efectiva más extensa y completa.

El proceso contencioso administrativo, constitucional y único, como todo proceso, se divide según su contenido envolviendo procedimientos especiales. El contencioso administrativo está integrado principalmente de tres vías contenciosas generales; la interposición del recurso contencioso de anulación o condena -contra actos de efectos particulares-, la "acción popular" -contra actos de efectos generales- y acciones -demandas de responsabilidad-. Estas tres maneras de concebir el proceso administrativo se va adhiriendo a su objeto para llegar a establecerse un recurso especial. Desde esta óptica figuran el recurso contencioso electoral, tributario, funcio-narial, de propiedad industrial, inquilinario y ambiental, entre otros, los cuales con-templán una normativa más técnica en su parte sustantiva y adjetiva. Por tales razones, es nuestra intención cubrir un nuevo enfoque que arrope los aspectos probato-rios en el contencioso administrativo contemporáneo cualquiera que sea su especia-lidad material, sujeto a las ideas vanguardistas que integran el Derecho procesal actual.

Dadas estas consideraciones, no podemos comenzar nuestro estudio sin antes re-conocer la participación de la jurisprudencia, que ha permitido el desarrollo de al-gunos postulados que rigen al Derecho procesal administrativo moderno, en vista de la ausencia legal especial¹.

El destinatario de estas regulaciones se puede ver de manera dual. En este senti-do ubicamos al juez cuando se trate de poderes inquisitivos (como veremos más adelante), pero también se concretiza en las partes cuando se trate de carga probato-ria y derechos en general, tema muy importante dentro del proceso administrativo, al limitarse el marco de actuación procesal de cada parte y sus respectivas excepcio-nes.

Esta dualidad contribuye en gran proporción en la definición de la prueba -fundamental para iniciar nuestro trabajo-, la cual debemos aclarar en virtud de la confusión que se ha generado por la presencia de diversas nociones que se han pre-visto en la doctrina, incluso nos atrevemos a decir que en algunas oportunidades se le ha concebido de manera equívoca al equipararla con los medios probatorios.

Tratando de lograr una relación que abarque todo su contenido conceptual, la consideramos como *un acto procesal en el cual interviene la voluntad de uno o va-rios sujetos procesales, atendiendo a su carácter y cualidad, que pertenece al pro-ceso; dentro del cual persigue la constatación de una circunstancia ocurrida en un*

¹ Durante la elaboración del presente trabajo no se ha elaborado esa ley esperada, pero el nuevo esquema presentado por la Constitución de 1999 traerá reformas legislativas, dentro de las cuales debemos estar pendiente cómo quedará regulado el contencioso administrativo, lo cual merecerá otro estudio analítico.

determinado tiempo, modo y lugar con relevancia jurídica de índole sustantiva y adjetiva.

Es un acto procesal, porque siendo una especie de acto jurídico, se produce con motivo del proceso y para surtir efectos en toda su extensión al crear, modificar o extinguir una situación procesal.

La voluntad pertenece a uno o varios sujetos legitimados, lo que implica la disminución del concepto estricto de parte, la cual no es la única interesada en probar, también lo están el juez y los terceros en tanto se relacionen a la litis. La única diferencia apreciable en este triángulo subjetivo recae sobre la conducta de cada sujeto, dependiente de las cargas, derechos y obligaciones que les corresponda.

¿Por qué importancia sustantiva? porque la prueba es una aplicación adjetiva para verificar una situación fáctica que constituye el supuesto de hecho de la pretensión o excepción, y tiene por norte la verificación de una relación jurídica material, aplicándose, pues, para demostrar el supuesto de hecho que sirve como fundamento al derecho que se reclama. En cambio, la relevancia adjetiva comprende aquellos hechos producidos en el proceso que deben probarse incidentalmente para evidenciar una determinada situación fáctica que afecta una o varias actuaciones procedimentales.

Ahora bien, el fin de la prueba es provocar el convencimiento del juez sobre el *thema probandi* que busca la verdad para afirmar o negar la existencia de una relación material. Para ello, las pruebas judiciales se establecen siguiendo unos pasos preclusivos a través de diversos medios que sirven para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso, pero tal fin no prosperará si omitimos los principios generales. Es por eso que debe revisarse el significado de la Teoría General de la Prueba, para verificar su vigencia dentro del sistema contencioso administrativo y su régimen probatorio el cual haya sus fundamentos en una serie de principios que forman su columna vertebral.

En definitiva, estas premisas introductorias que se han expuesto brevemente nos conducen indudablemente a un marco teórico que gira en torno al Derecho Procesal, el cual debe verse de manera independiente puesto que el área probatoria es muy amplia y compleja a la vez. Por tanto, se habla de Derecho probatorio porque dentro del campo procesal existe todo un régimen normativo exclusivo sobre el tema que lo crea y por eso se puede decir que figura como un conjunto de normas jurídicas relacionadas con las pruebas judiciales en sus múltiples manifestaciones, naturaleza, función, recursos y valor dentro del proceso, y no solamente dentro del área estrictamente procesal sino extraprocesal, basta con que se les aplique la función jurisdiccional, es decir, la intervención del juez actuando como un sujeto procesal.

Este Derecho probatorio más que un conjunto normativo concreto o aplicable a un proceso, es un Derecho que debe seguir los lineamientos de la *Teoría General de la Prueba*, que surge como consecuencia de la unidad del proceso y de la teoría que lo rige.

Actualmente en Venezuela el proceso administrativo y su prueba está regulado en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ), cuyo artículo 88 dispone: "*Las reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias en los procedimientos que cursen ante la Corte*". Este dispositivo sería el fundamento jurídico que da entrada a la normativa del Código de Procedimiento Civil

Isdel Perozo Quintero

(CPC) como representante de la teoría general², pero en la misma Ley encontramos otras pocas reglas que se refieren más concretamente al aspecto probatorio en el contencioso administrativo. En tal sentido vemos que en el contencioso de las demandas contra los entes públicos, modernamente denominado Responsabilidad Administrativa, el artículo 107 de la LOCSJ hace referencia a la aplicación subsidiaria del CPC (medios de prueba, admisión y evacuación de las mismas). Igualmente el artículo 127 *ibidem*, dedicado a las normas sobre la nulidad de actos de efectos particulares, en su segundo párrafo señala que las reglas del CPC respecto de los medios de prueba, admisión y evacuación de las mismas regirán en cuanto sean aplicables y salvo lo dispuesto en dicha ley; y por último, tenemos que en el Art. 117 del mismo texto orgánico referente a los procesos de nulidad contra los actos de efectos generales no hace mención a la reiterada remisión al Código de Procedimiento Civil, estableciéndose tácita remisión al artículo 88 *ejusdem*.

Dentro de todo este contexto normativo, y considerando también los aportes de la jurisprudencia, de seguida pasamos a realizar algunas modestas reflexiones sobre los aspectos probatorios en el contencioso administrativo. En una primera parte veremos el tema de los principios probatorios (I) y, en una segunda parte, estudiaremos a los distintos medios de prueba (II).

I. PRINCIPIOS PROBATORIOS

1. Principios básicos³

A. Principios sobre la función de la prueba

a. Principio de necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez

Este principio se refiere a la “(...) necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera (...)”⁴ de los legitimados -el juez por sus facultades inquisitivas, o en general, por quien tenga la carga de probar-, a través de los medios pertinentes

² Colombia por ejemplo, en su Código Contencioso Administrativo (CCA), Art. 168 establece que son medios de prueba admisibles en el contencioso administrativo los contemplados en el procedimiento civil, pero la diferencia entre la legislación extranjera y la nuestra, es que nosotros no contamos con una ley especial sobre lo contencioso administrativo que desarrolle lo que hasta ahora le ha tocado a la jurisprudencia detallar. Artículo 168 CCA: “En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las de Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.” Código Contencioso Administrativo. Editorial Temis, Bogotá, 1996. Pág. 107.

³ Sobre los principios probatorios véase en particular: DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Biblioteca Jurídica DIKE. Colombia, 1981; CABRERA ACOSTA, BENIGNO H. *Teoría General del Proceso y de la Prueba*; segunda edición. Librería Jurídica Jilches. Colombia, 1988.

⁴ DEVIS ECHANDÍA. *Ob. Cit.*; Pág. 115. Este autor se refiere al sujeto de la prueba como “interesado”, nosotros sustituimos este concepto por el de “legitimado”, por razones más amplias, donde ubicamos inclusive al juez. No todo interesado está legitimado, y en caso de que coincidan ambos conceptos, los mismos tienen diferente contenido. El interés se aprecia en sentido estricto, como aquél para verificar un hecho, mientras que la legitimación atiende a una orden o exigencia normativa para desarrollar una actividad procesal.

y dentro de un tiempo oportuno, sin que dichos sujetos y en caso del juez, no pueda suplirlas de oficio con su conocimiento personal que tenga sobre cualquier medio probatorio. De ocurrir lo contrario, se violentaría el debido proceso que encierra ciertas garantías aplicables al campo probatorio, como son la competencia del juez, la legalidad de las formas, la imparcialidad y la defensa principalmente.

b. Principio de la eficacia jurídica

La prueba debe ser capaz de llevarle al juez el convencimiento sobre los hechos que pretende cubrir. La eficacia va más allá del reconocimiento legal que se le atribuya en los textos que la consagran, ni significa esto, como bien señala ECHANDÍA⁵, que se regule su grado de persuasión para que pueda ser eficaz, sino que la prueba debe haber cumplido con los requerimientos formales, no haya sido cuestionada y determinada su invalidez, y debe considerarse pertinente para llegar a una conclusión sobre la existencia o inexistencia de ciertos hechos afirmados y cuestionados. Lo que realmente abraza la eficacia es la legitimidad del medio que envuelve todas estas consideraciones.

c. Principio de comunidad de la prueba

La prueba pertenece al proceso y no a quien la aporta, en consecuencia, sería improcedente pretender que solamente beneficie al sujeto presentador. Las pruebas deben ser confrontadas para fallar conforme a justicia y no para satisfacer una pretensión, por tanto, una vez admitidas y evacuadas en el proceso, las partes no pueden renunciar a ellas -es inadmisibile y contrario a la defensa, como también contrarias al índice preclusivo de las actuaciones procesales-. Sin embargo, se acepta y comparte la tesis de LUIS AQUILES MEJÍA⁶, quien señala la posibilidad de que las partes sí puedan renunciar a unas pruebas no evacuadas aunque hayan sido admitidas, incluso antes de su admisión; porque ello no significará que tal voluntad sobrepase los fines del Derecho: la justicia. Por ello, el juez buscador de la verdad en vista de sus poderes inquisitivos podrá ordenar el esclarecimiento de algún hecho y hasta solicitar información, actividades que deberán evacuarse dentro del proceso. Recordemos que el proceso por ser público no puede limitarse a la conducta de las partes, y más, si estamos en el contencioso administrativo, porque si el juez civil tiene un rol excepcional para buscar la verdad a través de sus facultades oficiosas en materia de experticia y en los autos para mejor proveer, con mayor razón lo tendrá el juez contencioso administrativo que tiene poderes amplios y posee un mayor control del proceso.

Aunque existan diversos medios de prueba, el conjunto de ellas integran un todo, una masa común a todos los intervinientes por pertenecer al proceso, y como tal debe ser examinada sin omitir alguna, lo que se traduce en que el juez debe confrontar las diversas pruebas sin considerarlas aisladamente ni ignorarlas, porque estaríamos en presencia de inmotivación, que genera indefensión.

⁵ DEVIS ECHANDÍA. *Ob. Cit*; Pág. 117.

⁶ MEJÍA A., LUIS AQUILES. "El principio de la comunidad de la prueba. Su alcance". *Revista de Derecho Probatorio*. Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1992. Pág. 164 - 167.

Isdel Perozo Quintero

Siendo esto así, dada la importancia de este principio y su aplicación efectiva dentro del proceso, es necesario destacar ciertos aspectos que podríamos denominar *efectos de la comunidad probatoria*:

Exclusión del principio dispositivo. En primer lugar, excluye toda posibilidad jurídica de vincular el principio dispositivo con la carga de la prueba. En efecto, las partes prueban como producto de la naturaleza preventiva del acto probatorio, por evitar la consecuencia negativa de su falta, y como quiera que parezca una renuncia de prueba o una disposición negativa superior a la voluntad de probar, al tener el juez un rol activo dentro del esquema procesal que se presenta como sinónimo de deber o función pública que no puede renunciarse, el problema de quién prueba no vendrá dado sino por la forma en que la ley y el juez lo determinen, según cada caso en concreto.

Indivisibilidad de la prueba. En segundo lugar, por ser la prueba una masa común, en los casos de acumulación procesal no existe división de la prueba ni discriminación probatoria. Además de la economía procesal que aparece como figura práctica fundamental, si una prueba es común a un proceso, debe serlo también al otro que se acumula. Esto es un efecto ventajoso porque una sola prueba en uno de los procesos vale para todos prescindiendo de los sujetos que hayan intervenido en ellas. Un ejemplo de acumulación son los casos de responsabilidad administrativa.

Sumisión del juez a las pruebas. En tercer lugar, la comunidad de la prueba es un principio del cual depende en cierta forma la decisión del juez. De no apreciarse una prueba aplicada en el proceso, esto es, promovida y evacuada, daría pie a la formación del vicio silencio de prueba, motivo de casación de forma en el proceso civil, o hasta el quebrantamiento de una norma de valoración de las pruebas que cedería puesto a la llamada “Casación sobre los hechos”; pero en el contencioso administrativo acarrearía nulidad de sentencia por el *ad quem* al conocer de la causa por apelación, puesto que no existe ningún otro medio de impugnación extraordinario dentro del proceso administrativo que tenga por objeto todo fallo definitivo o con fuerza de definitivo; la única vía que encontramos idónea en este caso es el amparo contra decisiones judiciales, cuando se cumplan las exigencias normativas de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (LOA).

Sobre este vicio, AQUILES MEJÍA, resalta la necesidad de que la prueba omitida sea determinante en el dispositivo del fallo, de lo contrario caeríamos en una casación inútil. Por su parte, este mismo autor estudia diversas hipótesis en donde la comunidad de la prueba, para nosotros, crea otro efecto perfectamente aplicable al régimen probatorio del contencioso administrativo, se trata de la acumulación y pluralidad de partes, que podríamos verlo como un cuarto efecto.

Respecto del primero de éstos, coincide con lo antes expuesto en cuanto a la acumulación, quedando en definitiva por comentar la relación con el litisconsorcio. Agrega este autor que todo tiene que ver con la posibilidad de control, señalando que: “tratándose de un hecho común, resulta indudable la necesidad de hacer una común valoración de la prueba, pero en los casos de litisconsorcio facultativo, (...) basta que la prueba se hubiese incorporado al proceso para que el juez deba valorarla, a favor o en contra de cualquiera de los litisconsortes (...)”⁷. Este plantea-

⁷ MEJÍA. *Ob. Cit.*; Pág. 177. También puede verse respecto a este principio: ZERPA, LEVIS IGNACIO. “La comunidad de la prueba en la jurisprudencia reciente de la Sala de Casación Ci-

miento es muy importante, ya que tiene relación con la carga probatoria, como se analizará más adelante.

d. Principio de prueba por escrito

Si el procedimiento de elaboración del acto administrativo es escrito, el cual se mantiene en administrativa durante la tramitación de los recursos administrativos; este principio no desaparece en sede jurisdiccional. El proceso contencioso es escrito por excelencia, salvo en el caso del Amparo autónomo, que por su naturaleza⁸ y carácter, está sentado sobre bases de oralidad y brevedad. En efecto, la presentación de la demanda o del recurso debe ser mediante escrito, la contestación o excepciones se realiza por escrito y a partir de allí, son muy pocas las actuaciones orales o en las cuales no se necesite de la escritura, que siempre (al igual que en el amparo) se llevan por escrito en un acta, como ocurre por ejemplo después de efectuarse una inspección judicial⁹.

B. Principios sobre la forma de la prueba

a. Principio de publicidad

Como producto del carácter público del proceso, y en razón de la comunidad que conforma la prueba, ésta debe ser conocida por las partes y el juez, que deberá sentenciar sobre lo encontrado en el expediente. Este principio contribuye a la seguridad jurídica que debe irradiar la prueba una vez conocida, para identificarla y oponerse a ella en ejercicio de la defensa.

b. Principio de la preclusión de la prueba

La preclusión es el agotamiento de una etapa en función del tiempo. Los actos realizados en una etapa no pueden aplicarse luego en otra distinta si concluyó el período de tiempo para la intervención de éstos, quedaría como extemporáneo. Los lapsos son los que cubren las etapas y pasada una de ellas no podrá abrirse de nuevo y se pasará a la siguiente perdiéndose la oportunidad procesal de actuar en el tiempo perdido. La preclusión implica una pérdida de oportunidad para las partes, puesto que el juez todavía puede seguir probando una vez terminado el lapso. Permitiendo la seguridad jurídica, tiene fines prácticos, como lo es permitir el avance del proceso, y fines preventivos, para evitar sorprender a la contraparte con pruebas de última hora que atenten contra la lealtad, igualdad, y defensa, a parte de contribuir a una celeridad disminuida por tener el juez que seguir deteniéndose a verificar dichas pruebas. Este principio está relacionado íntimamente con la carga de la prueba, por qué?, si observamos que al existir un riesgo impuesto por la ley, que puede ser por

vil". En: *La prueba*. ANIBAL JOSÉ RUEDA y MAGALY PERRETTI DE PARADA. Vadell hermanos editores. Caracas, 1998.

⁸ Sobre el amparo, véase: LINARES BENZO, GUSTAVO JOSÉ. *El proceso de amparo*. UCV. Caracas, 1999. Este autor señala las diversas teorías al respecto, considerando el aporte de la jurisprudencia sobre el tema, concluyendo sobre el carácter cautelar de este derecho a una protección judicial de las situaciones jurídicas infringidas.

⁹ La Constitución de 1991, en su artículo 257, establece la oralidad; sistema que no puede concebirse en forma pura, pues siempre habrá una necesaria remisión a concretos actos escritos, lo que conllevaría a una atenuación de la escritura, pero nunca su olvido.

Isdel Perozo Quintero

ejemplo el quedar desistido, comprenderemos que el que tenga la carga de realizar un determinado acto en un lapso establecido o en un término fijado, que resulta más exigente por tratarse de un día específico, al no hacerlo en el tiempo legal, deja desvanecer la oportunidad (cumpliéndose el contradictorio) y precluye el lapso, se cierra y se entra a otro o a ninguno según que se permita avanzar o no el proceso.

C. Principios sobre la ética en materia probatoria (Principio de lealtad y probidad)

Por ser la prueba común, guardar un interés público y tener un fin determinado, no debe emplearse transformando la realidad o desvirtuando circunstancias para tratar de engañar al juez o a una de las partes, si quien obra deslealmente es la parte contraria; o ambas partes, si quien obra fuera de todo control es el juez. Con ello se evita el dolo y esas pruebas “de última hora”, como bien se indicó en líneas anteriores, que asfixian el proceso no permitiendo que éste se purifique al precluir cada etapa en preparación de la sentencia de mérito. Las pruebas inútiles que convertirían en más compleja la labor intelectual del juzgador, fundadas en medios probatorios falsos o simulados, en la falta de notificación fraudulenta, entre otras situaciones que deducen una deficiencia en la utilidad de los medios legítimos, provocan el desvío de la moral y la ética de todo litigante. Por otro lado, debemos diferenciar la conducta criminosa de lo que podríamos llamar políticas y estrategias procesales, que se traduce en el aprovechamiento de todos los recursos que la ley ofrece y en el desarrollo de nuevas y legítimas oportunidades¹⁰. Este margen nos ha impulsado a considerar este principio bajo otra perspectiva, pero manteniendo su esencia. Sin pretender detenernos a estudiar qué es o no moral por considerar que es un área muy extensa en donde la filosofía del Derecho juega un rol primordial, bastaría con señalar que su importancia axiológica reposa sobre la idea de control que tiene el Derecho sobre la conducta de un determinado sujeto con respecto a una determinada circunstancia. Consecuencialmente, en el proceso tanto el juez como los demás sujetos procesales deben prestar fidelidad a los axiomas que exigen una conducta normalmente esperada o medianamente aceptada. Esta idea se aproxima a determinar las funciones de cada sujeto de acuerdo a los patrones individuales en suma con los patrones sociales, dándosele libertad dentro de un campo organizado en respeto al perfil deseado. En consecuencia, la lealtad y probidad está acompañada de otro concepto que llamamos “buen profesionalismo”, equiparable a la máxima del “buen padre de familia”, agregado a la noción de suficiencia y capacidad; ya que si el abogado debe cumplir con obligaciones de medio y no de resultado, se espera normalmente que éste sea leal a su representado, al adversario, terceros, auxiliares y al proceso en general, optando por una conducta diligente ajustada a lo socialmente acep-

¹⁰ Sobre este punto, SALVADOR BENAİM, al estudiar la carga de la afirmación, destaca la diligencia que deben tener las partes “mediante las posibilidades del contradictorio”, la cual dependerá de su “sagacidad y disposición de batalla”, que permite la omisión de hechos siempre y cuando no sean maliciosos. BENAİM AZAGURI, SALVADOR. “Consideraciones sobre la carga de la afirmación y de la prueba en el procedimiento civil”. *Revista de Derecho probatorio* N° 6. Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1995. Pág. 311. Agregamos nosotros, que a parte de la malicia, debe considerarse también la sana estructuración de la fuente fáctica, no siendo permisible las afirmaciones inútiles que sean irrelevantes al proceso y confundan la situación jurídica planteada.

tado como bueno, ligada a una ética regular. Un buen profesional del Derecho, lejos de estar realizando alegatos falsos o deshonestos, debe realizar un argumento fundado en el estudio, la innovación y la creatividad ajustado a un marco jurídico determinado, y en lo que respecta a la prueba, es cauteloso con los hechos que invoca como fundamento de una pretensión o excepción y estudia todas las posibilidades de que un hecho se pruebe con “X” o “Y” medio probatorio.

Se añade, este principio tiene vital importancia en el tema del fraude procesal, donde se resalta la adecuación de la prueba para su demostración. Creemos principalmente en la prueba indiciaria y documental, las cuales deberán iluminar al juez sobre la situación fraudulenta existente en el proceso desarrollada por una de las partes. Aunque este principio trata de controlar la conducta “desordenada e ilegal” de las partes, el juez efectivamente puede “pecar de dirigente” y cometer abuso de poder y estar en curso de responsabilidad civil, penal y administrativo.

D. Principios relativos a la defensa

a. Principio de contradicción de la prueba

En realidad este principio significa que la parte contra la cual se opone una prueba debe tener la oportunidad procesal para conocerla y discutirla, basta esa oportunidad -aunque no haya sido utilizada al renunciar a ésta, o por negligencia- para cumplir con este principio que integra el debido proceso por ser un derivado del derecho de la defensa. La contradicción refleja la confrontación de intereses dentro de la cual, como bien señala CABRERA ROMERO, se ataca el medio probatorio “(...) para que no se valore, bien porque no se le debe dar entrada, o bien porque habiéndosela dado, carece de eficacia probatoria (...)”¹¹, esto es, que el medio de prueba sea ilegítimo por impertinente e ilegal. Para ello, las partes necesitan de una oportunidad que debe ser igual, pública y respetuosa siempre de la defensa¹². Durante el tiempo legal debe darse la contradicción y no se podrán hacer ni presentar pruebas secretas a espaldas de la contraparte ni tampoco se pueden ejecutar en un tiempo distinto al señalado en la norma procesal, salvo excepción claramente establecida.

La contradicción en todo momento tiene como destinatario a las partes que determinan el *thema decidendum*, característica ésta que, a propósito de los poderes del juez contencioso administrativo, elimina la posible confusión sobre la ejecución oficiosa de un hacer probatorio fuera del lapso legal que puede ser para esclarecer dudas y buscar la verdad. El hecho de que el juez pruebe también aquellos hechos comunes y contradictorios no significa la ruptura de este principio por llegar a entender que al haber una operación extra bilateral se limita la oportunidad procesal de las partes, éstas pueden seguir probando de acuerdo a lo estatuido por ellas mismas

¹¹ CABRERA ROMERO, JESÚS EDUARDO. *Contradicción y control de la prueba legal y libre*. Tomo I. Editorial Jurídica ALVA. Caracas, 1989. Pág. 31.

¹² Sin la debida contradicción no solamente no hay defensa sino que no existe verdad alguna que seguir. Actualmente la Nueva Constitución de 1999, si bien es cierto prevé ciertas disposiciones que no se encontraban en la Constitución del 61 como el arbitraje por ejemplo, mantiene otras que merecerán un gran estudio. Tal es el caso de la determinación de los formalismos esenciales, porque sumado a la oralidad constitucional, el bien se convierte en mal sin un debido contradictorio, al menos mínimo para garantizar la perfecta producción y control de prueba.

Isdel Perozo Quintero

en sus escritos y siempre y cuando no precluya su lapso. Por tanto, ante la inquietud que pudiera surgir sobre la aplicación de este principio y preguntarnos: ¿el contradictorio se agota cuando el juez prueba un hecho que le competía a la parte evidenciar, cuándo ésta estando todavía en el tiempo legítimo no ha practicado actividad para cubrir tales efectos?, la respuesta sería “no”.

b. Principio de igualdad

En estrecha relación encontramos este principio con el anterior. Cada parte no puede conformarse con gozar de oportunidades procesales para tramitar sus alegatos y actuaciones, es necesario que estén respaldadas con un trato igualitario. La oportunidad para probar debe ser idéntica a la de cada parte, extendiéndose el modo cualitativo o material sobre el modo cuantitativo o formal, lo que implica la irrelevancia en presentar igual número de pruebas, porque lo jurídicamente necesario para que el proceso sea equitativo es la gemela oportunidad para actuar en él y la idéntica recepción de derechos que operativizan la ecuación probatoria.

En el contencioso administrativo, la igualdad impone el desahogo del administrado frente a la Administración, que en gran parte se ve apartada de sus poderes por encontrarse sometida al control jurisdiccional, porque ya veremos que sobreviven algunas prerrogativas cuando la Administración actúe como República, que se extiende en el área probatoria.

E. El principio inquisitivo y los poderes del juez contencioso administrativo en materia de pruebas

Un proceso debidamente fundado es aquel que, tanto en lo principal como en lo incidental, además de nacer y tramitarse hasta su fin cumpliendo con las exigencias constitucionales que engloba el debido proceso y la tutela judicial efectiva, se desarrolla mediante el ejercicio de los derechos, cargas y obligaciones que la ley establece. Con este marco se hace necesario que los sujetos procesales respondan al llamado legal que los cita a ejercer sus poderes y ejecutar sus deberes, pero mientras sucede la actividad procesal, la misma responde a un patrón sistemático que orienta su protagonismo en el escenario judicial, alcanzando la situación probatoria. Se trata de un sistema legal que ordena las actividades del juez, las partes, terceros y auxiliares de justicia, y en este sentido, ubicamos a dos grandes sistemas: el inquisitivo -desarrollado dentro del principio inquisitivo- y el sistema dispositivo -contenido en el principio dispositivo-. Ambos principios son patrones contrapuestos, el primero obliga la intervención del titular de justicia, necesaria para abrir o desarrollar el procedimiento, manteniendo su carácter imparcial; y el segundo, deja libre la voluntad de las partes para que éstas realicen actos sin esperar a que el juez las sustituya.

Lo anteriormente expuesto revela una conducta en plural donde cada uno de los intervinientes poseen un rol, carácter y funciones diferentes ordenadas por ley, que le permitirá ejercer o no algún poder, o le impondrá un deber. Ahora bien, uno de los sujetos procesales es el juez, titular de las competencias atribuidas al órgano judicial que representa para conocer de una o varias causas, y su función principal es pronunciarse sobre el problema que se le ha confiado por ley. Para resolver la controversia, el justiciero se vale de potestades que la misma ley le confiere -entre las

cuales se encuentran los poderes oficiosos- lo que nos conduce al estudio del principio inquisitivo, y su aplicación dentro del proceso administrativo. En efecto, el contencioso administrativo no escapa a las exigencias de un debido proceso y de la tutela judicial efectiva como bien lo señaláramos anteriormente, así como también al seguimiento de un sistema determinado, ¿pero este tipo de proceso, y dentro de él la prueba, se cubre sólo bajo la manta de uno de estos principios de manera radical, o existe la posibilidad legal de la concurrencia de los dos sistemas señalados?, la respuesta a esta inquietud, sin atender a la naturaleza del conflicto, encuentra fundamento en la aplicación de tales principios dentro del proceso según sus previsiones en la legislación adjetiva, el estudio doctrinal y la definición jurisprudencial.

Excluimos la naturaleza de los intereses contradictorios porque éstos siempre serán públicos, por lo que no habiendo diferencia, trátase de materia civil (personal, negocial o comercial) o administrativa (actos o hechos administrativos), no hay fórmula alguna que permita justificar la presencia de uno u otro sistema, que vendrá dada por la filosofía de sus instituciones y por los fines que persiga cada especialidad procesal.

a. Concepto - fundamento

Inquisitivo viene de “interino”, por lo que haciendo una adaptación conceptual, implica un efecto centrífugo. Estas ideas llevadas al campo procesal ayudan a concebirlo como un principio referente a la exigencia de que toda actuación del juez debe emanar sin previa solicitud de parte, o si se quiere, la interacción jurisdiccional comenzará a partir del sentenciador desde adentro del proceso sin recibir estímulos externos provenientes de las partes proyectando unilateralmente los actos que influirán en los otros sujetos procesales, quienes traen desde afuera el conflicto por decidir. Esta una noción primaria o abstracta de lo inquisitivo, se aprecia de una manera más limitada y definida según estemos en un procedimiento administrativo funcional, disciplinario, inquilinario o electoral, entre otros llevados a cabo por la Administración Central o Descentralizada, o por el ente privado que tenga autoridad para llevar a cabo tal esquema.

Veamos, la elaboración de un acto administrativo puede comenzar de oficio el órgano competente como lo expresa el artículo 48 de la LOPA, lo que visualiza el primer límite que concreta la actividad del órgano administrativo, y que no es más que el *inicio del procedimiento*. En este caso, la actividad inquisitiva indicada, si bien contiene el mismo elemento requerido (la intervención del órgano sin solicitud privada) no agota el principio inquisitivo, pero sí determina uno de sus efectos que también podríamos llamarlo subprincipio del *interés sobre derecho*, por existir un contenido donde la intención del emisor actual es afectar los derechos e intereses del receptor actual. Este efecto tiene sólo aplicación en sede administrativa y la razón de su rechazo en sede jurisdiccional tiene su base en el derecho de petición y del principio que exige acción para que haya jurisdicción, que será más detallada al estudiar el principio dispositivo. Por lo pronto, sigamos con el segundo efecto que sí tiene alcance en el ámbito jurisdiccional.

Durante el desarrollo del procedimiento, y más tratándose un procedimiento iniciado de oficio, la sustanciación del procedimiento corre por cuenta del órgano administrativo, tal y como lo señala el artículo 51, 52 y 53 *ibidem*. Además de estas

potestades oficiosas, la misma LOPA en el artículo 69 confiere potestades inquisitivas probatorias en el procedimiento sumario. Tal intervención durante la secuela del iter administrativo origina lo que denominados el efecto intermedio o subprincipio de *intervención responsable en el expediente*, ya que por ley el titular del órgano competente está llamado a participar en el intermedio del esquema sublegal para satisfacer el interés administrativo cuando se produzca la afectación del interés sobre derecho, y con posterioridad a ello durante la sustanciación de la vía recursiva. Este segundo límite es perfectamente trasladable al área procesal porque hay un esquema sublegal, la justicia, y dentro de ella, un funcionario que debe hallar la verdad y para ello la ley adjetiva, a la cual debe vincularse, le exige una responsable intervención durante el desarrollo del juicio confiriéndole la dirección, y esa verdad afectará el interés de una de las partes. Este último efecto es el que conlleva a estudiar los poderes del juez en el contencioso administrativo, sobre todo, en materia de pruebas.

Según la LOCSJ, que regula actualmente el contencioso administrativo, encontramos en su artículo 82 la consagración de este principio, allí se establece que la Corte conocerá de los asuntos de su competencia a instancia de parte interesada¹³, *salvo en los casos en que pueda proceder de oficio de acuerdo con la ley*. Esta norma no cierra la actuación procesal con el mero trabajo de las partes, sino que deja abierta la posibilidad jurídica de una actuación oficiosa no limitada, pero prevista y con remisión a supuestos especiales. Aparece entonces como una necesidad por la determinación de dos factores: interés y responsabilidad. No puede tratarse exclusivamente del mantenimiento del orden público, seguridad jurídica y tranquilidad social, porque esa es una meta de todo proceso, por ejemplo en el Derecho de familia existe un limitado poder inquisitorio, y en la casación civil se admite la casación de oficio¹⁴. Lo que se busca con el interés (que no aquel interés sobre derecho) es la resolución de un conflicto, como en el caso de la avocación¹⁵, que bajo circunstancias extremas una causa ya iniciada a instancia de parte, es trasladada a la Corte Suprema de Justicia la cual seguirá conociéndola. Podemos considerar entonces, como bien señala LUIS A. ORTIZ ALVAREZ, que "el contencioso administrativo no es un simple contralor de la legalidad objetiva, sino un sistema protector de situaciones subjetivas (...)"¹⁶, para lo cual el juez se vale de sus facultades.

¹³ Al respecto el artículo 112 de la LOCSJ señala quiénes deben estar legitimados y prevé que contra los actos de efectos generales toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos e intereses por la ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales puede demandar la nulidad del mismo. Igualmente, en los juicios de nulidad contra actos de efectos particulares, el artículo 121 establece que la nulidad podrá ser solicitada sólo por quienes ostenten interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate. Continúa diciendo este mismo artículo que el Fiscal de la República (constituyéndose también como parte) y demás funcionarios a quienes la ley atribuya tal facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto cuando éste afecte un interés general.

¹⁴ Artículo 320 del CPC.

¹⁵ Al respecto, véase: ORIHUELA GONZÁLEZ, ROXANA D. *El avocamiento de la Corte Suprema de Justicia*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1998.

¹⁶ ORTIZ ALVAREZ, LUIS A. "El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y la suspensión de efectos de actos administrativos denegatorios". *RDP* N° 57-58. EJV. Caracas, 1994. Pág. 147. Igualmente, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre este aspecto, determinando el proceso evolutivo del contencioso administrativo que, "(...) configurado en sus inicios como un recurso netamente objetivo destinado exclusivamente a verificar el sometimiento de los órganos públicos al principio de legalidad, en los últimos años persigue que ese control judicial sobre la Admi-

b. *¿Dispositivo vs. inquisitivo?*

En el proceso se espera de cada sujeto una conducta, atención no suficiente para calificarlo como dispositivo o inquisitivo. Estaríamos frente a un error conceptual si pretendiéramos identificar un determinado principio con una determinada conducta, porque no es la actividad final esperada sino los múltiples factores que la ley permite jueguen en el campo procesal los que influyen en su calificación, por ejemplo, existiendo una litis civil, en aras de la estabilidad procesal y en virtud de la dirección formal del juez, éste debe declararse incompetente de oficio cuando sea el caso, abrir un incidente por necesidad del procedimiento, probar un hecho según las reglas establecidas, reanudar la causa suspendida, y en general, actuar sin que la parte inste un determinado acto cuando la ley lo autorice. La prueba de oficio que existe en el proceso común (artículos 401 y 514 del CPC), es mínima y responde a otra noción como señala PESCI-FELTRI¹⁷, en virtud del principio de la verdad. Tales situaciones producidas o sobrevenidas en el juicio nos lleva a pensar, a título de reflexión, que nunca encontraremos un sistema dispositivo e inquisitivo puro como pudiera creerse.

No se trata de confrontar principios, más bien de precisar sus aplicaciones, por ende, con seguridad cabría decir que un proceso está sometido o no a uno de estos patrones, pudiendo estar regido principalmente por el dispositivo y excepcionalmente por el inquisitivo, o viceversa.

Con respecto al principio dispositivo éste es obligatorio en todo proceso, incluyendo el contencioso administrativo. Su presencia deriva del uso que hacen las partes de la acción dirigida contra el Estado para que lleve a cabo una de sus funciones, la función jurisdiccional. El Estado no puede entrometerse en los asuntos privados porque quebrantaría su autonomía, independencia y voluntad, convirtiéndose en una arbitrariedad que lesiona el derecho de petición al no escuchar lo pretendido por los justiciables; así como también la creación de infinitos juicios que desembocaría en un caos judicial.

Como el mismo nombre lo indica, lo que caracteriza a este principio es la libre voluntad sobre la disposición de los intereses y derechos de quienes se benefician del principio –las partes–, no siendo permisible que la disposición abrace al proceso, éste es controlado por el juez.

Sea contencioso o voluntario el proceso que se inicie, el principio dispositivo es una fórmula procesal que asigna a los legitimados activos y pasivos de las pretensiones que se deducen la iniciativa del proceso, el impulso del mismo y la facultad de renunciar a los actos procesales y al procedimiento mismo, porque en definitiva, son ellas las que sufrirán los efectos de la sentencia de mérito, y sobre este punto es donde gira tal principio, viéndose, si se quiere, de manera egoísta.

En el contencioso administrativo, una vez dada la imperante iniciativa de parte al comienzo del juicio, dado por la continuación del recurrente en hacer valer sus

nistración cubra también la protección efectiva de los derechos de los ciudadanos afectados por la actividad administrativa". CSJ-SPA. 16-7-98. PIERRE TAPIA, OSCAR R. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, volumen 7 (julio 98). Ed. Pierre Tapia. Caracas, 1998; Pág. 112.

¹⁷ PESCI FELTRI MARTÍNEZ, MARIO. *Teoría General del Proceso*. Tomo I. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1998. Pág. 112.

pretensiones que no prosperaron en vía administrativa, y sostenida ligeramente durante su trayectoria, el principio dispositivo se va opacando al ceder su área al juez, quien en la fase probatoria alzará su poder. Al respecto, son diversas las consideraciones sobre el grado de influencia del principio inquisitivo¹⁸. FRAGA PITTALUGA afirma que “en opinión de la mayoría de la doctrina, el proceso administrativo está dominado por el inquisitivo y ello alcanza al ámbito de la prueba”¹⁹, y sin lugar a dudas creemos es cierto dentro del sistema actual, por tanto, somos partidarios de esta postura. Sin embargo, FACCHINETTI al estudiar el tema señala que en el contencioso administrativo, al igual que en el proceso civil, existe el principio dispositivo - lo cual no negamos- pero siendo a título de excepción, y apoyado en el mismo artículo 82 *eiusdem*, tiende a darle más preponderancia al impulso de parte que a la conducta oficiosa al señalar que ésta opera como “un matiz del principio dispositivo”²⁰. De esta manera, tal y como lo plantea este autor, quedaría igual el proceso civil y el contencioso administrativo, pero si bien es cierto que ambos procesos tienen que respetar la teoría general del proceso, eso no permite equiparar la función del proceso civil y la función del contencioso administrativo, en el cual existe un interés en controlar la actuación del Estado central y descentralizado, y esto hace que sea amplio el poder del juez y se extienda en materia probatoria. Por otro lado, BOSCÁN DE RUESTA, al tratar el tema en materia probatoria, pareciera inclinarse hacia la predominancia del dispositivo en el contencioso administrativo, refiriéndose tímidamente al principio señalando que: “salvo lo que permitan estas potestades inquisitorias, el juez contencioso administrativo está sujeto al deber de congruencia aplicable en todos los contenciosos que, como bien se sabe, obliga al juez a atenerse a lo alegado y probado en autos, pero tiene potestades amplísimas para solicitar información y ordenar pruebas para la solución del litigio las cuales por supuesto deben estar relacionadas con las cuestiones controvertidas por las partes”²¹. No obstante, el desnivel sistemático, para nosotros, en el contencioso administrativo predomina el principio inquisitivo.

El debate sobre la aplicación de ambos principios conduce de manera forzosa a limitar también el principio dispositivo, que encierra tres efectos: *el proceso debe*

¹⁸ Sobre el tema, véase: DE SOLA, RENÉ. “Los Poderes del Juez Contencioso Administrativo en Venezuela”, en *Tendencias de la Jurisdicción Venezolana en Materia Contencioso Administrativa*. Octavas Jornadas “Dr. J.M. Domínguez Escovar” (Enero 1983). UCV/CSJ/CAEL. Barquisimeto, 1986.

¹⁹ FRAGA PITTALUGA, LUIS. “Algunas notas sobre la prueba en el proceso administrativo”. *Revista de Derecho Administrativo* N° 3. Editorial Sherwood. Caracas, 1998. Pág. 87.

²⁰ FACCHINETTI RODRÍGUEZ, HENRY. “El contencioso administrativo como proceso regido por el principio dispositivo. Su importancia en materia probatoria”. Pág. 197. En: *Revista de Derecho probatorio* N° 6. Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1995.

²¹ BOSCÁN DE RUESTA, ISABEL. “El régimen de la prueba en el contencioso administrativo”. *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho administrativo Allan Randolph Brewer-Carias*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1995. Pág. 346. En realidad no criticamos su posición porque sabemos que existe el principio dispositivo en el proceso administrativo, tal y como explicamos en su oportunidad; pero preferimos verlo como una advertencia para que no olvidemos la voluntad de las partes. Esta autora cita jurisprudencia que consideramos importante enunciar para profundizar el estudio del tema, a continuación: S. 1-2-84, RDP N° 17, P. 200-201. S. 18-3-80; 25-3-80; RDP N° 1, P. 151. S31-3-82, RDP N°10, P. 152-155. S 25-10-82, RDP N°12, P. 147-148. S. 6-12-82; 7-12-82, RDP N° 13, P. 151-132-135. S. 9-7-84, RDP N° 19, P. 117. S. 6-12-84; 22-11-84; 8--11-84, RDP N° 20, P. 163-185. S. 21-5-86; 8-5-86, RDP N° 26, P. 142-143.

comenzar por iniciativa de parte, la cual debe promover la acción para que haya jurisdicción. *El objeto del proceso lo fijan las partes* y dentro de ese margen el sentenciador debe decidir y por último, *que el juez debe fallar de conformidad con lo alegado y probado en autos*, pero los últimos efectos se verán desplazados con la intervención del juez contencioso administrativo, que respetando siempre la causa y el objeto de la litis, hará variar algunos aspectos en virtud de sus poderes inquisitorios.

El objeto lo fijan las partes. Como derivado de lo anterior el juez puede dar más de lo pedido y hasta ordenar medidas preventivas.

Es conveniente señalar, como lo ha hecho la jurisprudencia (CPCA, 18-3-80), que para evitar confusiones a las partes respecto a la virginidad del proceso y despejar toda idea de parcialidad judicial, los jueces deben expresar claramente cuándo hacen uso de sus poderes inquisitorios.

El juez debe fallar conforme a lo alegado y probado en autos. Con respecto a las pruebas, éstas deben ser consideradas siguiendo la comunidad que constituyen, incluso las que el propio juez introduzca en autos, las cuales quedarán fijadas allí, pero la variante es en cuanto a lo alegado. El juez no puede invocar o crear hechos distintos a los aportados por las partes, pero en busca de la verdad procesal y de su deber de disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, la Corte ha dicho que bien puede apreciar los hechos que consten en el expediente administrativo, aún cuando no hayan sido alegados por las partes²², lo cual implica la llegada al proceso de nuevas razones fácticas y jurídicas sobre las cuales podrá basarse para decidir.

Igualmente, en cuanto a lo alegado, se puede de oficio considerar otros elementos jurídicos no indicados por las partes como por ejemplo nuevos vicios, pero como señala BREWER CARIÁS, “sin poder suplir las normas violadas, los vicios alegados y las razones alegadas²³”. Por tanto, si un recurrente intenta un recurso y simplemente indica que el acto impugnado viola un artículo de una ley, sin dar razones jurídicas, el juez no puede suplir las razones que no dio el recurrente. En vista de los poderes inquisitorios del juez, no obstante lo anterior, ha sido la jurisprudencia la que ha desarrollado esta materia estableciendo casos en que puede aplicarse dicho principio y se ha empezado a sostener que en los procesos contencioso de anulación igualmente puede apreciarse de oficio al momento de sentenciar *otras normas ilegales que no hayan sido denunciadas en el recurso por las partes*. Es el caso de actos normativos, si el juez considera que las normas no alegadas por las partes expresamente incurren en violaciones que afectan el orden público, sobre todo si se trata de cuestiones de orden público eminente²⁴. En el mismo sentido se ha permitido que el juez pueda apreciar de oficio otros argumentos de derecho y sobre vicios de or-

²² (CSJ-SPA, 24-10-85). BREWER CARIÁS, ALLAN y ORTIZ ALVAREZ, LUIS A. *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1996. Pág.

²³ BREWER CARIÁS, A. *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993; Pág. 194.

²⁴ CSJ-CP-ACC, 16-12-81. *Ordenanza y Plano de Zonificación del Sector El Rosal*, en *Grandes Decisiones ...*, Ob. Cit; Pág. 935.

Isdel Perozo Quintero

den público. Este punto fue planteado en la jurisprudencia²⁵ estableciéndose que la actuación de oficio para apreciar y declarar violaciones de normas de orden público se permite, según el artículo 87 de la LOCSJ en los casos de terminación anormal del proceso, con mayor razón cuando el proceso concluya por sentencia (modo normal). En otro asunto respecto a este punto se ha dejado sentado también, que considerándose la omisión del procedimiento administrativo exigido legalmente, acarrea nulidad absoluta en base al artículo 19 de la LOPA constituyendo un vicio de orden público que el juez en base al Art. 87 de la LOCSJ puede apreciar y declarar de oficio aun cuando el actor no los hubiere alegado²⁶. En cuanto a la *aplicación de normas no alegadas* se ha dicho que sobre la aplicación de oficio de otras normas que sirven de base al supuesto de hecho de la pretensión; el juez puede invocarlas y resolverlas en el fallo no configurando eso ultrapetita, porque si la ultrapetita significa dar más de lo pedido por las partes, no constituye tal vicio el aplicar los jueces reglas de derecho no alegadas por las mismas partes, porque en razón del aforismo “El Juez conoce el Derecho” (*Juria Novit Curia*), éste está obligado a tener en cuenta tales reglas, aun no habiendo sido mencionadas por las partes, si se atienden estrictamente a los hechos, sin variar éstos, no es más que administrar justicia y si los hechos no cambian y los jueces aplican normas diferentes o distintas de las alegadas por las partes, antes que otorgarles más de lo pedido, es darle exactamente lo que les corresponde²⁷.

Por otro lado, cabe destacar la ampliación de los poderes del juez en materia de medidas cautelares, si bien es cierto que según el artículo 136 de la LOCSJ la Corte puede a instancia de parte suspender los efectos del acto recurrido, los poderes cautelares no se agotan allí, sino al contrario, pueden darse considerándose que el juez debe atender al mandato constitucional (Art. 206 CRV) y legal (Art. 131) que le asigna el poder-deber de disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. Por supuesto, estamos hablando de medidas innominadas cuyo contenido está lleno de órdenes de hacer, no hacer o de ejecución tendiendo como destinatarias al ente sobre el cual recaigan dichas medidas.²⁸

Dentro de estos mismos poderes, DUQUE CORREDOR advierte sobre la facultad que tiene la CSJ de “crear procedimientos ad hoc”²⁹ cuando en el resto de la legislación aplicable no se encuentre un canal específico para tramitar algún procedimiento, negándole a las partes tal actuación. De la forma como se presenta esta norma parece consagrar, tanto en lo principal como en lo incidental, una vía innominada,

²⁵ CPCA, 6-12-82. “Procedimientos Comisiones Tripartitas”, en *Grandes Decisiones...*, Ob. Cit.; Pág. 935.

²⁶ CPCA, 10-12-87. *María G. de Wentinnes*, en *Grandes Decisiones...*, Ob. Cit.; Pág. 937.

²⁷ CPCA, 10-12-84. *J. Instituto Agrario Nacional*, en *Grandes Decisiones...*, Ob. Cit.; Pág. 934.

²⁸ CSJ-SPA, 10-7-91. *Tarjetas Banvenez* (la Corte decidió suspender las Asambleas del Banco de Venezuela) y CSJ-SPA, 15-2-93, *Elecciones de Gobernadores de Barinas y Sucre*, en donde se ordenó suspender las elecciones para Gobernadores que habían convocado el Consejo Supremo Electoral. Ambas en: BREWER CARÍAS, A. *Nuevas tendencias...* Ob. Cit.; Pág. 197.

²⁹ DUQUE CORREDOR, ROMÁN J. *Apuntaciones sobre el Procedimiento civil ordinario*. Tomo II. Ediciones Fundación Projusticia. Colección Manuales de Derecho. Caracas, 1999. Pág. 462. Este autor señala que el juez contencioso administrativo tiene un poder discrecional cuando se trate de defensas o excepciones, las cuales puede resolverlas en un incidente fundado en este artículo, o en el fondo como lo prevé el artículo 130 *ejusdem*.

similar en cuanto a esta característica a la que prevé el artículo 607 del CPC, con la diferencia de que el artículo que la prevé en la LOCSJ es más amplio que la de la ley adjetiva civil. Creemos más bien que el artículo se refiere a procedimientos incidentales puesto que los procedimientos principales ya están definidos en la propia ley, que son los recursos contencioso administrativos y demandas de responsabilidad. En todo caso, es un poder exclusivo de la Corte y en todo caso, la parte podrá solicitar, mas no formalizar, un procedimiento especial y será la misma Corte la que decida en definitiva. También podría aplicarse por analogía en los tribunales de instancia, teniendo en cuenta que bien podría aplicarse el ritual para los incidentes in-nominados que regula el CPC.

c. Materia probatoria

El inquisitivo abre puertas dentro del proceso contencioso y al entrar por cada una de ellas nos encontramos con poderes de dirección e instrucción del proceso y poderes referentes a la abreviación del proceso o alargamiento del mismo en virtud del principio de elasticidad, que no existiendo expresamente con ese nombre dentro de nuestro ordenamiento probatorio; la doctrina extranjera lo ha desarrollado. Como hemos visto, el juez tiene amplias facultades inquisitorias y se extienden hasta la materia de pruebas. En este sentido, la materia probatoria se vuelve más dinámica y cobra real significado porque cumple su función.

Dentro de dichos poderes vemos que el artículo 123 de la LOCSJ faculta al Presidente de la Corte para solicitar el expediente administrativo cuando se intenta un recurso de anulación de un acto administrativo sin esperar necesariamente a que el recurrente lo solicite o exija, dicha solicitud procede con el fin de esclarecer los antecedentes administrativos del caso³⁰, también puede hacer evacuar de oficio las pruebas que considere pertinentes (artículo 129 de la LOCSJ y 165 de la LOCSJ). Un ejemplo de ello lo podemos distinguir en el caso *Carvajal* donde se establece una doctrina sencilla, pero fundamental sobre la apreciación de oficio respecto a otras pruebas, que de oficio es una apreciación sobre otros hechos. Se estableció que pueden considerarse datos de hecho cuando el juez considere conveniente para comparar lo pedido dentro del ordenamiento jurídico, y en consecuencia puede conceder prórrogas y ordenar pruebas pertinentes, pero para evitar confusiones el juez debe expresar cuándo hace uso de su facultad inquisitoria³¹. De igual manera se ha establecido, como en el caso *Atrium*, que el órgano jurisprudencial puede, considerándose que el expediente administrativo constituye una incorporación en bloque de todo lo actuado en sede administrativa, utilizar todos aquellos datos encontrados en el expediente, aun cuando los alegatos formales de las partes no estén basados en algunos de esos datos³².

³⁰ Ya veremos en su oportunidad que esta facultad también se ha establecido modernamente como una carga de la Administración para comprobar la legitimidad de sus actos; actividad que se complementa con la facultad que tiene de solicitar las informaciones y otras declaraciones –sin juramento– a los funcionarios que considere relacionados aunque estén exentos de la obligación de absolver posiciones juradas (Art. 91 LOCSJ).

³¹ CPCA, 18-3-1980. *Carvajal*, en *Grandes Decisiones ...*, Ob. Cit.; Pág. 938.

³² CPCA, 24-10-85; *Atrium*, en *Grandes Decisiones ...*, Ob. Cit.; Pág. 940.

d. *Poderes de reducción de lapsos (declaratoria de urgencia y mero derecho)*

Como venimos diciendo, una de las facultades inquisitorias que se le otorga al juez contencioso administrativo es posibilidad de abreviar lapsos, y dentro de éstos, lo relativos a las pruebas. Subordinado a la concentración y abreviación del proceso, nos encontramos con que el juez puede reducir los lapsos probatorios (atinentes a la admisión, comparecencia y obviamente la promoción y evacuación de pruebas, así como de la relación de la causa). Los lapsos se pueden reducir o hasta eliminar; pero esto sólo es aplicable a los casos de anulación de actos administrativos de efectos particulares y generales.

*Declaratoria de urgencia*³³. La abreviación de lapsos responde a una necesidad anticipada o sobrevenida, que ha sido denominada en la doctrina como declaratoria de urgencia. El artículo 135 de la LOCSJ establece que además de que la parte pueda solicitar la reducción de los lapsos procesales alegando y probando un estado de urgencia el juez puede declararla de oficio.

La declaratoria de urgencia ha sido desarrollada en gran magnitud por nuestra jurisprudencia. En efecto, la CSJ-SPA 10-10-96, caso *1º de Octubre*, se refirió al silencio que hace la LOCSJ en la definición de la declaratoria de urgencia y en las condiciones de hecho que la producen; señalando a su vez, que ha sido precisamente la jurisprudencia la que ha determinado su procedencia, estableciéndose que se requiere que del propio asunto planteado se “derive la necesidad de no aplicar la tramitación ordinaria, por afectar los hechos sometidos a la litis, intereses colectivos, o que constituyan los mismos amenaza sobre bienes o intereses particulares, o que produzcan daños por el transcurso del tiempo de difícil o imposible reparación o cuando se amenacen servicios imprescindibles”³⁴.

Ahora bien, esto nos conduce a compartir el criterio jurisprudencial sobre la no taxatividad de los requisitos para que exista declaratoria de urgencia, no resultando la única previsión especial que hace la norma en su primer aparte de manera exclusiva³⁵. En efecto, si leemos con detenimiento el artículo 135 *ibidem* encontraremos dos situaciones.

En primer lugar, “si lo exige la urgencia del caso”. Aquí el juez deberá hacer uso de su facultad discrecional para determinar en cada caso la urgencia, atendiendo a los índices que ha formulado la jurisprudencia. En cuanto a las partes, su solicitud deberá contener las razones que determine la urgencia, cuyos motivos fácticos deberán estar ajustados igualmente a los supuestos moldeados por la misma jurisprudencia, u otros que en todo caso el juez aprobará. Un ejemplo puede ser la negación al recurrente de una pensión de retiro (obligación alimentaria) por encontrarse en juego

³³ La Constitución de 1999, al eliminar formas y ordenar la simplificación de los lapsos, da pie para el estudio de esta figura con mayor relieve, sin embargo, esperamos las nuevas leyes que habrán de dictarse regulando el Nuevo Tribunal Supremo y otros órganos, lo cual nos impone necesariamente revisarlas para verificar sus objetivos.

³⁴ Consultada en original. Reiterada en S. CSJ-SPA, 10-10-96. PIERRE TAPIA, OSCAR R. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, volumen 10 (octubre 96). Editorial Pierre Tapia. Caracas, 1996. Pág. 63 a 66.

³⁵ Posición vista en S. CP. 16-6-98. PIERRE TAPIA, OSCAR R. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, volumen 6 (junio 98). Editorial Pierre Tapia. Caracas, 1998. Pág. 80.

una prestación vinculada a la subsistencia misma del actor y de su grupo familiar (*CSJ-SPA, 7-10-92, caso Julio J. Romero vs. República - Ministerio de Defensa*³⁶).

En definitiva, no basta con alegar o mencionar los motivos en la solicitud, deben ser probados. No obstante, queda pendiente la actividad del juez al respecto. En un caso sobre el Consejo de la Judicatura (*CSJ-SPA, 29-10-92*)³⁷, no se alegó por la recurrente la necesidad de urgencia y no se fundamentó lo suficiente ni probó, pero en vista de la naturaleza del recurso, cuyo objeto trataba sobre la designación de un juez titular, y por mantener la pulcritud de tales operaciones administrativas atendiendo al interés público y el de la Corte en el buen mantenimiento de esas actuaciones para una buena administración de Justicia, de oficio fue declarado el caso como de urgente decisión.

En segundo lugar, en caso de conflictos entre funcionarios u órganos del Poder Público. Se trata de una presunción de urgencia (como así se dijo en decisión de la *CP. 17-10-96*)³⁸ en donde no debe probarse razón alguna para su procedencia por tratarse de conflictos que se susciten entre funcionarios u órganos del Poder Público. Así debe entenderse, puesto que el legislador quiso resaltar la importancia de tales conflictos, pensamos, debido a la urgente declaración para que puedan continuar ejerciendo sus funciones.

La declaratoria de urgencia puede ser solicitada, actividad a instancia de parte, o puede entonces fundarse de oficio, siendo en este caso sobrevenida. La solicitud bien puede hacerse junto con el recurso si se trata de acortar los lapsos de comparecencia y hasta el de prueba. La ley no señala la oportunidad para solicitar tal urgencia, pero se entiende de la manera que hemos propuesto, por apreciarse la oportunidad procesal de pronunciamiento sobre la reducción de los lapsos y declaratoria de urgencia que se ha establecido jurisprudencialmente (*CSJ-SPA, marzo 97*)³⁹, el cual debe ser posterior a la admisión del recurso. Sin embargo, aclaramos que la respuesta de la solicitud debe dictarse en el mismo auto de admisión si lo que se pretende es reducir sólo el lapso de comparecencia, para que en virtud del derecho a la defensa tanto el Fiscal como los interesados conozcan el tiempo exacto en que deberán de comparecer. En cambio, si de lo que se trata es de reducir la etapa probatoria, cuando sean pocos de prueba suponemos, la solicitud además de poderse acompañar al escrito del recurso, puede hacerse por separado durante el lapso de comparecencia, en este caso el juez contencioso podrá acordar la urgencia dentro del mismo lap-

³⁶ *RDP N° 52. 1992.* En esta misma posición encontramos a JOSÉ ARAUJO JUÁREZ, quien señala al respecto que la urgencia derivará del mismo asunto planteado, es decir, que nos encontramos ante una situación relativa o condicionante. Cita también las siguientes sentencias: CPCA: 3-8-82, *RDP N° 11-196*; 29-3-84 *RDP N° 18-182*; 18-4-85 *RDP N° 22-186*; CSJ-CP: 8-6-88 *RDP N° 36-109*; CSJ-SPA: 27-10-88 *RDP N° 36-125*; 30-6-92 *RDP N° 50-161*. En cuanto a los requisitos: CPCA: 31-5-90 *RDP N° 42-128*. ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ. *Principios generales del Derecho procesal administrativo*. Vadell Hermanos Editores. Valencia-Caracas, 1996. Pág. 349.

³⁷ *Noelia González vs. Consejo de la Judicatura. RDP N° 52.* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1992; Pág. 194-195.

³⁸ PIERRE TAPIA, Oscar R. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Ob. Cit.*, Pág. 68. ARAUJO cita también: CSJ-SPA: 25-10-90 *RDP N° 44-166*; 27-11-91 *RDP N° 45-128*; CPCA: 5-11-92 *RDP N° 52-195. Ob. Cit.*; Pág. 349.

³⁹ Consultada en original.

so antes de que se inicie la fase probatoria. Esa solicitud puede hacerse incluso antes del recibo del expediente que no necesariamente debe darse en fase de promoción⁴⁰.

Mero Derecho. El primer aparte del Art. 135 *ejusdem* prevé la declaratoria de mero Derecho, figura diferente a la declaratoria de urgencia aunque se encuentre en la misma norma que la “regula”⁴¹. Tal declaración no ocasiona un efecto disminutivo de lapsos procesales, sino la eliminatória total del lapso probatorio puesto que no se debaten hechos alegados por el recurrente ni negados por la contraparte porque no se necesitan, o porque se decidirá el juicio con los elementos probatorios existentes en autos. Más bien se trata de dictar el Derecho a un caso concreto en donde no entra interpretación fáctica por ser de estricto orden jurídico. Se le ha definido también como casos de evidente controversia normativa, y está circunscrita a cuestiones de mera doctrina jurídica y no se discuten los hechos originando la desaparición absoluta del lapso probatorio, produciéndose un simple examen de la situación planteada y la correspondiente interpretación de la norma que le es aplicable⁴², o si se quiere, como aquella causa en la que, al no haber discusión sobre hechos, no se requiere apertura el lapso probatorio, sino que basta el estudio del acto y su comparación con las normas que se dicten vulneradas con él, a fin de, concluida la labor de interpretación jurídica que debe hacer el juez, se declare su conformidad o no a Derecho.

Incluso, puede evidenciarse desde el inicio mismo del proceso -de los términos de la solicitud de anulación- el que la causa sea de mero derecho y, por tanto, ser innecesario el llamado a los interesados para que hagan valer sus pretensiones -sea en defensa o ataque del acto impugnando- por no haber posibilidad de discusión más que en aspectos de derecho y no de hecho (*CSJ-SPA, 14-7-94, Moisés Domínguez vs. Consejo de la Judicatura*)⁴³. En el mero Derecho se tratan causas como la interpretación de un texto normativo (que puede darse aisladamente mediante el recurso de interpretación, con la diferencia de que éste procede en situaciones especiales que determinan algunas leyes), de instrumentos relevantes al caso, sean públicos o privados, y todos los demás casos donde el proceso no dependa de la necesidad probatoria para llegar a alguna conclusión material. Puede darse el caso, que no siendo un asunto de exclusivo orden jurídico, todavía existiendo hechos, tanto el recurrente, el demandado (admitiendo los hechos y no el derecho), así como los coadyuvantes u opositores que hubieran atendido al emplazamiento, no soliciten la apertura de la causa a pruebas, o que no pronunciándose sobre los hechos de manera inerte actúan de forma negativa no solicitando que la causa se abra a pruebas, quedando ésta como de mero derecho. En todo caso, no olvidemos los poderes del juez, y si éste puede de oficio realizar pruebas según las circunstancias y el tipo de recurso o demanda intentada decidiendo sobre la base de esas pruebas; no se considerará como de mero Derecho.

Uno de los efectos que determina la ley al declararse el mero Derecho es la eliminación de la relación e informes; a diferencia de cómo ocurre en el contencioso tributario, por establecer el artículo 193 del Código Orgánico Tributario (COT) la

⁴⁰ CSJ-SPA 9-12-80 RDP N° 5-131. ARAUJO. *Ob. Cit.*; Pág. 349.

⁴¹ S. CSJ-SPA. 12-11-98. PIERRE TAPIA, OSCAR R. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, volumen 11 (noviembre 98). Editorial Pierre Tapia. Caracas, 1998; Pág. 154-155.

⁴² *Ob. Cit.*; Pág. 65-66.

⁴³ Consultada en original.

procedencia de los informes. Sin embargo, de vuelta al contencioso general, la jurisprudencia ha decidido lo contrario, sosteniendo el criterio que la declaratoria de mero Derecho “no implica en sí misma la supresión de todos los lapsos previstos por la ley para la correspondiente tramitación del recurso, siendo sólo la eliminación del lapso probatorio su natural consecuencia, mas no la supresión de la relación e informes, que por el contrario podrían resultar necesarios y apropiados”⁴⁴.

Objetivamente, si un juez decide sin relación ni informes está actuando como lo indica la norma, y existen casos en que así se ha sentenciado, aunque cada vez en menor proporción (*CAS-SPA, 26-10-94, Varios vs. Universidad de Carabobo*)⁴⁵, pero ello no implica que sea ajustado al principio de la legalidad. Creemos que la eliminación de la relación e informes debe verse de manera inconstitucional, y los jueces contencioso deben sentenciar omitiendo tal precepto en virtud del control difuso de la Constitucionalidad previsto en el artículo 20 del CPC, perfectamente aplicable por aplicación del artículo 88 de la LOCSJ. Atender una causa sin relación e informes, última actuación de las partes dentro de la instancia, significa crear un estado de indefensión por negársele el derecho, y la oportunidad para su ejercicio, de realizar un acto procesal de naturaleza probatoria en el cual se le expone al juez los hechos acontecidos y el Derecho a que se someten con sus respectivas conclusiones, y más aún, cuando deviene del Fiscal en resguardo de la legalidad. Tal control lo ejerció la Corte en Pleno, en fecha 25-11-92, fallo reiterado en posteriores sentencias, dentro de las cuales podemos ubicar la decisión emanada de la CP, 17-10-96⁴⁶.

Por otra parte, así como la jurisprudencia se ha encargado de fijar los supuestos de la declaratoria de urgencia, de igual modo se ha pronunciado sobre los supuestos del mero Derecho. En este sentido, sólo procede cuando ha transcurrido el lapso de comparecencia de terceros en el proceso o si los mismos han concurrido voluntariamente, más cuatro condiciones más: 1) que el litigio consista en la confrontación de normas jurídicas, 2) cuando el sujeto pasivo admite las alegaciones del recurrente en el libelo, pero haya contradicho el derecho, 3) que ambas partes convengan en ello o que cada una solicite que la causa sea decidida como de mero derecho o con los elementos probatorios que se encontraren ya en autos, en el expediente y 4) en casos en que la ley diga que solamente en determinado caso, será admisible la prueba instrumental. (*CSJ-SPA, 11-10-94*)⁴⁷.

Del mismo modo, la jurisprudencia también ha definido el momento en el cual debe darse la declaratoria, siendo la etapa posterior a la comparecencia, para que las partes tengan la oportunidad de alegar y contradecir hechos que pudieran ser objeto de prueba⁴⁸. Consideramos muy importante esta acotación, ya que podría entenderse

⁴⁴ S. CP 12-5-86, reiterada en S. *CSJ-SPA, 15-10-92. RDP N° 52*, EJV, Caracas. 1992. Pág. 196. Esta decisión, por consiguiente, fijó el lapso para la relación para el primer día de despacho siguiente a la fecha de publicación de la decisión, que tendrá una duración de cinco (5) días de despacho, siendo el último de esos días, el término para la presentación de los informes.

⁴⁵ Consultada en original.

⁴⁶ PIERRE TAPIA. *Ob. Cit.*; Pág. 68.

⁴⁷ *RDP N° 59-60*. EJV, Caracas, 1994. Pág. 276. Esta sentencia hace señalamiento al Art. 389 del CPC aplicando el Art. 88 de la LOCSJ, que también se ha mencionado en otras jurisprudencias.

⁴⁸ S. *CSJ-SPA. 12-11-98. PIERRE TAPIA. Ob. Cit.*; Pág. 154. Esta sentencia se refiere igualmente sobre la posible coincidencia de ambas figuras, destacando la no eliminación de la relación ni los informes, obediendo inclusive al grado de complejidad, cuestión que rechazamos puesto que la dificultad del caso no debe factor determinante, sino garantizar el derecho de defensa.

Isdel Perozo Quintero

que ante la admisión de un recurso contra actos de efectos generales, sea suficiente para determinar el mero Derecho, cuando en realidad deben agotarse ciertas circunstancias a las cuales nos hemos referido en líneas anteriores. Por tanto, el que un procedimiento sea contra actos de efectos particulares o de efectos generales no implica necesariamente que deba darse uno u otro tipo de declaración antes de la comparecencia, o posterior a ella, más bien obedece en resguardo al derecho de prueba, como reflejo de la defensa⁴⁹.

Vistas las anteriores consideraciones, debemos hacer una última reflexión sobre estas manifestaciones del principio inquisitivo. Tanto la declaratoria de urgencia como el mero Derecho pueden coincidir, pero no necesariamente una conlleva a la otra porque la reducción de los lapsos no siempre recae sobre la prueba.

e. Lapso probatorio y oficialidad

Como se ha expuesto, el carácter atenuando del principio dispositivo se debe al principio inquisitivo que permite al juez en materia probatoria no sólo sentenciar, previo análisis de otros medios aportados por él mismo por facultarlo así la ley, sino que también tiene poder para modificar el lapso probatorio -como la prórroga de los lapsos (Art. 127 de la LOCSJ) y reducción de los mismos (Art. 135 *ejusdem*)-, constituyendo esto un período de prueba particular y distinto al proceso común.

f. Solicitud de prueba

Una vez iniciado el proceso, luego de admitido el recurso y cumplido el lapso de comparecencia, comenzaría la fase probatoria. En primer lugar hay que considerar una fase preliminar relacionada con su apertura, es el caso del llamamiento a prueba. ¿Quién la solicita? El Art. 126 de la LOCSJ parece claro al señalar que las partes y terceros coadyuvantes u opositores que hayan atendido al emplazamiento son los que solicitan que se abra el lapso probatorio cumpliendo los requisitos que se desprenden de la misma ley, los cuales son: a) indicación específica del tema probatorio, b) que el demandado o tercero coadyuvante hayan atendido al emplazamiento, o lo que es lo mismo, darse por notificado, c) que la solicitud se haga mediante escrito por regir el principio de escritura, y d) si cualquiera de las partes tuviera pruebas que no necesitaran ser evacuadas deben llevarlas y presentarlas durante la comparecencia anexas a la solicitud. Este último requisito hace que el lapso no sea preclusivo ni que se tengan dichas probanzas como extemporáneas por anticipadas y, sobre todo, que el lapso probatorio no opere de pleno derecho; debiendo el juez dictar auto señalando su apertura. Podríamos decir que es una de las etapas en donde tiene aplicación el principio dispositivo, aunque dentro de la misma existan facultades inquisitorias importantes por parte del juez contencioso.

⁴⁹ Sobre el mero Derecho, ARAUJO también señala algunas sentencias que podemos enunciar: CSJ-CP: 7-8-85, 3-2-88 RDP N° 34-131; CSJ-SPA: 25-11-82 RDP N° 12-153; 1-3-84 RDP N° 18-182; 14-12-91 RDP N° 45-127; CPCA: 25-10-82 RDP N°12-151; 7-12-82 RDP N° 13-136; 20-3-86 RDP N° 26-137. *Ob. Cit.*; Pág. 349.

F. *Naturaleza del acto mediante el cual se solicita la apertura del lapso probatorio. ¿Carga o facultad exclusiva?*

Obviamente que aunque el artículo 126 de la LOCSJ diga expresamente en qué momento se debe solicitar la apertura del lapso probatorio –lapso de comparecencia–, la cuestión no es esa sino determinar su alcance y contenido. Debe destacarse, para comparar y reflexionar luego, que se nota manifiestamente el principio dispositivo aplicado a la aportación probatoria por permitir a las partes solicitar la etapa probatoria latente. La norma da a entender que se trata de una *facultad exclusiva de las partes*, cuando no es así porque el juez puede abrirla también. El “podrán” a que hace referencia el texto en comentario debe entenderse que de llevarse a práctica dicha facultad se hará en el lapso de comparecencia, sobre eso no hay duda.

Pero el problema no es la solicitud misma sino la apertura en general del lapso probatorio, lo que merece un estudio cuidadoso. Esta posibilidad de apertura o no del lapso de pruebas no depende exclusivamente de las partes ni es excluyente de otros sujetos puesto que el juez como director del proceso en vista de su poder inquisitorio –y dentro de éste sus facultades discrecionales–, aun cuando las partes no la hayan solicitado, puede abrir el lapso probatorio fundado en el Art. 129 *ejusdem*, que indica la competencia del juez para solicitar informaciones y evacuar de oficio algunas pruebas en cualquier estado de la causa, lo que implica que bien puede hacerlo en el correspondiente lapso probatorio, y si vemos más allá, también nos encontramos con que puede prorrogar lapsos o incluso hasta eliminarlos declarando el proceso como de mero derecho independientemente de que las partes actúen, tal y como se prevé en los 127 y 135 *ejusdem*.

Sobre este aspecto la ley española es muy clara. En tal sentido, siguiendo lo relativo a la intervención del juez, nos encontramos con que el Art. 75 de la LJCA establece que el Tribunal podrá también (porque en el artículo anterior de esa Ley se establece que son las partes las que piden el recibimiento del proceso a pruebas) acordar, de oficio, el recibimiento a prueba y *disponer la práctica* de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto. Igualmente, dice ese mismo artículo en su primer aparte, que concluida la fase probatoria el tribunal podrá también acordar, antes o después de la vista o señalamiento para fallo, la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimare procedente. Esto es lo que en nuestro ordenamiento procesal conocemos bajo la figura del auto para mejor proveer, consagrado en el Código de Procedimiento Civil.

En la jurisprudencia se ha manejado la tesis de que si las partes o interesados (coadyuvantes u opositores) no solicitan la apertura del lapso probatorio se entiende que renuncian a su facultad o beneficio, pero si fuese así, más bien debería de entenderse que renuncian al ejercicio de esa facultad (porque ésta no puede “perderser” porque tiene por fuente la ley) y por consecuencia obtienen una desventaja virtual, ya que el hecho de la no solicitud no impide que el juez abra el lapso, o no necesariamente la no solicitud sea desventajosa sino al contrario, las beneficie, o puede ser un caso de mero derecho pero aquí faltaría la orden del juez. Esta posición está vista y analizada como si la solicitud deviniera de un derecho, creemos que la jurisprudencia ha confundido conceptos normativos y los ha calificado de manera diferente, es decir, asume facultad como carga procesal. Para nosotros está vista como una carga procesal, porque debe haber un interés en la solicitud, interés en demostrar los

Isdel Perozo Quintero

motivos que encabecen el supuesto de la norma alegada u opuesta, y de no hacerla técnicamente no perderían un derecho o un beneficio sino la posibilidad de discutir elementos fácticos que pudieran ser importantes al proceso e influyentes en la sentencia definitiva, y quizá, es a eso a lo que se refiere la jurisprudencia al decir que se pierda el beneficio.

Entonces, esa actuación o no del juez sí sería una facultad (deber), pero en cambio, la “solicitud” no, aunque la norma utiliza la expresión “podrán”. Como se ha explicado, la producción o no del lapso probatorio no es de exclusiva pretensión paritaria, pero lo que sí es exclusivo en cuanto a las partes es su modo de intervenir para la apertura del lapso ya que ellas *solicitan* y el juez no ¿a quién le va a solicitar el juez?, él no puede solicitar a su propia persona, lo que hace más bien es dar una orden, decreta o ejecuta como autoridad competente que es. Siguiendo la teoría general del proceso hay tres figuras que debemos tener claras: facultad, obligación y carga; es esta última con la que hay que identificar la posibilidad de solicitud, porque obra en interés propio la pérdida o no de un lapso para probar. Mientras que la facultad no afectaría a las partes si dejan de solicitar que el proceso se abra a pruebas, la carga sí porque no respaldarán sus pretensiones en base a determinados supuestos fácticos ocasionando que el juez decida en forma contraria a sus pretensiones o que no despliegue la investigación suficiente para estudiar el problema jurídico; tampoco es una obligación porque no existe un vínculo jurídico entre el solicitante y el juez y en caso de que el primero no solicite que se abra la etapa de pruebas no incurre en responsabilidad porque no lesiona intereses ajenos sino los suyos propios ni está quebrantando el procedimiento.

Otro aspecto del artículo 126 de la LOCSJ que ha dado lugar a un cuestionable análisis en nuestra jurisprudencia⁵⁰ es la posibilidad de producir dentro del lapso de comparecencia, y junto con el escrito de solicitud, las pruebas que no requieren de evacuación o el anuncio anticipado de las alegaciones fácticas que pretenden probar. No se trata de un lapso preclusivo porque se están insertando actos que deberían ser extemporáneos puesto que todavía no se ha entrado en la fase de promoción y con esa actuación o aportación no se impide su entrada. Sería ilegal entender lo contrario y aceptar que el no ejercicio de esa “facultad” impide que el proceso se abra a pruebas, es la ley la que debe señalar cuando la causa se decida sin pruebas y en consecuencia es la ley la que facultará –allí si sería un derecho o facultad– al juez o a las partes para que por medio de una solicitud (y no por una simple abstención) se pida la no apertura del lapso probatorio. Esta sentencia fue reiterada en el caso *Cepolago*, al igual que otras⁵¹, en donde tratándose la problemática existente, deja conceptos que sirven para partir hacia definitivas conclusiones.

G. *¿Conflicto entre en el artículo 126 y 127 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia?*

Al estudiar el Art. 127 de la LOCSJ, que en una de sus líneas dice: “...*los términos de pruebas comenzarán a correr...*”, pareciera que instituyera la solicitud del lapso probatorio como de pleno derecho, así fue calificado en muchas ocasiones por

⁵⁰ (CSJ-SPA, 8-7-82). Consultada en original.

⁵¹ CSJ-SPA, 1º de marzo de 1984, se puede encontrar en *Revista de Derecho Público* N° 11, EJV. Caracas, 1984; Pág. 184.

la antigua Corte Suprema de Justicia en concordancia con el Art. 278 del CPC por aplicación directa del Art. 88 de la LOCSJ; lo que por consecuencia originaria una colisión con la norma anterior (Art. 126), pues como bien ya hemos señalado, en este último se prevé la solicitud de parte. Este aparente choque normativo se aclara señalando que el Art. 127 *ibidem* en primer lugar, si operara de pleno derecho las partes gastarían energías en solicitar algo que se abrirá por orden de ley. En segundo lugar, la ley no habla de un lapso de pleno derecho, más bien debe decirse que además de la actuación de las partes, el juez puede de oficio abrir el lapso probatorio y en el primer caso estaríamos hablando de llamamiento a prueba y en el segundo de apertura oficiosa. En tercer lugar, el Art. 127 *ejusdem* lo que propone es un cómputo de lapsos (y no de “términos” como se refiere la norma) a los efectos de continuidad del proceso contencioso administrativo.

Hay que hacer mención al caso *Cepolago*, en donde la CSJ utilizó la doctrina clásica de que el lapso probatorio surge *ope legis*, pero existe un voto salvado en donde se comparte un punto del criterio adoptado por el Magistrado FARIAS MATA. Aunque se difiera solamente en que la solicitud sea un derecho, coincidimos en su señalamiento al decir éste que ningún momento existe de pleno derecho el lapso probatorio, sino que dicho lapso, excluyendo las posibilidades que no permitan la apertura, de abrirse, se computará como señala la ley.

Creemos que si bien es cierto hasta hoy se ha mantenido casi invariable el criterio clásico, existe una norma positiva (Art. 126) que engendra efectos válidos que deben cumplirse. En dicho voto salvado, se reafirma que ya han existido rectificaciones sobre la aplicación del principio procesal civil de la apertura automática del lapso probatorio, abandonándose en años anteriores a través del caso “*Petrolera Las Mercedes*”; aunque el problema del Art. 127 se remonta a una decisión que cita CANOVA GONZÁLEZ⁵² del 8 de julio de 1982 donde la decisión de la Corte resolvió a cerca de la inadmisibilidad de una prueba porque no había sido solicitada (decisión de la instancia), estableciendo que en verdad no había que solicitar nada por cuanto el lapso se constituía de pleno derecho. Creemos que la labor está en definitiva, en concretar por vía normativa y desarrollada en vía doctrinara y jurisprudencial, que el lapso sea abra de pleno de derecho.

En el contencioso tributario una vez admitido el recurso o luego de la devolución del expediente del tribunal de alzada que lo admitió, la única oportunidad para abrir el lapso probatorio es cuando el juez de oficio decida abrir la causa a pruebas, sin intervención de las partes; y para lo que están facultadas las partes es para solicitar la no apertura del lapso probatorio por el juez, que se decida sin pruebas y no entre en sus fases de promoción y evacuación. La prosperidad de dicha solicitud dependerá que ambas partes la pidan de manera simultánea y concurrente, si una de ellas no lo hace la solicitud de la otra quedaría sin efecto. El no llamamiento a pruebas se podrá realizar cuando las partes consideren la causa como de mero derecho o que puede desarrollarse el juicio en base a pruebas que cursen en el expediente. Esta facultad operante en el contencioso especial tributario no procede en la vía general contenciosa por no disponerlo expresamente la LOCSJ, que sólo hace señalamiento en su Art. 135 que las partes pueden solicitar una reducción de lapsos por urgencia, pero la cuestión del mero derecho se le deja al juez únicamente.

⁵² CANOVA GONZÁLEZ, ANTONIO. *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*. Editorial Sherwood. Caracas, 1998. Pág. 232-233.

2. Carga de la prueba⁵³

Distribución. La clásica fórmula que da inicio a este tema, por demás apasionante por el ejercicio teórico práctico que concentra constituyéndose como un punto clave dentro de la estrategia procesal, y en concreto, del juego probatorio, reposa en la inquietud de saber con exactitud quién debe probar. Esta es una interrogante que se expresa de manera sencilla, pero su respuesta alcanza un alto grado de complejidad por la existencia de diversos variantes que influyen, como producto de la presencia de varias hipótesis estudiadas en los distintos procedimientos contencioso administrativos.

La carga de la prueba no es un principio como sí lo es su distribución, que constituye precisamente el núcleo del problema del *onus probandi*. Por tanto, hablar de carga probatoria no equivale a la distribución de dicha carga; lo primero se refiere a la actividad procesal de probar, mientras que lo segundo determina la legitimidad probatoria del sujeto sobre el cual recae la carga atendiendo a varios supuestos que permiten su reflejo en cada destinatario, viéndose como una “gira de la prueba”, unida inexorablemente a los efectos que origina dentro del proceso y sobre el sujeto que no la practicó conforme a la ley, siendo el legitimado. De allí la importancia de la distribución y del simple hacer procesal encerrado en un ángulo objetivo que se integra como un elemento más dentro del *iter procedimental*. Como derivado del concepto puro de carga, la determinación del sujeto que debe probar, a su vez, gira en torno al interés jurídico en que resulte verificado el objeto de la prueba, verificación que puede ser negativa o positiva, favorable o no a cualquiera de las partes, pero de no haber prueba se asume el riesgo de la reducción de los derechos para satisfacer lo solicitado en el escrito que inicia el proceso. Esta concepción del interés y el riesgo también se pudiera explicar al decir que el poseedor de la carga se perjudica por la falta de su hacer, esto es, un no hacer probatorio que desvanece el interés jurídico de probanza, por eso la parte debe evitar la omisión de una actividad probatoria que la desfavorezca. *El efecto es, pues, la asunción de riesgos o la determinación de quién asume el riesgo de que falte.*

Ahora bien, en cuanto la distribución, la carga de la prueba presenta dos aplicaciones que se resumen en dos títulos: a) la carga regular, fija o estática, y b) la carga irregular, elástica o dinámica.

La aplicación regular, fija o estática en la distribución conduce a la regla general que establece la carga de la afirmación, y en definitiva, prueba quien afirma un hecho positivo o negativo, actividad que pueden hacer las dos partes. En la LOCSJ no se encuentra ninguna norma expresa que regule esta situación dentro del contencioso administrativo, pero se aplica el principio común, por tanto, la regla ha sido la que permite al actor probar los hechos constitutivos del derecho pretendido o el demandado los que impiden o han impedido la constitución de tales hechos existiendo así un debate probatorio consistente, por ejemplo, sobre la existencia o no de vicios

⁵³ Sobre la carga de la prueba véase: MICHELI, GIAN ANTONIO. La carga de la prueba. Editorial Temis. Bogotá, 1989. Este autor nos envuelve dentro de un completo estudio de la carga probatoria, refiriéndose sobre la regla de juicio en el proceso administrativo, que consistirá en la aplicación del poder oficioso para producir la prueba, y tal regla de juicio será útil para entender la situación de las partes frente al juez.

que anulen un acto administrativo o de un contrato administrativo, si hubo o no falta de la Administración, etc.

Este concepto no provoca mayor inquietud por constituir una conducta normalmente esperada. El problema se presenta con la aplicación irregular, elástica o dinámica de la carga, que origina un cambio en la carga fija sobre la base de un principio de “facilidad probatoria”. Tal variante se distingue de la inversión de la carga regular por tratarse de superar una deficiencia probatoria fundada en obstáculos en la traslatividad del medio, en donde el juez exime de prueba al sujeto que la sufre, y se la atribuye a la parte contraria por estar en mejores condiciones de probar. Por su lado, la inversión no es más que una excepción a la carga fija que surge por la existencia de un hecho negativo indefinido —el cual no puede probarse con el hecho positivo contrario—, o por una presunción legal o *hominis*.

Siendo que en la inversión de la carga existe también una adaptación de la facilidad probatoria, la carga móvil no implica la inversión probatoria, ya que si el sujeto sobre el cual se refleja la inversión pudiera encontrarse en un estado de dificultad para probar, y ante tal circunstancia doblemente excepcional el juez deberá cambiar la carga y colocarla en la otra parte, la cual debe encontrarse en mejores condiciones fácticas o técnicas para demostrar el hecho cuestionado, pudiendo extenderse esta situación al litisconsorcio facultativo o necesario, activo o pasivo.

Cuando existe una pluralidad de recurrentes, sean personas naturales y jurídicas, no hay problema en la aplicación de carga de la prueba, con el especial señalamiento de que la falta de prueba no afectará a los litisconsortes tratándose de un litisconsorcio voluntario. Por ejemplo, al resultar afectadas en sus derechos varias empresas privadas que en asociación construirán un centro comercial capitalino por verse negada la solicitud de una autorización municipal para tales efectos; cumplidas las exigencias normativas podrán utilizar la vía contencioso administrativa, siendo que en el proceso administrativo cada una podrá probar de manera autónoma, no así en el litisconsorcio necesario, en donde los actos de uno de los litisconsortes abrazan a los demás.

En cambio, si pudiera existir inconveniente cuando sean varios los órganos administrativos que intervengan en la realización del acto; en cuyo caso habría que distinguir si se trata de un acto complejo. Si bien es cierto pueden aparecer varios emisores actuales como coautores del objeto del recurso de nulidad —según estemos en el contencioso de nulidad— o del acto que origina una responsabilidad sin falta —si estamos en un proceso de responsabilidad administrativa—, no debemos confundir el litisconsorcio con la pluralidad orgánica de naturaleza compleja⁵⁴, y mucho menos con el de carácter forzoso o necesario, porque en el primer caso encontramos una multiplicidad de sujetos diferentes legitimados para recurrir o excepcionarse dentro de un procedimiento contencioso al cumplirse ciertos extremos legales; mientras que en el segundo, aunque exista competencia concurrente ordenada por ley que origine una actividad simultánea, perteneciendo los órganos que dictan el acto a un mismo ente como integrantes de la Administración Pública Nacional, Estadal o Mu-

⁵⁴ Sobre el acto administrativo complejo, véase: SILVA ARANGUREN, ANTONIO. *Los actos administrativos complejos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1999. Este autor distingue la complejidad del acto de otras actuaciones de naturaleza colectivas, contratos entre entes públicos, actos colegiales y hasta procedimientos administrativos, distinción que compartimos por coincidir en la apreciación de sus características.

nicipal (central o descentralizadamente), quien deberá probar un determinado hecho será la Administración actuando como una parte singular –salvo que existan varios entes o personas jurídicas como parte– siendo requerido que la actuación probatoria la realicen simultáneamente los órganos que la integren, y no cada órgano en particular, obteniendo como efecto fundamental que cada prueba será en nombre de la persona jurídica que conformen, como único sujeto representativo de un sujeto de la *litis*, que sufrirá las consecuencias de la carencia de prueba, si sobre él recayera la carga de probar.

a. La distribución de la carga en el contencioso de nulidad

Con respecto a al contencioso de nulidad de actos administrativos hay que distinguir si se trata de actos de efectos particulares o de efectos generales, en donde el recurrente tiene interés en ver anulado el acto y el sujeto pasivo desea mantenerlo, siendo éste el conflicto de intereses que forma el proceso. Como se aprecia, el objeto del recurso es el acto administrativo, pero éste está amparado por una presunción de legalidad, lo que trae como consecuencia que el acto se considere como lícito y los hechos en que está basado adquieren veracidad, pero tal presunción es relativa (*iuris tantum*) y admite prueba en contrario, entonces, sobre el recurrente recae la carga de probar la ilegalidad del acto que se presume legítimo, y además, la lesión a sus derechos e intereses.

Este alcance distributivo de la actividad probatoria dependerá del tipo de vicio que acompañe al acto, así como también según el tipo de nulidad que acarrea, como se explica seguidamente, para lo cual se siguió el esquema planteado por DUQUE CORREDOR⁵⁵.

a.1. Vicios que originan nulidad absoluta del acto

1. En el caso del ordinal primero del Art. 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), tratándose de una nulidad textual establecida en el ordenamiento constitucional y legal, no es necesario probar la norma quebrantada porque el derecho no es objeto de prueba, en tal sentido tenemos que el Art. 119 de la CRV referente a la usurpación de autoridad establece la nulidad de los actos realizados bajo esa falsa competencia, pero aun siendo la nulidad establecida expresamente por normas constitucionales o legales, si el error es de hecho o la violencia la que origina el vicio, en este caso el recurrente debe demostrar por los medios admitidos esos hechos.

2. Si se recurre en base a la violación de la cosa juzgada administrativa correspondiente al num. 2 del Art. 19 de la LOPA, el recurrente, y hasta su coadyuvante, debe probar por ejemplo la revocación de actos creadores de derechos, la existencia y la firmeza de la decisión anterior que creó el derecho subjetivo y el interés legítimo que fue desconocido por la Administración, ésta deberá demostrar que dicho acto no existió, fue extinguido o que no es un acto firme ni válido y podrá hasta invocar el artículo 83 de la LOPA que se refiere a la facultad o poder que tiene la

⁵⁵ DUQUE CORREDOR, ROMÁN J. “La admisibilidad de las pruebas y la carga de la prueba en el proceso contencioso administrativo”. *Revista de Derecho Probatorio* N° 5. Editorial Jurídica ALVA. Caracas, 1995. Pág. 128 y ss.

Administración de declarar la nulidad de sus propios actos, con indicación precisa del tiempo. Como se aprecia, existe carga para ambas partes, no inversión.

La jurisprudencia ha moldeado lo concerniente a ciertos requisitos probatorios para abundar más sobre este vicio. Por una parte, se establece que el nuevo acto debe resolver de manera diferente el supuesto dictado con anterioridad, que debe ser definitivo y creador de derecho en favor del recurrente, por lo tanto, el expediente administrativo juega un papel muy importante en el proceso por contener, o al menos lo esperado, las actuaciones que produjeron el acto administrativo pasado de autoridad de cosa juzgada y el acto posterior a éste. Qué pasaría si en vez de resolver de manera diferente, resuelve igual que el acto anterior?, pareciera que el administrado podría estar en su "buen derecho" de callar ante el nuevo beneficio, pero antes de una idea de aprovechamiento doloso de la Administración, también puede considerarse y probarse que el acto establece una extensión de los ya derechos concedidos. En todo caso, debemos atenernos al principio de irrevocabilidad de los actos creadores de derechos, salvo que existan vicios que provoquen la nulidad absoluta de aquél. Entonces, no pudiendo la Administración revocar el acto porque quedaría entonces nulo el acto revocatorio, si el particular lo que desea es que la afectación en su esfera personal cese, el permiso concedido, o cualquier otra situación, podría atacar el acto por vicios de nulidad absoluta demostrando lo manifiesto del vicio, como por ejemplo la usurpación de funciones que tiene que ver con la competencia, que es uno de los elementos más importantes del acto; siendo el único límite temporal la extinción o el inicio de los efectos del acto debiendo quedar anulado antes o después de tales hechos.

3. Sobre la denuncia del contenido imposible de un acto o su ilegal ejecución contemplado en el Art. 19, num. 3 de la LOPA, al tratarse de una imposibilidad manifiesta por ser notoria, al recurrente le bastará con alegarla, es decir, que no debe probar esa imposibilidad, no significa que se invierta la carga; simplemente hay una dispensa de la prueba; y el ejemplo que cita DUQUE CORREDOR es la orden dada a un subalterno para que haga cesar la lluvia⁵⁶. En cambio, si se trata de una imposibilidad relativa y no evidente, deberá probarse. Y por último, si existe una imposibilidad lógica entre los motivos del acto o con respecto a la dispositiva o dentro de ésta solamente, tampoco deberá probarse sino alegarla y nada más. Si el acto es de ilegal ejecución tampoco debe probarse por atentar al orden público. La jurisprudencia ha moldeado más esta clase de vicio, al decir que el contenido del acto se identifica con el objeto del mismo, distinguiéndose entre imposibilidad de ejecución e ilegal ejecución. Responde a la primera categoría una imposibilidad física, mientras que la segunda una contrariedad a las normas jurídicas y legalidad en general⁵⁷. En consecuencia, agregamos nosotros, no toda imposibilidad material se deberá a una ilegalidad, aunque pueda coincidir en algunas oportunidades.

4. *Incompetencia manifiesta*. Partiendo en primer lugar, que la competencia según el concepto mayormente aceptado tanto por la doctrina nacional (BREWER⁵⁸,

⁵⁶ *Ob. Cit.* Pág. 130.

⁵⁷ Sentencia CSJ-SPA, ET II, 17-5-99. PIERRE TAPIA, OSCAR R. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Volumen 3 (marzo 99) . Editorial Pierre Tapia. Caracas. 1999.

⁵⁸ BREWER-CARIÁS, ALLAN R. *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1994.

Isdel Perozo Quintero

PEÑA⁵⁹ y SANSÓ⁶⁰, entre otros) como la doctrina extranjera (MARIENHOFF⁶¹, ENTRENA CUESTA⁶² y ESCOLA⁶³), es la medida o “quantum” de las potestades asignadas a un órgano administrativo o actuando bajo función administrativa, atendiendo a la materia, grado, territorio y tiempo. En segundo lugar, que la competencia es la excepción y la incompetencia la regla. En tercer lugar, que operativiza el principio de legalidad administrativa; podemos definir a la incompetencia como ausencia de funciones administrativas o de aplicación de las mismas respecto a un órgano que origina una ruptura del principio de legalidad al actuar conforme a una potestad otorgada por ley, y genera vicios en el acto administrativo impugnado o recurrido que tendrán efectos distintos según el tipo de incompetencia, que puede ser manifiesta (absoluta) o no manifiesta (relativa).

Respecto del primer tipo de incompetencia, (usurpación de autoridad, usurpación de funciones y extralimitación de atribuciones), configura el último caso que señala la LOPA dentro de las causales de nulidad absoluta y por ser de orden público y estar prescrita bajo una nulidad textual (Constitución y leyes) puede alegarse en cualquier grado y estado del proceso. Este tipo de incompetencia provoca una inversión de la carga probatoria, toda vez que, al ser un hecho negativo indefinido que al mismo tiempo cuestiona la presunción de legitimidad del acto administrativo, será la propia Administración la que se deberá preocupar en desvirtuar la afirmación del recurrente, probando que el acto sí fue dictado por un funcionario legítimo, titular del órgano competente.

5. El numeral cuarto también trae otra hipótesis referente al caso de nulidad por incumplimiento del procedimiento legalmente establecido, aquí también estamos en el supuesto de una negación absoluta e indefinida porque se alega el no cumplimiento del procedimiento legalmente establecido al que se refiere el Título Tercero de la LOPA, por lo que el sujeto activo queda libre de probar, ocurriendo una inversión en la carga a favor del recurrente. Es ésta la que debe probar la existencia del procedimiento convirtiendo ese hecho negativo en un hecho positivo.

a.2. Sobre vicios que originan la nulidad relativa o anulabilidad

Este tipo de Nulidad se encuentra en el artículo 20 de la LOPA.

1. En los casos relacionados con la base legal del acto, el actor está exonerado de prueba por tratarse un asunto de derecho, que lo conoce el juez. Puede darse la violación de una norma jurídica por error en su interpretación (error de derecho); en este caso el actor debe probar que se interpretó mal la regla jurídica sea porque le atribuyó un contenido distinto al que el legislador estableció contradiciendo lo pautado, sea porque erró en su alcance dándole una interpretación extensiva cuando de-

⁵⁹ PEÑA SOLÍS, JOSÉ. *Lineamientos de Derecho administrativo*. Volumen I: *La organización administrativa venezolana*, UCV. Caracas, 1995.

⁶⁰ RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD. *Teoría General de la Actividad Administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981.

⁶¹ MARIENHOFF, M. *Tratado de Derecho administrativo*. Tomo I. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1964.

⁶² ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho administrativo*. Volumen 2 (Organización Administrativa). Tecnos. Madrid. 1990.

⁶³ ESCOLA, HÉCTOR JORGE. *Compendio de Derecho administrativo*. Volumen I. Ediciones Depalma, Buenos Aires. 1990.

bía aplicarse una interpretación restringida o viceversa. La errónea interpretación puede abarcar una norma sustantiva o adjetiva. También puede existir una falsa aplicación de la norma que se refiere a una mala elección puesto que el funcionario al momento de motivar los hechos con el derecho realiza un error de apreciación fáctica y existe el caso además, de una falta de aplicación, que no señala ningún tipo de elemento jurídico, o se indique uno correspondiente a una ley derogada o que puede no estar en vigencia todavía, no es compatible con la naturaleza de la materia o porque sea un derecho extranjero de no aplicación en nuestro ordenamiento. Existe una ilegalidad que da lugar a que el acto recurrido venga desde la vía administrativa sin base legal y por lo tanto el actor queda liberado de la carga por tratarse de un asunto jurídico y sólo debe alegarse la existencia de la norma que ha debido aplicarse, o su violación por el acto recurrido. Tratándose de actos sujetos al requisito de publicidad y el que desee valerse de ellos debe probar su promulgación y vigencia. La práctica administrativa no es fuente Derecho administrativo, por tanto, si se alega ausencia de base legal y la Administración se defiende en base a dicha práctica, el actor tiene la carga de probar su inexistencia y falta de obligatoriedad.

2. *Vicios en la causa.* Este elemento consiste en la explicación del acto, que implica la debida congruencia entre los supuestos fácticos y jurídicos del mismo y su declaración. Un sector de la doctrina diferencia la causa de los motivos señalando que éstos son parte de aquélla, vistos como aquellos argumentos y razonamientos variables, subjetivos⁶⁴; mientras que otro sector lo eleva a sinónimo⁶⁵, para nosotros ambas posiciones son muy lógicas, pero preferimos igualar causa y motivo. Las dos posiciones observan la necesidad de la motivación en el acto administrativo, en consecuencia, la causa implicará hablar necesariamente de motivación, y si falta ésta no existirá la primera.

A los efectos de determinar su aplicación en la carga de la prueba es irrelevante plantear una discusión doctrinaria al respecto, porque lo más importante ahora es estudiar el vicio que origina algún desperfecto en los motivos, cuyo concepto no ha generado confusión, sino al contrario, se ha desarrollado. De modo que, al no haber congruencia, carencia de motivación y falta de apreciación en general de los motivos, aparecerá el vicio de exceso de poder.

No necesariamente el abuso de poder conduce al falso supuesto, que es otra modalidad. En el falso supuesto de hecho, los motivos fácticos no concuerdan con la realidad que afirma el actor es diferente, es decir, no existen sino en la mente del emisor actual. En este caso hay dispensa de la prueba por la existencia de la negación absoluta e indefinida, siendo la Administración la que debe probar la existencia de ese mismo hecho. Si el recurrente admite la existencia, incluso parcial, de los motivos independientemente que alegue que se apreció mal algún hecho o erróneamente alguna prueba, la admisión constituye un hecho positivo, concreto y definido que debe probarse por quien lo alega.

⁶⁴ DUQUE CORREDOR, ROMÁN J. "La causa del acto administrativo". *Revista de Derecho público* N° 29. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1987. Este autor señala que: "la causa supone la debida demostración, entre otras cosas, de los antecedentes y los motivos del acto, que justifican la declaración en él contenida, así como su recta calificación y apreciación (...)". Pág. 66.

⁶⁵ BREWER CARIAS, Allan. *Principios del procedimiento administrativo*. Editorial Civitas. España, 1990. Pág. 91.

Sobre la manera en que debe estar estructurada la motivación del acto, se ha dicho jurisprudencialmente que no es necesario que tal conjunto integrante del acto administrativo esté virtualmente contenida en su contexto, sólo basta que se encuentre en el expediente administrativo⁶⁶. Sobre esta aceptación de la manera en que se presenta la motivación origina un antiformalismo que favorece a la Administración desordenada, que al dictar el acto provoca confusión en el particular afectado. No obstante, creemos en un equilibrio, y esta premisa jurisprudencial nos lleva a pensar también en que con ello se evitan alegatos inútiles que entorpezcan la actividad intelectual del juzgador, estimulándose la celeridad y economía procesal. Por otro lado, la Administración no podría aducir la falta de fundamento del recurrente, que con su derecho a la información puede estudiar los antecedentes del acto en sede administrativa; y éste deberá tener cautela a la hora de alegar un hecho que pueda quedar desvirtuado.

3. Vicios en el fin. *Desviación de poder*. Si a través de la causa se llega a un fin, aquí es necesario distinguir entre un falso supuesto de hecho y la desviación de finalidad del acto. En el primer caso, el funcionario acepta un hecho como cierto, el cual no existe y lo establece en los motivos del acto como explicación fáctica que lo crea; mientras que en el segundo, como lo señala VIDAL PERDOMO, depende de un móvil que inspira al funcionario desnaturalizar la causa del acto, por tanto: “hay desvío de poder cuando se emplea una facultad otorgada por la ley con un fin distinto del que la ley quería al otorgarla (...)”⁶⁷. Como en toda afirmación, rige la regla de la carga estática, y cuando se denuncia la desviación de poder, por tratarse de un defecto de voluntad, el recurrente tendrá la carga de probar *cuál fue la verdadera intención del funcionario al dictar el acto*. Aunque implícitamente la prueba de la desviación de poder puede provenir de los términos de la propia decisión, de los documentos o recaudos administrativos que integran el expediente, debiendo el interesado solamente presentar tales probanzas ¿cómo?; en la mayoría de los casos la prueba se origina por indicios y presunciones. Como puede notarse, la desviación de poder exige una prueba sobre hechos concretos como la jurisprudencia lo ha señalado en su oportunidad (CSJ-SPA, 15-2-82) señalando que “(...) no bastarán apreciaciones subjetivas o suspicaces de quien invoque la desviación (...)”⁶⁸, y menos, citas doctrinales al respecto.

Otro elemento a considerar es la legalidad del acto, éste externamente demuestra su exactitud jurídica, lo que varía o se encuentra oculto es el fin del mismo, el cual no tiene que ser necesariamente ilegal para configurarse este vicio, porque de lo que se trata es de comprobar que ha sido realizado en contraposición al objetivo para el cual se le atribuye competencia al órgano que dictó el acto, porque “(...) la desviación de poder no se presume (...)”⁶⁹; pero por lo difícil de conseguir medios idóneos para evidenciar la falta de correspondencia entre la intención del legislador al crear una determinada competencia y el fin que ha perseguido el autor del desvío, siendo entonces una situación eminentemente subjetiva.

⁶⁶ CSJ-SPA. S. 21-1-99. Consultada en Original.

⁶⁷ VIDAL PERDOMO, JAIME. *Derecho administrativo*. Editorial TEMIS. Bogotá, 1997. Pág. 349.

⁶⁸ BALASSO TEJERA, CATERINA. *Jurisprudencia sobre los actos administrativos* (1980-1993). Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1998. Pág. 712.

⁶⁹ BALASSO TEJERA, CATERINA. *Ob. Cit.*; Pág. 711.

En consecuencia, se desprende de esta circunstancia íntima la dificultad probatoria en que puede encontrarse el particular para definir lo deseado por la ley antes de la desviación, situación que deberá estudiar el juez imponiendo a la Administración la prueba de su móvil, en aras de la facilidad probatoria, que envuelve a su vez, la celeridad y el equilibrio procesal como lo afirma ARVELO VILLAMIZAR, evitándose los "(...) ejercicios probatorios 'denominados diabólicos'(...)"⁷⁰. Descartamos la posibilidad de inversión, porque ésta respondería ante una presunción de culpa y no de la llamada facilidad probatoria, que el órgano administrativo debiera en tal caso desvirtuar, pero no sucede así porque justamente el acto aparenta perfecto en su estructura y lo que existe de manera ilegal es el fin para el cual fue creado, en consecuencia, creemos más bien en una carga dinámica que si bien rompe con el tradicional esquema, no produce tampoco una inversión de la carga probatoria.

3. Alegato de vicios de forma. El recurrente no debe probar tales vicios sino alegarlos porque se refieren a cuestiones de derecho, normas procedimentales.

4. Puede también tratarse de una incompetencia no manifiesta, en este caso siendo un hecho negativo, éste está condicionado a especiales señalamientos de incompetencia, y debe probar el actor en qué consiste esa incompetencia que puede tratarse de una extralimitación de atribuciones. En lo que respecta a la incompetencia no manifiesta, dada su posibilidad de anulación y no contemplar un hecho negativo absoluto o indefinido, sino más bien definido y relativo, lo afirmado por el recurrente debe ser probado por él y no puede alegarse sino en primera instancia.

Fuera de este orden traemos a colación la carga de probar la irreparabilidad del daño a que se refiere el artículo 136 de la LOCSJ. Las medidas cautelares es un reflejo del impulso procesal de parte, en consecuencia, rige la regla fija de la carga de la afirmación. Quien solicita la medida cautelar de suspensión de efectos, es decir, el particular recurrente⁷¹, debe probar los supuestos que aduce en relación al perjuicio que sufrirá si el acto administrativo cuestionado se ejecuta. LUIS ORTIZ ALVAREZ, al estudiar el tema observa que en aras de la tutela judicial efectiva la carga probatoria debe ser reformulada dirigiéndose su distribución hacia la Administración en muchos casos, como pudiera suceder con los actos sancionatorios. Sin embargo, la jurisprudencia sigue manteniendo la posición regular de la carga pesando sobre el recurrente, la cual, según ORTIZ ALVAREZ, "(...) necesariamente no debe enfocarse desde una perspectiva estricta de medios de prueba, pues en muchos casos suele tratarse más bien de un problema argumentativo o de una suerte de debate intelectual. En este sentido, lo que la jurisprudencia suele sostener es que, con vista a la procedencia de la suspensión, no bastan los meros alegatos genéricos sobre una supuesta irreparabilidad, siendo necesario, al menos, para decretar tal suspensión, la presencia en el expediente de pruebas sumarias o de una argumentación fáctico-jurídica consistente por parte del demandante"⁷².

⁷⁰ ARVELO VILLAMIZAR, ROQUEFÉLIX. *Las presunciones y su prueba en el contencioso administrativo*. Editorial Sentido. Caracas, 1999. Pág. 30.

⁷¹ Lo que no obsta a que la Administración solicite medidas innominadas.

⁷² ORTIZ ALVAREZ, LUIS A., *La protección cautelar en el contencioso administrativo*. Editorial Sherwood. Caracas, 1999. Pág. 394. La jurisprudencia que cita al respecto reiteradamente se ha pronunciado sobre la carga de la prueba en manos del recurrente. Así por ejemplo, S. CSJ-SPA 4-8-81; S. CPCA 5-4-83; 9-11-89; 17-3-92; 6-2-92; 19-12-96, entre otras, siendo una de las más recientes la del 13-3-97. Pero sobre la posibilidad de aportar elementos razonables y res-

b. *El actori incumbit probatio en el contencioso de responsabilidad administrativa*

Dentro del contencioso administrativo encontramos como especie a la Responsabilidad de la Administración Pública o Responsabilidad Administrativa, entendiéndose por tal la consecuencia directa de la actividad o inactividad administrativa (lícita o ilícita) generadora de daños patrimoniales a los particulares. Se trata de una responsabilidad extracontractual, rodeado por una justicia conmutativa⁷³.

LUIS ORTÍZ ÁLVAREZ⁷⁴ la define como el sistema por medio del cual los particulares pueden reclamar y obtener indemnizaciones por los daños patrimoniales que les sean ocasionados por los entes públicos, cubre la reparación de todo tipo de daños ocasionados tanto por la actividad ilícita o anormal de la Administración como, en determinadas condiciones, por la actividad lícita o normal de la misma.

De este concepto se desprenden dos tipos de responsabilidad, la primera de ellas denominada "por sacrificio particular", y la segunda "responsabilidad por funcionamiento anormal". La regla general en responsabilidad administrativa extracontractual está basada en el *actori incumbit probatio*, el cual deberá probar el daño sufrido y la falta o funcionamiento anormal, según estemos en presencia de uno u otro tipo de responsabilidad; pero este principio no es absoluto al verse atenuado por las facultades inquisitivas del juez y por la utilización de las presunciones de falta. A su vez, siguiendo el esquema francés, es posible que en favor de la Administración el Tribunal se apoye en los argumentos y afirmaciones respaldadas con sus respectivos

pecto a la prueba sumaria, también existe pronunciamiento: S. CPCA 13-7-82, esta sentencia, declaró que: "es necesario calificar especialmente el daño, en el sentido de determinar si se trata de daños irreparables o de difícil reparación. En este sentido, no basta con un señalamiento genérico de supuestos perjuicios, sino que se requiere su demostración. Sin embargo, no es necesario una prueba plena como si se tratara de una demanda de indemnización de daños y perjuicios, sino que, incluso, sin que ello signifique la inactividad probatoria del interesado, teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión, muchas veces es suficiente atender al contenido del acto y a las consecuencias que pueden derivarse de su cumplimiento, para que el Tribunal califique la naturaleza del daño que pueda causar su ejecución". Ob. Cit.; Pág. 396. Se añade, hay otros pronunciamientos donde se resalta que el juez no puede suplir de oficio la actividad de las partes: S. CSJ-SPA 7-3-85; S. CPCA 14-8-86; S. CSJ-SPA 28-4-87; S. CSJ-SPA 14-12-95. Con respecto al poder de apreciación de juez, se citan especialmente: S. CSJ-SPA 16-12-82; 1-7-80; S. CSJ-SPA 22-2-90. Finalmente, y entre otras muestras jurisprudenciales, este mismo autor señala la conveniencia de una "flexibilización jurisprudencial de las exigencias probatorias y de acreditamiento de los daños irreparables o de difícil reparación sobre el recurrente, cuando el mismo tipo de acto administrativo que se esté analizando en un caso concreto deje ver con bastante evidencia la presencia de daños de la referida naturaleza" Ob. Cit. Pág. 399.

⁷³ Sobre la responsabilidad del Estado y la justicia conmutativa, véase: RUAN SANTOS, GABRIEL. "La responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela". Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carias. Las formas de la actividad administrativa. Funeda. Caracas, 1997. Puede verse además: CALCAÑO DE TEMELTAS, JOSEFINA. La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública. *Segundas jornadas...* Ob. Cit.

⁷⁴ ORTIZ ALVAREZ, LUIS. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas. 1994, Pág. 13. Sobre los postulados conceptuales desarrollados por este autor, se ha elaborado este pequeño estudio doctrinario sobre la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública.

medios documentales que ésta haya presentado, pero veamos cada una de estos tipos de responsabilidad extracontractual.

Responsabilidad por sacrificio particular o sin falta. Este régimen de responsabilidad consiste en el resarcimiento de daños anormales y especiales producto de la actividad administrativa en la cual el carácter normal o anormal (lícito o ilícito) del funcionamiento de dicha actividad es irrelevante a los fines de declarar la responsabilidad, para lo cual es suficiente probar el daño sufrido y su relación de causalidad. Apoyado en el fundamento específico del principio de la igualdad ante las cargas públicas, según el cual, ningún ciudadano tiene la obligación de soportar un daño proveniente de la Administración, aun que éste sea legítimo por derivarse de un acto lícito, que se convierte en un sacrificio particular, por ejemplo en los daños no accidentales como consecuencia de trabajos públicos. También se agrupa bajo la idea del riesgo, como por ejemplo, mediante la existencia de cosas peligrosas (armas, explosivos, vacunaciones, prisiones, entre otras) y en daños accidentales como por ejemplo, por daños derivados de trabajos en el servicio eléctrico, cables de alta tensión. Entonces, como hemos venido acercando, el criterio clave de este tipo de responsabilidad es el sacrificio particular, que se tiene como un límite de la soportabilidad de los daños y opera exclusivamente en la responsabilidad sin falta. En otras palabras, se hace necesario que el administrado sufra un daño que exceda las cargas normales que debe soportar todo ciudadano como partícipe de la vida social en la cual la Administración interviene constantemente. Este sacrificio está integrado por un daño especial y anormal, que es el que debe probar el sujeto activo de la pretensión. La especialidad podrá ser singular cuando es sufrido por una o varias personas determinadas o determinables, como producto de actos administrativos de efectos particulares, abstenciones y hechos de efectos individuales y en las obras y trabajos públicos. También puede ser general, como consecuencia de actos administrativos de efectos generales. La anormalidad viene dada por su gravedad, que deberá demostrarse para obtener el resarcimiento deseado, y esto tiene que ver con la intensidad provocada proveniente del exceso del daño como trascendente a la soportabilidad de ciertas cargas y molestias que normalmente se aceptan. En definitiva, el contencioso de responsabilidad sin falta es una materia muy amplia, rica en diversas situaciones fácticas que se prestan para utilizar todos los medios de prueba posibles para determinar el daño provocado. Siendo esto así, se pudiera aplicar en la responsabilidad por daños accidentales provenientes de trabajos y obras públicas, accidentes en carreteras, cosas, métodos y actividades peligrosas inspecciones judiciales, que generalmente tienen fotografías⁷⁵, experticias, informaciones de oficio, testimonios y algunas pruebas documentales que justifiquen la actividad generadora del daño. Igualmente, se extiende la actividad probatoria en los casos de responsabilidad por daños no accidentales, tales como los derivados también de trabajos y obras públicas (dificultades de acceso en vía pública), molestias o poluciones (ruidos, olores contaminantes, etc.), impedimentos de goce y depreciaciones de bienes anormalmente. Por otro lado, las abstenciones, sobre las cuales debe el recurrente llevar a

⁷⁵ En cuyo caso no se valorará como medio autónomo, tal y como lo señaló la CSJ-SPA 30- 11-94. Caso: R. Gallardo vs. INOS. En: ORTIZ ALVAREZ, LUIS A. *Jurisprudencia de Responsabilidad extracontractual del Estado (1961-1997)*. Editorial Jurídica Venezolana. Funeda. Caracas, 1997. Pág. 831. Asimismo se puede observar el estudio de las inspecciones judiciales en CSJ-SPA S. 13-3-97. Caso: *Meneven y Corpoven*. En: ORTIZ ALVAREZ, LUIS A. *Jurisprudencia... Ob. Cit.*; Pág. 866.

juicio, o estar dentro del expediente administrativo, los permisos solicitados no contestados, o en el caso de negativas administrativas lícitas en prestar la fuerza pública para la ejecución de sentencias, deberá presentarse el respectivo documento que sirve como instrumento fundamental; o en el caso de daños producidos por la inmovilización de barcos en un puerto tomado por el personal en huelga o por marineros incontentos, sin que la autoridad de policía toma alguna medida. Este campo de daños no accidentales se extiende también a los actos de efectos generales, leyes y tratados.

Responsabilidad por funcionamiento anormal o por falta. Está fundado en una falta de actividad, generalmente identificada como falta de servicio⁷⁶, la cual debe probarse para determinar el compromiso de la Administración y su consecuente responsabilidad. La carga de la afirmación sigue siendo la regla en esta área, el que alega o afirma un hecho debe probarlo; y como el recurrente debe alegar una falta de servicio, que será la *causa petendi*, por lo tanto es el administrado quien deberá probar no el daño como tal, sino la falta de servicio o de alguna obligación específica de la Administración por ser éste el criterio clave de este tipo de responsabilidad. Consiste en una violación de las obligaciones administrativas en todo tipo de manifestación administrativa formal o no formal, positiva o negativa, actos, hechos e inactividad en general. Como se puede apreciar, es irrelevante la prueba del daño, el cual no es anormal, como sí lo es el funcionamiento o la actividad que genera el daño, y esto es lo que diferencia el criterio clave de este tipo de responsabilidad con el otro referente al sacrificio particular.

¿Si la falta de funcionamiento es un hecho que debe demostrarse, qué ocurre cuando sí existen presunciones de dicha falta?. Cuando esto sucede la distribución de la carga opera de forma contraria, desplazándose hacia la Administración, la cual tendrá la carga de destruir tal presunción, probando el alegato contrario, resultando la liberación del recurrente al no tener que probar un hecho presumido, opera a favor del demandante. Entonces, lo que ocurre es una inversión de la carga probatoria, que ahora estará en contra de la Administración y dentro del contencioso de responsabilidad es el único caso en donde tiene campo de aplicación. Tal presunción origina una excepción al principio general que venimos tratando, por tanto, el recurrente o demandante alega falta de servicio con un *plus*: “presumida”, pero no prueba lo que alega, basta con simples indicios para que el juez califique al hecho como falta presunta.

La víctima lo que sí podría probar el daño sufrido y la relación de causalidad en virtud de su derecho de prueba, (pero no es primordial para calificar la situación porque el criterio clave es el funcionamiento anormal) a diferencia de cómo sucede dentro de la responsabilidad por sacrificio particular, en donde existe una responsabilidad objetiva no interesando la falta –violación de la obligación de prestar buen servicio– y lo único que interesa probar es un daño anormal y especial (accidentales o no accidentales) que sea imputable a la Administración, como bien señalamos anteriormente. Por tanto, la carga de la prueba le corresponde a la víctima, al particular o administrado demandante que padece ese daño y lo alega positivamente (hecho positivo). En lo que respecta a la Administración responsable del daño por funcio-

⁷⁶ La función administrativa no abarca exclusivamente el servicio público, teoría superada por el Derecho administrativo moderno, porque pueden existir otros elementos que integren la actividad administrativa.

namiento anormal, deberá oponer el buen funcionamiento de la actividad cuestionada, la falta de la víctima o fuerza mayor, como causales de exoneración y desvirtuar la presunción.

c. Inversión del onus probandi y derecho a una tutela judicial efectiva

La distribución de la carga, o la verdadera distribución diríamos nosotros, será aquella que garantice la defensa de las partes y terceros que eventualmente participen en el proceso y en la prueba, más concretamente. Dentro de tales derechos se encuentra el derecho a una tutela judicial efectiva, que como derecho fundamental debe facilitar la aplicación de la flexibilidad probatoria.

“El derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho de toda persona a que se le ‘haga justicia’; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas”⁷⁷. De esta definición se desprende en primer lugar la asunción de la justicia como el máximo ideal de las partes y fin del Derecho, que vendrá integrada por el derecho al acceso de la jurisdicción, obtener una sentencia motivada y congruente, ejecutable, y el derecho a tutela cautelar, principalmente. En segundo lugar, establece que la justicia debe impartirse conforme a exigencias mínimas que garanticen un juicio justo o equitativo, para lo cual se recurre al principio de origen anglosajón “debido proceso”.

El renacer, o como lo llama LUIS ORTIZ ALVAREZ⁷⁸, el “despertar” de este derecho fundamental, ha construido nuevas bases sobre las cuales se desarrolla actualmente, y en gran parte, el Derecho procesal, repercutiendo su contenido en el contencioso administrativo, donde cobra gran la importancia en materia cautelar, responsabilidad administrativa y en algunos momentos del juicio de nulidad.

Tal repercusión se nota al estudiar la inversión de la carga probatoria, aquí, la tutela judicial juega un papel fundamental para equilibrar las situaciones subjetivas y compensar la dificultad probatoria, así como también procurar el acceso a la prueba, manteniéndose el espíritu colaborador de las partes en replicar y oponerse a las pruebas presentadas, para sostener sus peticiones que reclaman justicia. Por tanto, al invertirse la carga probatoria lo que sucede es una verdadera tutela efectiva que se aplica a uno de los sujetos partes en el juicio, pudiendo ser tanto el particular como la Administración, aunque por lo general es el primero quien goza este beneficio. Sin embargo, no podría afirmarse con exactitud que el derecho a una tutela judicial efectiva sea exclusivo del demandante, puesto que la Administración también tiene el derecho a una justa sentencia.

d. Inversión del onus probandi y expediente administrativo

El tema del expediente administrativo está muy vinculado con la carga de la prueba, de allí su importancia; ya que independientemente de que se utilice como medio o no de prueba, otorga credibilidad a la Administración que tienen la carga da

⁷⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Segunda edición. Editorial Cuadernos Civitas. España, 1989. Pág. 27.

⁷⁸ ORTIZ ALVAREZ, LUIS A. *Tutela judicial efectiva y medidas cautelares en lo contencioso administrativo*. Editorial Sherwood. Caracas, 1998. Pág. 18.

Isdel Perozo Quintero

llevarlo a la causa por orden del juez y su estudio en muchas ocasiones es necesario para la determinación del fallo por el sentenciador declarando con lugar la pretensión del actor o negando su petitorio decidiendo a favor del ente administrativo demandado. "Constituye la prueba que debe presentar la Administración para demostrar la legitimidad de sus actuaciones cuando ésta ha sido cuestionada". Pero la importancia se encuentra verdaderamente en que consiste en una garantía para el demandante o recurrente para evitar que quede en indefensión.

Se ha reconocido que sea la propia Administración la que envíe el expediente administrativo, que para el caso del recurso contencioso de anulación constituye medio de prueba para determinar principalmente los motivos que produjeron el acto administrativo. Si se recurre por vicios en la causa y la Administración no remite el expediente al juez cuando éste lo solicite, se considera como falta de prueba que la desfavorece; igualmente pasa con vicios en el procedimiento, porque si el expediente contiene el *iter* administrativo, eso constituye presunción *hominis* sobre la ausencia total y absoluta del procedimiento establecido en el artículo 18 de la LO-PA, originando nulidad absoluta del acto según el Art. 19, ord. 3 *ejusdem*. Entonces, la falta de envío del expediente origina una presunción de ilegalidad en la actuación administrativa, como se ha reconocido jurisprudencialmente⁷⁹.

II. MEDIOS DE PRUEBA

§ Generalidades

En tiempos pasados se concebía al contencioso administrativo como un proceso de revisión de la actividad administrativa que rechazaba la prueba; pero esos criterios han sido superados por la legislación, doctrina y jurisprudencia contemporánea, las cuales no discuten la utilidad de la prueba en el proceso administrativo y más bien preparan su estudio. Además, concibiéndose modernamente como un proceso que atiende a intereses intersubjetivos, el problema será despejar los problemas de legitimación de la prueba. Así mismo, la importancia de los principales medios probatorios es un punto que no debe apartarse, y siendo el objeto de este capítulo el estudio de los diferentes medios, a continuación presentamos reflexiones conceptuales y prácticas sobre cada uno de ellos.

1. La prueba documental

En la doctrina⁸⁰ se ha proliferado una cantidad de clasificaciones de documentos, todas son interesantes y permiten una mejor comprensión de la finalidad de los mismos, por ejemplo si un documento es dispositivo o si es simplemente declarativo, original o copia, si tienen o no carácter negocial, o si son o no auténticos. Sin embargo, se ha desarrollado una crisis doctrinaria por la multiplicidad de criterios

⁷⁹ CPCA, 25-03-80, *J. González*. Consultada en original.

⁸⁰ Por ejemplo: "1. Papeles o notas. 2. Fotografías. 3. Declaraciones. 3.1. Declaraciones de partes. 3.1.1. Confesión. 3.1.2. Juramento decisorio. 3.1.3. Manifestaciones de voluntad. 3.2. Declaraciones de terceros. 3.2.1. Documento testimonial extraprocesal. 3.2.2. Documento testimonial ratificado en juicio. 3.2.3. Experticia. 3.3. Declaraciones judiciales". PACHECO AMITESAROVE, ANTONIO J. "Autenticidad, fe pública y fehaciencia documental en Venezuela". *Revista de Derecho Probatorio* N° 8. Editorial Jurídica ALVA. Caracas, 1997. Pág. 14.

que se han elaborado que nos ha impulsado un pronunciamiento al respecto, observando la función, contenido y partes de los documentos.

Ahora bien, considerando la existencia de documentos extraprocesales y procesales, desarrollaremos este punto comparando los documentos públicos, privados y administrativos.

A. Diferencias entre documento público y documento privado

El documento público, tratándose de un documento negocial, es otorgado *ab initio* ante cualquier funcionario público (registrador o juez) que sea competente para darle fe pública, lo que implica que su autenticidad debe existir desde el momento de su creación o formación. En cambio, el documento privado no es auténtico, pero puede adquirir autenticidad (documento autenticado), porque la autenticidad simplemente es un elemento formal mas no esencial del documento, lo que implica que si el documento privado no es autenticado sigue siendo privado y el hecho de que adquiera tal autenticidad no lo convierte en documento público.

Por su propia naturaleza, al documento público se le encuentra el valor probatorio en sí mismo valorándose como plena prueba y tiene efectos *erga omnes*; a diferencia de los documentos privados, que no tienen valor probatorio mientras no se le acredite su autenticidad.

Basta la existencia del registro o protocolo para acreditar la existencia y autenticidad externa del documento público, porque su autenticidad interna vino con él desde su formación. El documento privado antes de ser fuente de prueba constituye un hecho por probar (debe demostrarse su contenido: un contrato).

Otra diferencia muy importante aparece cuando estudiamos la vía recursiva. El documento público sólo puede desacreditarse mediante el procedimiento de la tacha de falsedad, es la única vía y una excepción al principio de que la prueba puede ser atacada por otra prueba para mantener la fuerza auténtica y legítima del documento público⁸¹. Mediante la tacha (principal o incidental), se pretende impugnar el documento para desvirtuar su eficacia probatoria por contener elementos falsos como la fecha, formato, y hasta el sello o firma del funcionario. La falsedad implica algo no verdadero, alteración de lo real. En cambio, el documento privado es objeto de reconocimiento y excepcionalmente tachado.

B. Documentos administrativos

El documento administrativo no presenta cualidades de negocio jurídico y no se puede asimilar a la figura del documento público que se encuentra prevista en el CCV en el artículo 1357. Pueden definirse como aquellos emanados de sujetos investidos de autoridad administrativa –sean titulares de un órgano propiamente administrativo con su respectiva competencia, o que actúe bajo la función administrativa; también provenientes de empresas públicas y hasta producidos por entidades

⁸¹ Cuando los documentos públicos revisten especiales características jurídicas, se constituyen como documentos especiales, como la sentencia, que además de ser documento público es un acto procesal, sometida a la teoría de los recursos para cuestionar su validez.

privadas no estatales actuando en función administrativa al dictar los llamados actos de autoridad⁸².

En su definición la doctrina es bastante contradictoria, por ejemplo, tenemos la concepción de ISABEL BOSCÁN DE RUESTA⁸³, quien señala que "(...) el documento administrativo es una categoría amplia que comprende toda actuación de los órganos administrativos, que se recogen en un instrumento escrito y cuyo valor probatorio y medios de impugnación depende de su contenido. Dentro de esta categoría amplia, –según BOSCÁN–, se ubicaría el documento público, como figura especialmente prevista en el Art. 1357 del Código Civil, con el alcance que le reconoce la ley y cuya impugnación sólo es posible mediante la tacha de falsedad". Respetamos este supuesto, pero no compartimos la idea de la visión orgánica del documento administrativo, el cual se ha señalado, puede provenir de otros órganos no administrativos actuando en función administrativa; en segundo lugar, en cuanto al documento público, es verdad que se identifica con el documento a que se refiere el Art. 1357 del CC y que se impugna mediante la tacha de falsedad, sobreviniendo nuestra diferencia cuando se deduce de la afirmación cuestionada que el documento público es una especie de documento administrativo, por ser éste "una categoría amplia".

Si bien es cierto que todo documento administrativo sin equipararse por completo al documento público puede llegar a tal extremo en cuanto a sus efectos y sin dejar de ser administrativo, eso no significa que deba ser el documento público una especie del otro porque no todo documento público puede llegar a ser administrativo, como el caso de la sentencia.

De acuerdo a la jurisprudencia venezolana documento administrativo es como una especie del género constituido por la prueba instrumental y señala a su vez que se trata de una categoría intermedia entre el documento privado y el documento público, ya que, sin asimilarse totalmente a este último –siendo la jurisprudencia misma la que se ha encargado de señalar las diferencias existentes entre ambos–, participa de algunas de sus características y propiedades en el ámbito procesal⁸⁴. Agradeciendo la preocupación de la jurisprudencia en definir los documentos administrativos, somos del criterio que tal y como nos ofrecen esta noción debemos tomar en cuenta que todavía no existe un concepto que desarrolle su naturaleza jurídica, quedando incompleta porque no atiende a la naturaleza de tales documentos.

También se le ha definido como una actuación que, por tener la firma de un funcionario administrativo, está dotado de una presunción de legitimidad. Lo único cuestionable a este otro concepto es que la legitimidad no viene dada por la firma del funcionario, eso tiene otra utilidad (permite verificar el sujeto titular del órgano

⁸² Sobre el tema, véase: CHAVERO GAZDIK, RAFAEL J. *Los actos de autoridad*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1996. Este autor, al desarrollar el concepto de acto administrativo, se dirige luego a definir los actos de autoridad –de origen francés–, como aquellos actos dictados por órganos pertenecientes a entes no administrativos, pero que por ley tienen "autoridad" o competencia para ello, por demás especial. Esta tesis la recibe nuestro ordenamiento jurídico por vía jurisprudencial, a través de los casos: *Federación Venezolana de Tiro* (13-2-86); *SACVEN* (18-2-86); *UCAB* (24-11-86) y *Criollitos de Venezuela* (16-12-87); en donde se le reconoce la aplicación del Derecho administrativo cuando estos entes de carácter privado dicten los llamados actos de autoridad, para lo cual deben prestar algún servicio público o la misma ley, como se indicó, le otorgue tales prerrogativas.

⁸³ BOSCÁN DE RUESTA, ISABEL. *Ob. Cit.*; Pág. 346-347.

⁸⁴ S. CPCA. 9-8-93. Consultada en original.

administrativo o que actúa en función administrativa con competencia para realizar o dictar dichos documentos)⁸⁵, y más bien se le considera como tal por la naturaleza de su contenido que es una manifestación de voluntad ejecutiva de la ley.

El documento administrativo está protegido por una presunción de legitimidad, constituyendo plena prueba sobre la certeza y legalidad de la actuación administrativa hasta tanto no se pruebe lo contrario, es decir, es una presunción *iuris tantum* de validez.

Para que el documento administrativo pueda apreciarse en el proceso debe existir en el expediente administrativo llevado a juicio, sea por la solicitud que hace el juez o por medio de exhibición en el debido lapso probatorio. Esto ha dado pie para que se discuta sobre quién debe presentar el expediente, si la Administración o el particular, concluyéndose que existe una carga fija parcial que descansa sobre la Administración. Por mandato legal es la propia Administración la que debe insertar en autos el expediente administrativo; pero el particular, en uso de su derecho de prueba y en virtud del principio de colaboración puede llevar a juicio el mismo expediente que la Administración no incorporó al serle solicitado judicialmente, o por medio de copias certificadas, variando entonces los efectos de su falta por una de las partes.

Los efectos del documento administrativo son equivalentes a los del documento público por cuanto son una especie de éstos, y en definitiva ambos son actos públicos. La relación de género - especie puede apreciarse también al comprender que la función administrativa como una especie de la función pública. En síntesis, para nosotros *todo documento administrativo es un documento público, pero no todo documento público es de naturaleza administrativa.*

C. Diferencias entre documento público y documento administrativo

Existiendo un vínculo estrecho entre estos actos, deben prosperar algunas diferencias. En primer lugar, podríamos decir que el Documento público es el continente y el documento administrativo el contenido.

Se ha mantenido (*CPCA, 25-4-83*)⁸⁶ que el documento administrativo es inidóneo por su naturaleza para someterse al procedimiento de la tacha, la cual está reservada sólo para los documentos públicos o los que se quieran hacer valer como tales. Los motivos de la tacha de falsedad se encuentran taxativamente establecidos en el Código Civil y aluden a la antes indicada condición y no pueden extenderse a otros supuestos. Otra razón que resalta la jurisprudencia (*CPCA, 29-8-84*)⁸⁷ para distinguirlos en cuanto a sus efectos reposa sobre el argumento de que el documento público tiene un valor literal "per se", instrumental, en cuanto que el documento administrativo y el elemento formal en el cual se materializa constituyen la conclusión final de un procedimiento administrativo, dando fe del resultado declarativo o constitutivo, pero no así de los elementos que conforman cada una de sus etapas. Es por ello que el documento público no es objeto de un recurso que es el medio destinado a constituir una vía de revisión de las actuaciones procedimentales, a diferencia del

⁸⁵ Siendo útil, por ejemplo, para verificar la delegación de firmas e incluso de competencia en los actos administrativos.

⁸⁶ Consultada en original.

⁸⁷ Consultada en original.

Isdel Perozo Quintero

documento administrativo, que es susceptible de sufrir los efectos de una revisión de los elementos constitutivos que integran el *iter* de su formación. La legitimidad del acto alude al contenido mismo de la decisión, a la certeza de su existencia y a su obligatorio reconocimiento, pero no así a los elementos sobre los cuales el mismo se funda, que bien pueden ser desvirtuados por los medios probatorios que el Derecho señala, y no exclusivamente mediante el alegato de su falsedad.

Por la autoría y contenido, en el documento público puede corresponder a las partes que realizan el negocio jurídico y el funcionario público que interviene en su tramitación sólo se limita a darle fe pública a la declaración de las partes, mientras que en el documento administrativo el autor de la declaración de voluntad, de juicio o certeza es siempre un órgano administrativo, o quien hiciera sus veces, competente para dar fe sobre la voluntad administrativa, es el único sujeto que interviene en el documento administrativo final, no se trata de un negocio jurídico, como en el documento público, más bien de una manifestación de la voluntad administrativa.

Por otra parte, refiriéndonos a la distinción considerando el momento procesal para ser presentados lo ilustramos con un caso reciente en el cual La CSJ-SPA declaró con lugar la apelación contra un fallo interlocutorio que declaró inadmisibles las pruebas documentales promovidas por el recurrente. La decisión se fundamentó en un error conceptual y contradictorio en el cual incurrió el Juez de instancia ya que al aceptar los documentos no admitidos como “administrativos”, le aplicó el régimen para los documentos privados a que se refiere el Código de Procedimiento Civil en cuanto a la oportunidad de promoción (artículo 434 del CPC, en concordancia con el artículo 127 de la LOCSJ). La Sala comparte el criterio de la recurrida en el sentido de que los documentos mencionados no son públicos y por lo tanto, no pueden presentarse en todo tiempo hasta los últimos informes como señala el artículo 435 de la ley adjetiva civil, pero disiente en la sumisión de tales documentos administrativos a los previsto en el único aparte del artículo 434 del CPC porque el ámbito de aplicación de dicha norma se limita a los documentos privados y allí es donde está la contradicción. Por tanto, la Corte estableció que al no haber régimen especial para los documentos administrativos éstos quedan arropados por el principio general establecido en el artículo 396 y 400 del mismo código adjetivo civil. “(...) En tal virtud, las partes que quieran servirse de un documento de esta especie pueden anunciarlo o promoverlo en el lapso de promoción y producirlos o evacuarlos en la etapa de evacuación de pruebas.”⁸⁸

D. Diversos tipos de documentos administrativos. El acto administrativo

Dentro de los documentos administrativos encontramos principalmente actos administrativos, y dentro de éstos, instructivos y circulares, oficios, actas, memorándum, también encontramos libros de registro de documentos y correspondencia, nóminas, etc., veamos algunos de éstos:

Acto administrativo: el acto administrativo está definido en el artículo 7 de la LOPA, es una definición cuestionada por ser hecha en una ley adjetiva contentiva a su vez de una postura orgánica. El concepto en realidad ha sido desarrollado a lo largo de la historia del Derecho administrativo tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal, y actualmente, aunque existen posiciones singulares, generalmente se

⁸⁸ Sentencia de la SPA-CSJ, de fecha 28 de mayo de 1998. Consultada en original.

considera al acto administrativo no sólo atendiendo al aspecto orgánico, sino que su definición se fusiona con el estudio de las funciones públicas hasta llegar a sus efectos. GAZDIK se refiere a los actos administrativos como aquella “(...) declaración unilateral de voluntad, de rango sublegal, que crea e impone consecuencias jurídicas a un sujeto o sujetos, emanada de los órganos del Poder Público e incluso de particulares, en ejecución de normas de Derecho Administrativo”⁸⁹.

Por otro lado, encontramos también fuera de nuestras fronteras algunas explicaciones que pueden admitirse para entender el vínculo que posibilita la relación jurídica administrativa. Por un lado, podemos citar a CONSUELO SARRÍA, que lo entiende como “(...) manifestación de voluntad de quien ejerce la función administrativa para que se produzcan determinados efectos en derecho (...)”⁹⁰. Por el otro, SANTOFIMIO señala que “(...) son manifestaciones de voluntad de carácter unilateral, creadoras de situaciones jurídicas (...)”⁹¹, que pueden ser de efectos generales o particulares.

Todos estos conceptos nos parecen más que claros a la hora de definir al acto administrativo, podemos observar inclusive la existencia de varios elementos omnipresentes: a) *función administrativa*, b) *derecho*, c) *voluntad*, y d) palabras relacionadas con *consecuencias jurídicas* y *contenido normativo*. Por consiguiente, tratando de hacer nuestra conceptualización sobre esta especie de documento, la más ajustada posible a estas posiciones las cuales compartimos, podemos decir que se trata de *una declaración de voluntad de efectos generales o particulares, de rango sublegal que deriva de la práctica de la función administrativa, generando, alterando extinguiendo situaciones jurídicas*.

Instructivos: Son actos administrativos según el artículo 17 de la LOPA y por tal motivo pueden llegar a encontrarse dentro de un expediente por haberse utilizado como prueba documental para demostrar algún punto particular. Según RONDÓN DE SANSÓ, citada por PEÑA SOLÍS⁹², “(...) son las prescripciones que los superiores jerárquicos hacen a los funcionarios y órganos inferiores en relación con el ejercicio de su poder discrecional, respecto al funcionamiento y organización de los oficios y en lo que atañe al trámite de los procedimientos administrativos y de las modalidades de prestación de los servicios públicos (...)”. Como podemos notar, son indicaciones con vinculación interna con fines organizativos y funcionales; en Venezuela el Presidente de la República puede dictar, como jefe de la Administración Pública (Art. 181 de la Constitución) instructivos presidenciales.

⁸⁹ GAZDIK. *Ob. Cit.*; Pág. 132. Compartimos mucho esta definición, ya que a mediados de la década pasada hasta el momento se viene desarrollando otra tesis paralela al acto administrativo, que estudia otros actos que deben también entenderse como administrativos, son los llamados actos de autoridad, emanados de particulares bajo ciertas condiciones jurídicas.

⁹⁰ CONSUELO SARRÍA. “Materialización del acto administrativo, documento administrativo y documento público”. *Terceras Jornadas Internacionales de Derecho administrativo Allan Brewer Carías*. Funeda. Caracas, 1997. Pág. 307.

⁹¹ SANTOFIMIO, JAIME ORLANDO. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. *Introducción a los conceptos de Administración Pública y Derecho Administrativo*. D’Vinni Editorial LDTA. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1997. Pág. 455.

⁹² PEÑA SOLÍS, JOSÉ. “Lineamientos de Derecho administrativo”. Volumen II. *El Derecho administrativo y sus fuentes*. UCV. Caracas, 1997. Pág. 399. Sobre los instructivos y circulares puede verse también el mismo autor en: *Régimen Jurídico de la potestad reglamentaria en Venezuela*. UCV. Caracas, 1996. Pág. 143 a 152.

Isdel Perozo Quintero

Circulares: “(...) las circulares constituyen la expresión o forma de un acto de naturaleza interna, mediante el cual un órgano administrativo superior actúa como informador de otros órganos inferiores, sobre determinados actos, hechos o circunstancias. Siempre aparece dirigido a una pluralidad de destinatarios, pues carece de sentido cuando es utilizada para dirigirse a un sólo órgano o destinatario (...)”⁹³. Al igual que los instructivos, las circulares son actos internos que no originan una relación jurídica administrativa y ambos pudieran ser objeto de la prueba de informes, o pueden incorporarse a los autos de manera autónoma como autos administrativos que son.

Actas: El acta es la constancia escrita de la realización de un acto jurídico. Por ejemplo, puede tratarse de una simple inspección, o de una relación escrita donde se deja sentado, con fines probatorios, las conclusiones de las deliberaciones celebradas en un órgano colegiado, y en este sentido debemos tomar en cuenta que es pues “(...) un instrumento de carácter histórico documental en el cual se recoge el desenvolvimiento de la sesión y los hechos que se verificaron en ella.”⁹⁴. Sobre el acta, debemos destacar, así como lo señala BETANCUR JARAMILLO⁹⁵, que no es el único medio de prueba que acredite el hecho acontecido, o la reunión de aquellos cuerpos colegiados, porque bien puede utilizarse las certificaciones o declaraciones de testigos.

Otra especie es el acta de reparo fiscal, que es definido por OLIVERO, como “(...) una representación escrita, registrada o documentada de la narración de un hecho o perjuicio al Fisco Nacional, la cual se hace con la finalidad de que aquel daño o perjuicio sea reparado, remediado o corregido”⁹⁶.

Dentro de su campo de aplicación es necesaria para probar dos clases de pretensiones, una de tipo positiva en donde el recurrente o demandante lo que quiere es haber valer la legitimidad del acto para demostrar que aún siendo lícito ha ocasionado una lesión en la esfera patrimonial del actor, el actor no desee anular el acto sino que se mantenga para probar la lesión que el mismo ocasiona para que lo indemnicen (responsabilidad sin falta de la Administración Pública) y para ello se utilizan diversos documentos respaldando la legalidad del acto, incluso pueden ser acompañados de actos de trámite. La otra de tipo negativo sería el caso de la anulación de un acto administrativo, que si bien puede traer como consecuencia también una indemnización por daños y perjuicios, también se necesita probar que ese acto es nulo.

E. Documento administrativo y expediente administrativo

Muy controversial ha sido también el tema del expediente administrativo, que tiene gran importancia en materia probatoria por ser el reflejo del procedimiento administrativo. Partiendo de esta idea, se puede apreciar como *el conjunto ordenado de actuaciones administrativas preparadas para afectar jurídicamente una situación subjetiva*, llamado legalmente como antecedente administrativo.

⁹³ PEÑA SOLÍS, JOSÉ. *Lineamientos... Ob. Cit.*, Pág. 397.

⁹⁴ PEÑA SOLÍS, JOSÉ. *Lineamientos*, Vol. I. *Ob. Cit.*; Pág. 253.

⁹⁵ BETANCUR JARAMILLO, CARLOS. *Derecho procesal administrativo*. Cuarta edición. Señal Editora. Colombia, 1994. Pág. 367.

⁹⁶ OLIVERO PÉREZ, WILLIAM ENRIQUE. “El acta de reparo fiscal”. *Revista de Derecho probatorio* N° 9. Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1997. Pág. 10.

Aunque la LOPA no señala con precisión ese “conjunto de actuaciones administrativas”, estableciendo en el artículo 51 *ibidem* que se recogerá toda la tramitación a que diere lugar el asunto, anexando las copias de las comunicaciones y notificaciones que se realicen, estamos claros que lo integran “actos de trámite”, y otros actos definitivos que sirven de fundamento legal; así como también de documentos públicos y privados⁹⁷.

El expediente administrativo atraviesa dos momentos que tallan sus características; en un primer momento se concibe como ordenador jurídico de la actividad administrativa, y en un segundo momento, sin perder tal carácter gana otro como producto del anterior, veamos esos momentos o fases para entender luego, su importancia probatoria.

1. *Fase extrajudicial*. En esta etapa aparece como documentación del procedimiento de la actividad administrativa impugnada, siendo la fase de nacimiento y desarrollo de la elaboración de la actividad administrativa formal o no formal, las impugnaciones realizadas y otros actos procedimentales: pruebas aportadas por los particulares interesados como legitimados para interponer los recursos administrativos. Todos esos documentos están ordenados cronológicamente y en resumen forman una amalgama de actos jurídicos.

2. *Fase judicial*. La jurisprudencia venezolana advierte que la formación de un expediente cualquiera constituye manifestación del deber de documentación que tiene la Administración originada en la necesidad de acreditar fehacientemente actos, hechos, actuaciones, etc., en una secuencia lógica de modo, tiempo y manera,⁹⁸ y esto, sumado a la noción del expediente como antecedente (función histórica propia de la prueba documental), nos acerca a la vista del expediente administrativo, ya no como ordenador jurídico de la actuación administrativa, sino como medio de prueba.

Por ello, en esta fase –judicial o contenciosa administrativa– el expediente administrativo es solicitado mediante oficio por parte del Tribunal competente, apareciendo en esta etapa como instrumento idóneo para convencer al juez de la veracidad de su contenido o de las afirmaciones controvertidas. “El expediente administrativo es, entonces, un medio de prueba especial, que contiene o debe contener todas y cada una de las pruebas que han de coadyuvar a formar criterio al funcionario encargado de la decisión (...)”⁹⁹

Naturaleza jurídica y valor probatorio del expediente administrativo. Tomando en cuenta que bajo el principio de la unidad del expediente, éste se aprecia como un

⁹⁷ Al respecto, el artículo 164 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (LJCA) establece que los expedientes se formarán mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones, y demás diligencias que deban integrarlos, y sus hojas útiles serán rubricadas y foliadas por los funcionarios encargados de su tramitación. Nótese que se detalla mejor el contenido del expediente, pero dejando siempre un modo enunciativo atendiendo a los distintos procedimientos que pueden generarse. La jurisprudencia española igualmente ha tratado el concepto y ha establecido que se trata de una serie de actuaciones debidamente documentadas que reflejan el procedimiento del que el acto o disposición trae causa.

⁹⁸ CSJ-SPA. 11-7-96. Consultada en original.

⁹⁹ BLANCO-URIBE, ALBERTO. *Las pruebas en el procedimiento administrativo tributario*. FUNDA. Caracas, 1997. Pág. 40.

Isdel Perozo Quintero

todo distinto a su contenido, integrándolo una diversidad de actos de diversa naturaleza que deben considerarse de forma aislada, y a su vez, constituir medio de prueba documental, ahora el problema gira en torno a conocer qué tipo de documento viene a ser.

Así como en España han existido confusiones y debates sobre el punto, en nuestro sistema, ni la doctrina ni la jurisprudencia se han puesto de acuerdo para definir armónicamente el expediente administrativo, concibiéndose como documento público para unos y administrativo para otros. Quienes prefieren ver al expediente como un documento público, aducen que lo es, pero en su forma extrínseca independiente de los documentos e instrumentos que lo integran y por ende, haciendo fe que dichos actos fueron producidos en el lugar y fecha a que corresponden, se tienen por ciertos y las partes y el juez pueden recurrir al expediente invocando el principio de publicidad. Nosotros compartimos parcialmente este criterio por considerar al expediente administrativo como un todo, prescindiendo de la individualidad de los documentos que lo integran, pero sostenemos que consiste en un documento administrativo por cuanto contiene una sustanciación sublegal que la parte contraria puede desvirtuar por cualquier medio, no procediendo la tacha de falsedad.

2. Fotografías, películas y grabaciones magnetofónicas en discos o cintas

Según la legislación colombiana –Art. 251 del Código de Procedimiento Civil– entrarían dentro del concepto de documento los papeles y notas: “(...) escritos, documentos públicos y privados; impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos, cartas, copias certificadas y en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo y hasta las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares”¹⁰⁰. Siendo esta una noción amplia de documento, al quedar limitada por la naturaleza y función de algunos medios de prueba señalados en este artículo podemos apreciar que sobresalen instrumentos no escritos que en nuestro ordenamiento adjetivo común han adquirido regulación separada de la prueba documental.

Sin ánimo de explorar terrenos científicos ajenos y especializados ni de introducirnos en una explicación rigurosa que trascienda el límite conceptual que conocemos, podemos decir que la fotografía es un fenómeno óptico mediante el cual se reproducen imágenes reales que descansan en una superficie sensible. Actualmente no sólo se obtiene utilizando las clásicas cámaras, porque con el avance tecnológico es posible tomar fotos desde videocámaras, que pueden, incluso, ser modificadas e impresas por computadoras, que también pueden incorporarse al proceso.

Por lo que refleja la fotografía ha tomado mucha importancia en el campo probatorio, hasta el extremo de considerarse cualquier superficie reproductiva de imágenes como fotografía, y ese resultado final debe considerarse como documento, prescindiendo del medio que la produjo, sea experticia o como resultado de una inspección judicial. Dentro del contencioso administrativo las apreciamos principalmente en el contencioso de la responsabilidad extracontractual de la Administración

¹⁰⁰ HENAO CARRASQUILLA, OSCAR EDUARDO. PADILLA NOGUERA, MARÍA EUGENIA. RIVERA MARTÍNEZ, ALFONSO. *Código de Procedimiento Civil comentado*. Octava edición. Grupo editorial Leyer. Bogotá, 1998.

Pública, en materia de nulidad, y hasta en materia inquilinaria para demostrar las condiciones físicas externas e internas de un determinado inmueble.

AGUSTÍN GORDILLO, con una visión pragmática de la importancia de la fotografía, como medio autónomo, señala muy categóricamente que al abogado puede escribir al dorso de las fotos cualquier dato que sea útil, como la fecha por ejemplo, y dejar constancia, dando fe como auxiliar de justicia, que han sido tomados en el tiempo y espacio indicados; y consideramos nosotros que tales datos pueden ser ordenados y fijados inclusive por el propio juez. De igual manera establece que "(...) pueden tomarse más recaudos aún y hacerlas mediante un acta notarial por un escribano público, por fotógrafo profesional y con testigos (...)"¹⁰¹, y finaliza diciendo que con el tiempo será primordial el desarrollo de esta prueba con más formalismos debido a la importancia a la cual nos hemos referido. Su valor probatorio se ha encontrado variable, pudiera pensarse que si la fotografía ha sido realizada en presencia de un funcionario judicial por motivo de la evacuación de otra prueba, como lo es la inspección judicial, se valorará como tal; y en definitiva, la exigencia de que se realice por fotógrafo profesional y en presencia de testigos sería para aumentar su base fidedigna, pero no su valor, mientras una norma no lo regule de otra manera. Para nosotros, la fotografía puede ser vista como documento público o privado dependiendo del sujeto que la produzca y mientras sea anexo de otra prueba, se apreciará como indicio, valor que también le asigna BELÉN RAMÍREZ LANDAETA, quien señala que hay que distinguir, tratándose de medios evacuados en el proceso, si las fotos fueron evacuadas por los funcionarios judiciales, principales y auxiliares, o si las partes las anexaron a los autos. En este último caso, las fotografías tendrán valor de indicio, entendiéndose que las primeras tendrán el valor de prueba completa.

En cuanto al vídeo, agrega ideas con las cuales coincidimos, y dice que es más fuerte en ilustrar al juez la veracidad de lo presentado en el vídeo porque amplía la aplicación de los sentidos; además "(...) es más amplio y pueden recogerse en él, mayor número de hechos"¹⁰². En consecuencia, la misma importancia, o más, tiene el vídeo, porque además de tener la ventaja de poderse apreciar con dos sentidos, puede igualmente fijarse o imprimirse por escenas fracciones como si fuesen fotos y pueden también ser susceptibles de transcripción.

En una sentencia citada por LANDAETA, se establece que estos medios probatorios deben valorarse por la sana crítica, de acuerdo a lo establecido en el artículo 395 del CPC¹⁰³.

En cuanto a las grabaciones magnetofónicas, éstas pueden definirse como la reproducción de sonidos, que han sido grabados por medio de radios o cualquier otro sistema técnico. Son medios de pruebas tan valederos y útiles que pueden ayudar al juez a decidir tomando en consideración su relación con la prueba testimonial, de experticia, inspección y hasta la misma documental.

¹⁰¹ GORDILLO, AGUSTÍN. "La prueba en el Derecho Procesal Administrativo". *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*. Funeda, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1995. Pág. 327.

¹⁰² RAMÍREZ LANDAETA, BELÉN. "El régimen de la prueba en el contencioso-administrativo". *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*. Funeda, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1995. Pág. 362.

¹⁰³ CSJ-SPS. 24-5-95. LANDAETA. *Ob. Cit.*; Pág. 362.

3. Las copias certificadas

Vienen a suplir la imposibilidad de presentar la prueba original y serán medios de prueba en tanto hayan sido expedidas en la forma legal y la certificación provenga de los funcionarios competentes. Con respecto a este punto, de manera muy clara la doctrina jurisprudencial¹⁰⁴ ha establecido que las copias documentales para que puedan surtir efectos legales deberán estar certificadas, todas y cada una de ellas. No todas las copias se expiden con un procedimiento similar, si lo que se quiere es la copia certificada de una sentencia bastará la diligencia solicitándolas, el auto permitiéndolas y cada copia deberá llevar el sello y firma del funcionario judicial. En materia administrativa están prevista la normativa que regula la Administración Central, que reforma la Ley Orgánica de Administración Central (LOAC), la cual en sus Arts. 58 y 59 mencionaba sobre la expedición de copias certificadas.¹⁰⁵

4. Exhibición de documentos

El artículo 91 LOCSJ se refiere a la acción *ad exhibendum*. Se da en el caso en que el documento cuya exhibición se solicita no fuese de carácter reservado, pero se ha dejado a salvo lo previsto en leyes especiales¹⁰⁶. Con la exhibición se persigue-

¹⁰⁴ CPCA. 22-1-87 (caso *Álvarez vs. República - Ministerio de la Defensa*). Consultada en original.

¹⁰⁵ Recientemente reformada mediante Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.775, del 30 de agosto de 1999. En el Art. 8 de este Decreto se trata lo concerniente a la información, que en sentido general se le atribuye, pudiendo ser utilizado para obtener un documento en manos de la Administración; en concordancia con el Art. 41, num. 11 *ibidem*.

¹⁰⁶ El Art. 54 de la LOAC establecía que los archivos de la Administración Pública Nacional son por su naturaleza reservados para el servicio oficial. Para la consulta de los mismos por otros funcionarios –en donde entra el juez– o particulares –donde puede intervenir la parte contraria–, deberá recaer autorización especial y concreta del órgano superior respectivo (existe un requerimiento de jerarquía). También disponía el Art. 55 *ejusdem* que no se podrá ordenar la exhibición o inspección de ninguna de las dependencias de la Administración Pública Nacional sino por los organismos a los cuales la Ley atribuya específicamente tal función. Podrá acordarse judicialmente la copia, exhibición o inspección de determinado documento, expediente, libro o registro y se ejecutará la providencia a menos que, por razones de seguridad u oportunidad para el estado, el órgano superior respectivo resuelva que dicho documento, libro, expediente o registro es, de carácter reservado o confidencial. La nueva Constitución del 15 de diciembre de 1999 le otorga rango constitucional al régimen de los documentos de carácter reservados al disponer en el artículo 28 lo siguiente: “Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad...”, en concordancia con el Art. 143 *ibidem*. Llevado al extremo constitucional continúa manteniéndose la confidencialidad de los documentos administrativos, como declaratoria excepcional regulada en la LOPA y en la LOAC, sobre lo cual podemos decir que no deroga las disposiciones de rango legal que la regulan y seguirá el espíritu protector del interés público, que es en definitiva lo que debería de entenderse como su finalidad, siempre estando alerta ante cualquier pecado de arbitrariedad, como abuso del poder administrativo. El Decreto que reforma la LOAC en el artículo 9 consagra lo relativo a los documentos oficiales protegidos por el interés público. En concordancia con el supuesto anterior, el Art. 41, num. 11 dispone que los Vice Ministros podrán: “Autorizar las diligencias judiciales que deban cumplirse en las dependencias de su Despacho”, contribuyendo al control de las informaciones que suministre el órgano administrativo.

realizar una prueba en juicio, donde se obtienen de la contraparte la presentación de un instrumento o de una cosa necesaria para probar un hecho que influirá en el mérito.

Procede a instancia de parte. Aunque la ley no lo dice, se entiende que la norma se dirige a las partes y nunca al juez, pues, es éste el que debe recibir la solicitud de exhibición, éste puede solicitar informaciones en uso de sus poderes de oficio (artículo 129 de la LOCSJ), pero no pedir una exhibición.

Es de observar que la ley al regular este medio probatorio lo hizo sólo en relación con los documentos que pertenezcan a la Administración o estén en su poder, y no los que se encuentren en manos de los particulares, la razón del legislador quizá fue la de verificar la conducta de la Administración demandada por tener ésta los documentos que inspiraron la actividad impugnada. No obstante, para no crear una desigualdad probatoria, la Administración podría solicitar que el particular exhiba un determinado documento; como pudiera ser en la discusión de un contrato administrativo.

La LOCSJ limita este medio, al señalar que el documento cuya exhibición se solicite no debe ser por su naturaleza de carácter reservado. Tales documentos, como bien lo señala BLANCO-URIBE, convierten en regla lo que en Francia es la excepción, se trata del secreto documental; pero que en todo caso, se debe "(...) lograr un sano equilibrio entre el derecho a la información, y la protección de los intereses de los terceros y del Estado, para lo cual creemos que el juez es el mejor llamado, dado el rol creativo que debe desempeñar"¹⁰⁷.

Esta disposición normativa crea un privilegio a la Administración al otorgarle competencia discrecional para que determine o establezca cuándo un documento será de carácter reservado o confidencial, y nos preguntamos ¿esta facultad podría crear indefensión?. Si estudiamos esta situación desde un ángulo protector de la seguridad administrativa para mantener "la defensa del Estado", se aceptaría tal distinción. En este caso, estimando la legalidad de tal extremo, si los documentos han sido declarados confidenciales, debe constar en autos el acto administrativo manifestando la respectiva declaratoria, que debe ser con anterioridad al juicio, sobre el cual puede obrar la exhibición. Si no hubiere sido puesto en conocimiento del interesado y no constara dicho acto en el expediente, la exhibición en estos casos es perfectamente posible.

Otro caso es el de la confidencialidad sobrevenida, si ésta ocurre durante el desarrollo del juicio antes de promoverse la exhibición no podría aplicarse esta última, pero en cambio, si el secreto oficial lo acuerdan antes de su evacuación, no podría negársele al sujeto de la prueba el acceso a dicho documento.

Sin embargo, no debemos confiar en los mecanismos de control administrativo, ni tampoco intimidarnos ante los argumentos de la Administración, la cual usa y abusa de esa competencia para autorizar o no la inspección judicial sobre sus documentos y la exhibición de los mismos, que coloca a los litigantes en situación de desigualdad procesal.

¹⁰⁷ BLANCO-URIBE, *Alberto*. "El Derecho a la información y el acceso a los documentos administrativos". *Revista de Derecho público* N° 48. EJV. Caracas, 1991. Pág. 50.

Isdel Perozo Quintero

Se añade, la previsión legal limita el derecho de prueba, que sumado a lo anterior, debemos invocar el control difuso de la constitucionalidad para que los jueces no apliquen tal precepto que viola el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva al impedir el acceso de una efectiva actividad que deberá ser analizada en la sentencia.

En cuanto al procedimiento, debemos estar pendientes que del acto de exhibición se levante un acta porque será el verdadero documento con finalidad probatoria, en la cual se dejará constancia, a solicitud de la parte a quien interese, de cualquier circunstancia relacionada con el estado o contenido del documento de cuya exhibición se trate. Señala la Ley que también podrá dejarse copia certificada o fotostática debidamente autenticada del documento íntegro. Cumplidas estas diligencias, se devolverá el documento al archivo a que corresponda, por órgano del representante de la República que lo haya exhibido. La evacuación de la prueba, en lo que toca a la reserva, rige también para la expedición de copias certificadas o fotostáticas.

5. Informaciones de oficio

El Art. 129 de la LOCSJ. Es un medio de prueba exclusivo del proceso administrativo y sólo la lleva a cabo el juez como consecuencia de sus poderes inquisitorios de cual ya hemos hecho una exhaustiva referencia.

6. Prueba de Informes

Prácticamente sin controversias y siguiendo el mismo esquema conceptual extraído del derecho común, presentamos la prueba de informes, que no por ser menos debatida resulta menos importante. La diferencia entre esta prueba y las informaciones a que se refiere el artículo 129 de la LOCSJ reposa sobre el sujeto que la requiere, siendo en el primer caso la parte interesada y en el segundo el juez. A su vez, hay que destacar que los informes se diferencian de la exhibición por referirse a un punto concreto contenidos en el documento que se encuentra bajo poder del requerido, sin ser necesario llevar indicios que permitan afirmar sobre la tenencia del documento como ocurre en el caso de la exhibición, ya que el artículo 433 del CPC no menciona nada al respecto, por lo que el juez podrá indagar de oficio.

Dada la amplitud del texto en comentario el juez deberá valorar los informes siguiendo la regla de la sana crítica.

En cuanto a la causa de reserva, LA ROCHE¹⁰⁸ sostiene que podrían darse informaciones parciales cubriendo los demás datos por justa causa como por ejemplo que se trate de historias médicas, archivos en bufetes de abogados relacionados con sus clientes y en general todo documento entrelazado con el secreto profesional. Debemos recordar aquí lo relativo al documento oficial, el cual es reservado por razones de interés público. Sin embargo, siempre y cuando no se trate de oficina públicas que mantengan el secreto oficial, el juez podrá realizar inspección de forma privada, actuación que puede ser objeto de impugnación hasta por vía de amparo si viola algún derecho constitucional.

¹⁰⁸ HENRÍQUEZ LA ROCHE, RICARDO. Código de Procedimiento Civil. Tomo III. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Caracas, 1996. Pág., 323.

7. Prueba pericial

En relación a la prueba testifical se podría decir que puede tener más ventaja la experticia, ya que debería considerarse con mayor fuerza la declaración de un experto sobre una sustancia tóxica para comprobar el daño sufrido producto de la acción fumigadora de la Administración para contrarrestar una epidemia, que simplemente valorar lo que vio un testigo sobre esas sustancias.

El experto es un sujeto procesal, y como tal, aunque no siendo parte en el proceso, debe responder a la imparcialidad y capacidad, competencia o título que acredite su conocimiento sobre el hecho controvertido, estas condiciones hacen de la experticia un medio válido (lícito). Por supuesto que el problema de la validez se dará si los expertos ha actuado, pero si no, sólo procede la sustitución que prevé el Art. 332. del CPC. GONZÁLEZ PÉREZ¹⁰⁹ señala sobre este punto que algunas leyes mexicanas establecen normas generales, mientras que los códigos procesales administrativos de algunas provincias argentinas regulan más específicamente la experticia como por ejemplo al establecerse que no es causa de recusación la circunstancia de ser el perito agente estatal, salvo cuando se encuentre bajo la dependencia jerárquica directa del órgano emisor del acto origen de la acción.

Con respecto al informe pericial, la jurisprudencia española ha admitido que éste sea razonado, pero no constituyen esos motivos elemento de validez sino de eficacia. Entre nosotros, atendiendo a la remisión que hace nuestra LOCSJ, el CPC señala en el Art. 467 que el dictamen (informe) de los peritos debe ser por escrito y deberá contener por lo menos, es decir, atendiendo a unos requisitos mínimos y pudiéndose admitir otros elementos, descripción detallada de lo que fue objeto de la experticia, métodos o sistemas utilizados en el examen y las conclusiones a que han llegado los expertos. También debe decirse que el dictamen pericial debe presentarse ante el juez de la causa, pero pudiera ser ante el secretario. En tal sentido la jurisprudencia Nacional en una de sus varias decisiones (*CPCA, 4-2-93, N. Pereira*) estableció que la experticia puede ser presentada ante la Secretaría y no directamente ante el juez de la causa por aplicación del Art. 106 y 107 del CPC que confiere competencia al Secretario para suscribir con las partes las diligencias que formulen en el expediente y recibir los escritos y documentos presentados, pero debe en ambos casos dar inmediata cuenta al juez.

Campo de aplicación: La experticia es también uno de los más importantes medios probatorios con una utilidad ventajosa dentro del proceso administrativo, sobre todo en materia de responsabilidad administrativa, contencioso inquilinario, expropiación, entre otros campos. En materia inquilinaria por ejemplo, la experticia cobra valor al solicitarse para que se realice un estudio sobre bienes inmuebles dados en arrendamiento y comprobar si hubo vicios en el avalúo para dictar la regulación de alquileres y del cual nació un acto administrativo inquilinario ilegal. Abarca también, entre otros, el campo urbanístico y de expropiación donde deben conocerse conceptos especiales y técnicos.

La actuación de los peritos se refleja en los informes y las declaraciones allí contenidas no son vinculantes para el juez por lo que no constituyen plena prueba

¹⁰⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Editorial Temis, S.A. Bogotá – Colombia, 1985. Pág. 297.

Isdel Perozo Quintero

del hecho objeto de experticia o peritaje, quien deberá valorar dichas declaraciones utilizando la sana crítica.

8. Prueba testimonial

La LOCSJ nada dice sobre este tipo de medio de prueba, pero nada obsta a que se utilice y pueda entrar al proceso cuando se trata de juicios que se instauren en primera instancia, sólo queda limitado en cuanto a su admisibilidad en segunda instancia como lo señala el Art. 164 *ejusdem*. Al respecto, haciéndose una interpretación estricta, el legislador consideró suficiente el establecimiento de dicha prueba en primera instancia y que bastaba con la revisión en la alzada de los testimonios producidos en el Tribunal *a quo* y admitir sólo los medios de prueba a que hace referencia el Art. 164 de la ley.

El testimonio puede ser utilizado por ejemplo, por parte de la Administración, para comprobar el hecho de un tercero cuando trate de eximirse de responsabilidad; o bien puede utilizarlo el actor para demostrar cualquier circunstancia que lo amereite.

Señala AGUSTÍN GORDILLO¹¹⁰ que cuando exista dificultad de producir tempranamente la prueba en sede judicial puede utilizarse la *affidavitis* (en el derecho norteamericano), que consiste en declaraciones juradas o no que prepara una persona en forma unilateral y privada (se hace extensible a la prueba pericial). Esta figura opera pidiéndole al testigo que escriba su declaración y el efecto probatorio será que se aprecie como prueba documental, pero se ofrece como testigo y luego la otra parte tendría la carga de pedir la verificación o ratificación de sus declaraciones, pedirle que aclare o amplíe, de lo contrario la parte promovente de la prueba puede introducir de una manera despreciable lo que de otra manera no hubiera podido aportar.

*Testigo experto*¹¹¹. Si bien existen grandes diferencias entre el peritaje y el testimonio, existe la posibilidad de que un testigo sea, en virtud de su función profesional, artística o científica, un experto sobre la materia objeto del testimonio y se conciba entonces este particular medio de prueba como una variante de la prueba testimonial, a través del cual un testigo emite conceptos especializados en la declaración atendiendo a sus conocimientos técnicos, con el fin de reconocer o no la actuación fáctica por la cual se le llama a juicio. BETANCUR JARAMILLO, nos muestra una definición más acorde con su función calificadora y dice así: "(...) podrán al declarar emitir conceptos cuando sean necesarios para precisar o aclarar sus propias percepciones (...)"¹¹².

Ahora bien, la realidad adjetiva caracterizada por la dificultad procesal y el aumento de medidas cautelares nominadas e innominadas como garantizadoras de las resultas del proceso, nos hace caer en un mundo dentro del cual se debe ser amplio y menos limitativo ya que eso contribuiría a la disminución del derecho a la defensa, a la tutela judicial efectiva –y dentro de ésta, la tutela cautelar–, y a la bilateralidad

¹¹⁰ *Ob. Cit.*; Pág. 322.

¹¹¹ Sobre este punto véase: AGUILAR GORRONDONA, JOSÉ LUIS. "El perito testigo en el proceso venezolano"; en *RDP* N° 2. Pág. 209 - 227, y también RENGEL ROMBERG. *Obra citada*, tomo cuarto, Pág. 323 - 339.

¹¹² BETANCUR JARAMILLO, CARLOS. *Derecho procesal administrativo*. Cuarta edición. Señal Editora. Colombia, 1994. Pág. 358.

procesal. Entonces, creemos conveniente expresar que "(...) es evidente que el testimonio de cualquier persona vale por la fuerza de convicción que ella tenga. Si la persona cuyo testimonio traemos es además un experto reconocido en aquello de lo cual testifica, obviamente su opinión tendrá más fuerza de convicción para el tribunal"¹¹³. Por supuesto, la declaración de este sujeto especial tendrá más fuerza de convicción, pero cómo sucede esto si el testigo se caracteriza por narrar según su apreciación empírica de los hechos que interioriza según lo que perciba mediante los sentidos?, la nota distintiva entre la experticia y la prueba testimonial recae sobre el tipo de conocimiento, y debe verse así, porque cuando un testigo emite una declaración que trasciende de lo empírico es porque en esa persona se encuentran una serie de atributos científicos que necesariamente la acompañan y es indivisible en su práctica al momento de declarar, por ejemplo, un sujeto que en una oficina observa como de pronto una computadora es maltratada por otras personas las cuales la dejan aparentemente en buen estado, pero que descubren el hecho y le piden al sujeto observador que declare, éste dice que en efecto, vio cuando tres individuos, empleados de esa oficina, identificándoles físicamente, hicieron el acto cuestionado y a su vez explica que esa computadora no pudo dañarse de esa manera porque el sabe que ocurre de ora y lo demuestra por medio de sus habilidades. Vemos que, sin constituirse como experto, se unieron dos factores: la narración y la explicación técnica.

El testimonio calificado puede conceptualizarse como aquel medio de prueba personal, histórico, indirecto, en el mismo sentido que el testimonio ordinario, que presenta un hecho en base a un especial conocimiento técnico perteneciente a la persona de quien emanó. Por ser algo especial se ha visto a este singular medio probatorio, en cuanto a su contenido, como de carácter mixto por resultar de la suma de dos medios de pruebas legales distintos como son el testimonio y la experticia. Como consecuencia, y en la necesidad de reconocerlo como un medio legal o libre, debemos señalar que si bien en el ordenamiento procesal común no existe tan peculiar testimonio, hay algunos instrumentos legislativos que lo consagran expresamente¹¹⁴. Por ello, podemos decir que el testimonio calificado posee la naturaleza de ser un medio legal por estar insertada en algunas leyes de la República y es admisible su entrada al proceso civil aplicando la norma del artículo 395 primer aparte del Código de Procedimiento Civil, y en consecuencia, según el Art. 88 de la LOCSJ, su admisión en el contencioso administrativo. BELÉN RAMÍREZ LANDAETA¹¹⁵, estableciendo una reflexión a cerca de su procedencia y si es o no una figura mixta, reafirma nuestra posición de su aceptación al señalar que es la misma ley (Art. 395 PC) la que permite su entrada a la comunidad probatoria, y es susceptible de poder ser invocada por las partes, o el juez dentro de tarea oficiosa. Respalda tal situación, advierte que ya con anterioridad a la última reforma del proceso civil, existían los instrumentos normativos a los cuales ya hemos hecho referencia.

¹¹³ GORDILLO, AGUSTÍN. *Ob. Cit.*; Pág. 327.

¹¹⁴ LOSEP, artículo 132, ordinal 5°, haciendo mención de las palabras testigos calificados, distinguiéndose esta figura del testimonio, señalado en el ordinal 4° y de la experticia, indicada en el ordinal 6° del mismo artículo.

¹¹⁵ RAMÍREZ LANDAETA, BELÉN. "El régimen de la prueba en el contencioso-administrativo". *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carias*. Funeda, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1995. Pág. 359-360.

En cuanto a su promoción y evacuación la misma autora señala que debe regir las reglas de la prueba testimonial, pero en cuanto a su apreciación debe entenderse valorada conforme a las reglas de la experticia porque será el testimonio de un experto. En cuanto a la tecnicidad de la promoción y evacuación la apoyamos en lo que indica por cuanto estos sujetos no son designados como expertos ni rige su procedimiento porque precisamente serán testigos y no se constituyen como auxiliares de justicia, como sí son los peritos. Con respecto a la apreciación, pensamos que estamos en presencia de un medio muy particular, reciente, y no contemplado todavía en el proceso común de maneja expresa o autónoma y se podría decir también que deberá valorarse como se valora la prueba testimonial. La razón del por qué debe valorarse como si fuese un simple testimonio, según nuestro punto de vista, obedece a que estamos frente a una especie de testimonio, hablamos de testigo experto y no de experto testigo, la diferencia entre uno y otro es que el primero observa y conoce al mismo tiempo, en tanto que el segundo su prioridad es conocer, y luego observar que no necesariamente debe ser una cualidad esencial, pero debemos seguir estudiando la figura para concretar estas lagunas que no aparecen cubiertas por la ley y la jurisprudencia deberá también encargarse de definir su apreciación hasta que la ley recoja tales principios o se redacten otros de especial aplicación para una especial figura. Lo que hay que tomar en cuenta es la naturaleza del medio, las circunstancias en que es llevado al proceso y su función específica dentro del mismo. Aunque hemos dicho que el testimonio calificado es una especie del género prueba testimonial, para GORRONDONA¹¹⁶ no resulta de esa manera; nosotros diferimos de su idea por considerar que el hecho de que se requiera también en el testigo las cualidades exigidas al experto en cuanto a tener conocimientos especiales y sobre los hechos objeto de prueba que son los mismos (argumentos de este autor), no implica que constituya una prueba separada totalmente del testimonio, y es que precisamente se trata de un testigo con determinadas cualidades que es llevado al proceso como testigo y el hecho de que sea una especie no significa que dependa del género porque no es un medio accesorio sino autónomo, es un medio de prueba único.

9. Juramento decisorio

Respecto al juramento decisorio y absolución de posiciones, ya antes de la existencia de nuestra Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1975, la jurisprudencia venía estableciendo que "(...) la confesión no es admisible respecto a la Administración Pública, ya que los funcionarios públicos, en materia de índole administrativa, no pueden obligar a la Administración mediante declaraciones provocadas en una absolución de posiciones"¹¹⁷. Actualmente, el Art. 89 de la LOCSJ señala:

"Ni las autoridades ni los representantes legales de la *República*, estarán obligados a absolver posiciones juradas ni a prestar juramento decisorio, pero *contestarán por escrito las preguntas* que, en igual forma, les *hicieren el juez o la contraparte* sobre hechos de que tengan conocimiento personal y directo". (el resaltado en cursiva es nuestro).

¹¹⁶ AGUILAR GORRONDONA. *Ob. Cit.*; Pág. 216-217.

¹¹⁷ Sentencia de la CSJ-SPA, 13-8-64, tomada de: BREWER-CARÍAS, ALLAN R. "Instituciones Políticas y Constitucionales". Tomo VII. *La justicia contencioso administrativa*. EJV - UCAB Táchira. Caracas - San Cristóbal, 1997. Pág. 236.

De esta norma se desprende en primer lugar el silencio de su práctica sobre los particulares por parte de la Administración, sólo se regula la situación contraria, resultando la Administración sometida a dicho medio actuando como República, por ejemplo, cuando un Ministerio dicte el acto administrativo impugnado o cuando realiza una obra que originó la lesión que reclama indemnización. Tal previsión debiera respetarse por derivarse de un fragmento legal, sin embargo, para no llegar a una situación que amenace el derecho de prueba y la igualdad probatoria –sobre todo del particular–, debe entenderse, en los términos legales allí establecidos y por el mantenimiento de la igualdad en el proceso, que sólo en los casos en los cuales se vea envuelta la República tampoco estará obligada la otra parte cuando sea la propia Administración la que solicite el juramento.

En segundo lugar, la norma establece prerrogativas procesales a la República al excluirla de las posiciones, estableciendo de este modo una excepción sobre los representantes de otros entes públicos, en cuyo caso sí procederán tales pruebas por tratarse de otras personas jurídicas distintas a la República como consecuencia de la descentralización territorial y funcional, pudiéndose ilustrar esta situación con notas jurisprudenciales. En un caso de nulidad contra un decreto emanado de un Consejo Municipal¹¹⁸ (CPCA, 29-10-92, L. Branger.) fueron admitidas las posiciones juradas en la persona del Presidente de dicho Consejo, aplicándose sin problema alguno porque el Presidente del Consejo Municipal es el Alcalde el cual tiene a parte de funciones legislativas, funciones administrativas y representa a un ente territorial distinto de la República. Dada la exclusión, nos preguntamos entonces: si en el proceso todas las partes son iguales, bajo qué fundamento el legislador le otorgó al ente administrativo “República”, dentro del proceso, el *ius imperium* que posee en el ámbito sustantivo?. Quizá la respuesta se halle en la noción que se haya considerado sobre la naturaleza y fines del proceso administrativo, que actualmente es más que un simple juicio regulador de la legalidad administrativa, encontrando apoyo en principios garantistas del derecho a una tutela judicial efectiva, como el de la igualdad de las cargas públicas y responsabilidad objetiva presentes en el contencioso de responsabilidad extracontractual del Estado. Este privilegio, pensamos, en vez de constituir una excepción a la igualdad procesal, atenta contra el debido proceso por quebrantar la igualdad y defensa que merece todo proceso para las partes, incluso también incide sobre la distracción del principio de inmediatez ya que los funcionarios deben responder por escrito lo que significa que la información le llegará al juez de manera indirecta. La Administración en el proceso debe ajustarse a las cargas y obligaciones que debe soportar toda parte y no versar como la figura suprema que es porque en el proceso no ejerce funciones administrativas sino que está siendo controlada y demandada, por lo tanto su conducta no es la de una Administración actuante sino la de una Administración sometida, como si fuese un particular, en el proceso ella no puede revocar actos ni escuchar recurso alguno.

Ahora bien, como se mencionó en líneas anteriores, el artículo 89 de la LOCSJ niega de forma absoluta estos medios probatorios bajo el supuesto previsto, pero ha creado otra salida y señala que las autoridades o los representantes de la República pueden responder por escrito a preguntas sobre “hechos” de que tengan conoci-

¹¹⁸ Sentencia del 29-10-92; CPCA, L. BRANGER y otro en nulidad, en: Ramírez & Garay. *Jurisprudencia venezolana*. Tomo CXXIII, cuarto trimestre. Editorial Ramírez & Garay, C.A., Caracas, 1992, Pág. 427.

miento personal y directo que les hiciera el juez o la contraparte, lo que da a entender que no necesariamente debe tratarse sobre el *thema probandi* (verbigracia la negación de una licitación o de un permiso, etc.), sino que la Ley permite cualquier acontecimiento relevante al proceso sobre el cual se tenga conocimiento. Esto implica una perturbación en el objetivo de los medios de prueba rechazados, creándose una “prueba atípica” dentro del contencioso administrativo.

Continuando, el mismo artículo 89 *ibidem* continúa diciendo “(...) *de que tengan conocimiento personal y directo (...)*”, lo que a nuestro entender elimina la posibilidad de confesión por su carácter personal, porque atentaría contra sí mismo y no contra la Administración, pero según BELÉN RAMÍREZ LANDAETA¹¹⁹ la ley no excluye la confesión, lo que varía es el medio a través del cual se obtiene, pues la ley establece a las autoridades la obligación de dar contestación por escrito a las preguntas que le formule el promovente o el juez sobre los hechos de que tengan conocimiento personal y directo, por eso la absolución de posiciones y el juramento decisorio quedó sustituido por el cuestionario que deben responder en caso de que así le sea solicitado. Igualmente, para FRANCISCO JAVIER UTRERA¹²⁰ las posiciones juradas y el juramento decisorio no son medios de prueba sino instrumentos para obtener la confesión, la cual no se excluye del todo en el contencioso administrativo. Lo que sucede es un cambio, no de prueba –la de confesión por los informes– sino del instrumento para obtener la confesión, donde sí parecen los informes. Creemos que si en vez de señalarse que los hechos sean personales y directos, la ley hubiese dispuesto que los hechos que se informarán, sean aquellos que se conocieron actuando en función administrativa, por tanto, excluyéndose lo personal y directo del contenido normativo, pudiera aceptarse la confesión por tratarse de una actividad que la comprometió porque el funcionario informa según lo realizado en ejercicio de sus atribuciones, manifestando la voluntad del órgano.

Nosotros creemos que existe un error conceptual al disponerse la conducta del funcionario, el cual deberá limitarse a contestar el interrogatorio que no es una facultad de éste, porque la prerrogativa la tiene la República y no el funcionario.

También existe otra postura doctrinaria que señala que puede tratarse de una declaración de los funcionarios como testigos, pero se descarta que ese informe escrito se valore como la confesión o según la prueba testimonial, en tal caso, debiera tenerse más bien como indicio. Se dice también que esa prohibición que hace la ley sobre estos medios conduce a una desnaturalización de sus fines convirtiéndose en una simple declaración de voluntad; pero debe señalarse que en esa forma para responder, excluyendo la supuesta sustitución de los medios, la ley tácitamente reconoce un juramento deferido al decir que además de la contraparte, el juez puede cuestionar al sujeto pasivo de la pretensión sobre el cual obra la prueba. Tal diferimiento viene dado porque la ley autoriza al juez para pedir el juramento a una de las partes y ésta deberá prestarlo dentro de la oportunidad para practicar las pruebas.

Por otro lado, las posiciones juradas y el juramento decisorio, así como la confesión son medios probatorios que perjudican a la parte que los practica porque se

¹¹⁹ *Ob. Cit.*; Pág. 357.

¹²⁰ UTRERA, FRANCISCO JAVIER. “El principio de la legalidad de la prueba en el procedimiento administrativo”. *RDP* N° 23. EJV. Caracas, 1985. Pág. 208.

forma una declaración contra sí mismo. En caso de que las autoridades o los representantes de la República actúen en nombre de ésta, es difícil concebir que, dada la naturaleza y fin de dichos medios, la Administración –bajo la forma de República– se contradiga, convirtiéndose su respuesta en una especie de revocatoria en sede jurisdiccional realizada por la propia Administración, o lo que podríamos llamar: autotutela judicial?. Así mismo, se suma a ello la pérdida de credibilidad y soberanía teniendo la potestad de revocar sus propias actuaciones en su propia sede y no lo hace.

Esto nos lleva a hablar un poco sobre la teoría del órgano¹²¹, porque si son los órganos los que ejecutan la decisión de una persona jurídica, son a éstos los que en un sentido estricto se les asignan las atribuciones que deben materializar su titular y si los órganos nacionales no tienen competencia para involucrarse en estos medios de pruebas no pueden extralimitarse en sus funciones, pero en definitiva este razonamiento, si bien es lógico y debe comentarse, nos parece un poco redundante o como de menor fuerza, si lo que se quiere es resaltar la actividad probatoria en base a la competencia, bastaría con decir que todos los órganos nacionales son incompetentes para confesar mediante posiciones juradas porque recordemos que la incompetencia es la regla y la competencia es la excepción porque debe estar expresa en una norma, o si se quiere, podríamos decir que ellos tienen una competencia negativa porque se les impone una conducta abstensiva, un no hacer y eso es jurídicamente factible ya que la competencia no siempre es positiva imponiendo un dar o un hacer, que es lo frecuente.

10. Inspección judicial

Este medio de prueba está consagrado en el artículo 90 de la LOCSJ y consiste en el reconocimiento que la autoridad judicial hace sobre puntos particulares solicitados por cualquiera de las partes según el caso, pero igualmente bien puede el juzgador practicar la inspección *ex officio* si lo considera conveniente en virtud de sus amplios poderes en materia de pruebas en busca de la verdad real, por el mantenimiento de la legalidad y considerando la teoría de la responsabilidad.

La inspección judicial –o reconocimiento judicial como se le llama en España– puede recaer sobre lugares, cosas, personas y cualquier entidad susceptible de poder ser apreciada por los sentidos en relación con lo debatido, pero difiere del medio aplicado en el proceso civil en su manera de llegar al proceso, pues sólo procede cuando se pretenda establecer aquellos hechos que no se pueden acreditar de otra manera.

El principio de inmediación juega aquí un papel importante al verse el hecho apreciado inmediatamente por el sentenciador independientemente que lo acompañen peritos, las partes o sus representantes. Es una prueba también de carácter auxiliar o subsidiaria por admitirse su aplicación cuando no hayan otros medios que puedan utilizarse para la verificación de los hechos que quieren acreditar. Por tratarse de una prueba subsidiaria, privaría primero la reproducción de documentos o planos (Art. 502 CPC), o la exhibición prevista en el Art. 91 de la LOCSJ, según el caso. Sumado a esto, el artículo 90 *ejusdem* hace referencia a determinados docu-

¹²¹ Sobre el particular véase LARES MARTÍNEZ, ELOY. *Manual de Derecho Administrativo*. UCV. Caracas, 1992; y PEÑA SOLÍS, JOSÉ. *Lineamientos ... Tomo I. Ob. Cit.*

Isdel Perozo Quintero

mentos y no documentos generales, lo cual significa que la inspección a que se refiere esta norma adjetiva además de ser un medio auxiliar, será admisible sólo para cuando se precise cuál es el documento o plano objeto del reconocimiento judicial.

Creemos que existe la posibilidad de llevarse a cabo la inspección concurrentemente con otros medios como la prueba pericial cuando los hechos objeto del reconocimiento poseen o han adquirido antes de la inspección un carácter científico.

En la forma como se nos presenta esta norma, pareciera que la LOCSJ limita su aplicación en el contencioso administrativo permitiéndola en los casos de nulidad de actos administrativos, señalando que podrá practicarse sobre determinados planos o documentos que formen parte de los archivos de la Administración Pública si hay constancia de que la prueba que de ellos pretenda deducirse no puede traerse de otro modo a los autos, no bastándole definirla de manera residual. Sin embargo, consideramos que se trata de la propia inspección judicial, perfectamente aplicable no sólo en el contencioso de nulidad sino también en el de responsabilidad, tanto contractual o extracontractual.

A pesar de la concepción legal, debemos entender que se trata de una visión antigua inspirada en un procedimiento documentado creyente sólo de la legalidad objetiva, y en tal sentido, el legislador quiso fijar un medio especial que se ejerciera exclusivamente sobre los documentos. Por tal razón, creemos adicionalmente que la Ley utilizó la palabra “ocular”, ya que la norma que la consagra dice: “...podrá acordarse inspección ocular sobre determinados planos o documentos que formen parte de los archivos de la Administración...”. Recordemos que la LOCSJ es de 1976 y modernamente se ha superado el concepto de que sólo se puede examinar mediante el sentido de la vista, porque aunque sea lo más usual, la inspección puede apoyarse en el uso de cualquiera otro sentido, como también a través de instrumentos mecánicos y hasta computarizados, que sin llegar a ser un peritaje, faciliten la función de éstos (lentes de distancia si la superficie árida y rocosa del suelo imposibilite la entrada a un cavidad en donde se produjo un accidente.

11. Prueba Indiciaria. Indicios y presunciones

Los indicios y las presunciones aunque tiene distintos efectos probatorios forman una interdependencia, hablaremos del primero para luego explicar el segundo. El indicio es un medio de prueba porque mediante él se lleva al proceso un hecho que ha sido plenamente probado en el mismo y del cual se infiere o deduce otro desconocido, se parte de una señal generalizada y conocida por todos en el proceso por estar probadas para calificar un hecho particular sobre el cual no se sabe nada. Según VISHINSKI, citado por CABRERA ACOSTA¹²²; el indicio no tiene valor probatorio por sí mismo, por consiguiente, cuando se utilizan las pruebas indirectas es muy importante establecer la conexión de unos hechos con otros, este proceso de conexión resulta difícil y requiere de gran capacidad y preparación.

¹²² CABRERA ACOSTA, Benigno H. *Teoría general del proceso y de la prueba*. Segunda edición. Librerías Jurídicas Jilches. Bogotá, 1988. Pág. 222.

A. Elementos

*Hecho conocido o indicador y un hecho desconocido o indicado*¹²³. El primero debe ser plenamente probado en el proceso a fin de que la búsqueda del segundo resulte lógica y consecuente, determinándose con exactitud su relación de causalidad que viene dada por la conexión entre ambos hechos. Es un medio de prueba crítico o lógico e indirecto porque su función consiste sólo en suministrarle al juez una base de hecho cierta de la cual pueda inferir indirectamente y mediante un razonamiento crítico lógico basado en las normas generales de la experiencia o en conocimientos científicos o técnicos especializados, un hecho desconocido cuya existencia o inexistencia se esté investigando, es decir, que todavía no se ha probado, quedará como tal luego que se determine y valore.

El indicio puede ser necesario cuando el hecho conocido de manera inequívoca demuestra la existencia o inexistencia del hecho investigado, y puede ser contingente cuando un efecto dado puede tener varias causas probables, la pluralidad de indicios contingentes puede llegar a ser plena prueba, el juez lo apreciará según la sana crítica.

A diferencia del indicio, la presunción no es vista como medio de prueba sino como un juicio lógico del legislador o del juez en virtud del cual se tiene como cierto o probable un hecho partiendo de hechos debidamente probados, en esto se asemeja al indicio, porque ambos parten de un hecho probado, pero la diferencia está en que el hecho probado en la presunción es un hecho general que permite una deducción y no inducción del hecho desconocido.

Pueden ser legales o *iuris et de jure* (de derecho y por derecho) o *iuris tantum* (tan sólo de derecho) y pueden ser *hominis* (de hombre). Son *iuris et de jure* las que no admiten prueba para desvirtuarlas, son presunciones imperativas y adquieren eficacia por obra de la ley, *ope legis*. Las *iuris tantum* son las que se toman como verdaderas hasta que los legitimados demuestren la falsedad de dichas presunciones por admitir prueba en contrario, por tanto, se considera el hecho simplemente como probable, es una presunción relativa. Una presunción *iuris tantum* es la presunción de legitimidad del acto administrativo, el cual se considera válido el acto, pero se puede desvirtuar mediante las debidas impugnaciones o interposiciones de recursos. La presunción por parte del hombre es la realizada por el juez en el proceso, utilizando un argumento lógico basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados que le permiten al juez darle valor probatorio al indicio al inferir de dicho hecho otro desconocido de cuya verificación se trata. Del indicio puede surgir una presunción *hominis*, la cual sirve como razón para calificar o valorar el mérito probatorio de los indicios y por tanto no pueden confundirse con esos.

Las presunciones judiciales sirven de guía al juez para la valoración de las pruebas, no constituyen medio de prueba, sino que interviene en la distribución de la carga. El indicio puede ser anterior, coetáneo o posterior al hecho desconocido que se investiga, mientras que la presunción judicial surge necesariamente después que el hecho investigado y el indiciario han ocurrido.

¹²³ Sobre los elementos, véase: VARELA, CASIMIRO A. *Valoración de la prueba*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1998.

Isdel Perozo Quintero

Las presunciones, como método de prueba judicial para extraer de una serie de datos acreditados por las partes, o por el juez, la existencia de un hecho que se presupone real, posee un cierto carácter subsidiario respecto de los medios de prueba, pues si el hecho presumido aparece demostrado por un testimonio o documento, la técnica presuntiva deviene innecesaria,¹²⁴ pero esto no quiere decir que resulte subestimada en su importancia práctica ya que los jueces pueden necesitar de ella.

a. Requisitos

Para que exista presunción deben cumplirse ciertas exigencias y al respecto hemos seguido la línea presentada por MORENILLA¹²⁵, que explica suficientemente el caso. En primer lugar se requiere que el hecho base esté absolutamente acreditado (hecho probado que constituye el indicio) y porque de lo contrario, según este autor, habría simple sospecha. Ese hecho ha debido ser alegado en los respectivos escritos de las partes como hecho base de la presunción. La exigencia de que esté completamente acreditado no nos coloca en la necesidad (como dice GUASO, citado por MORENILLA) de verlos como prueba plena obtenida de los medios probatorios, ya que es posible su demostración mediante otros nuevos indicios. La segunda condición se refiere al nexo que facilita el pase de un hecho conocido a otro desconocido. Según la jurisprudencia española este nexo o vínculo tiene que ver con la congruencia entre ambos hechos para que a raíz de la realidad de uno conduzca al conocimiento del otro.

12. Otros medios de pruebas

Dentro de la enorme creación y distribución en el mercado de productos técnicos, computadoras, etc. podemos encontrar otra clase de medios como el fax, los disquetes, el CD-Roms, que pueden contener y llevar al proceso toda clase de información. Igualmente ocurre con las grabaciones telefónicas (telefonía común y celular).

Sobre estos medios cabe advertir, al igual como puede ocurrir en caso de los videos y fotografías, que si ocurre durante la toma o grabación una violación a la privacidad, puede desestimarse tales probanzas por ser ilegítimamente obtenidas, pero el asunto o el problema sería determinar qué se entiende por privacidad.

CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

El Derecho procesal moderno persigue la unicidad y constitucionalidad del proceso conforme a una teoría común que fija principios uniformes, agregada a la independencia material que cada uno posee. Dada esta concentración de teorías, la evolución jurídica exige que nos preocupemos ahora en desarrollar nuevos principios que faciliten y desarrollen lo que se ha denominado "jurisdicción oportuna", y podríamos afirmar categóricamente que el próximo milenio comienza expandiendo lo que ha inquietado a los ciudadanos en tanto miembros de una entidad jurídica y po-

¹²⁴ PABLO MORENILLA, ALLARD. *La prueba en el contencioso administrativo*. Editorial Edijus. España, 1997. Pág. 257.

¹²⁵ *Ob. Cit.* Pág. 258.

lítica desde los albores del Derecho romano, pasando por la Revolución Francesa y llegando a nuestros días dentro de un Estado Democrático y Social de Derecho: la justicia.

Rodeada de conceptos primero primitivos, como el simple derecho de defensa del reo, demandado o administrado, según el caso, sinónimo de excepción o resistencia legítima, y posteriormente evolucionados hasta integrar la tutela judicial efectiva, derecho con el cual se pretende obtener una eficaz participación del Estado otorgando una decisión congruente y motivada, susceptible de ser ejecutada; la justicia no debe verse como un acto terminal porque se presenta en todas las fases del proceso, entre los cuales se encuentra el lapso probatorio en donde el contradictorio impone una revisión de cada prueba para fundamentar la motivación y congruencia del fallo definitivo. Por la “justicia” es que el Derecho procesal busca la maximización de la libertad y la inviolabilidad de la defensa, convirtiéndose en un Derecho más humano, purificado y menos formal.

Los escasos análisis al respecto ha provocado un reservado interés en su exploración, conduciendo esto en muchas circunstancias a la entrada de confusiones sobre el régimen aplicable al campo probatorio. No obstante, mientras esto sucede en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, en otras legislaciones se ha creado todo un sistema procesal aplicado al área administrativa, hasta el punto de existir “Códigos Contencioso Administrativos”. En ese mismo sentido nosotros también podemos avanzar, pues es claro que en Venezuela hace falta una Ley especial que regule de manera moderna la jurisdicción contencioso administrativa, pero en la espera de un nuevo instrumento que desarrolle los postulados que hasta los actuales momentos han sido aportados por la doctrina jurisprudencial; la interpretación jurídica y la aplicación del derecho a una tutela judicial efectiva, sumado a los principios generales del Derecho, del proceso y de la prueba, son las herramientas con las cuales contamos para luchar en la contienda administrativa.

Sobre esta base elaboramos una proyección de lo que pretendemos se aplique en el proceso, y en consecuencia, un nuevo enfoque de algunos aspectos de la prueba en el contencioso administrativo.

Un nuevo enfoque...

El grado constitucional del proceso incide notablemente en el ámbito probatorio por resultar común el derecho de defensa, que incluye el derecho de probar, el cual viene evolucionando y sin duda alguna tiene perfecta aplicación en el contencioso administrativo. El derecho de prueba envuelve: a) el acceso a toda prueba legítima, b) poder impugnarla, y c) obtener una decisión acorde con las probanzas existentes en autos; por ello, hemos elaborado las siguientes reflexiones:

Dentro del marco principista el nuevo Derecho procesal debe seguir desarrollando lo que se conoce como “flexibilidad probatoria” o “favor probationis”. Este principio, que necesita ser establecido en una norma especial, consiste en la disminución de la rigidez probatoria ajustándose las normas sobre admisibilidad, conducencia y eficacia de la prueba, que atiende a un problema de dificultad probatoria, que reposa sobre la duda y traslatividad de los medios probatorios. La flexibilidad no satisface un problema entre las partes respecto de su carga, sino que resuelve la búsqueda de la verdad.

Teniendo por base este principio debemos liberar la distribución de la carga de la prueba bajo la moderna concepción de las “cargas dinámicas”. Consiste en la modificación judicial de la carga probatoria, de manera excepcional y atendiendo al caso concreto, exigiendo la prueba de quién esté en mejores condiciones para probar.

Las cargas dinámicas no provocan una inversión del onus probandi, sino una variante en la distribución de la regla normal, eximiendo de prueba al sujeto que en virtud de la carga debía probar y no lo hace por estar en menores condiciones para ello que la parte contraria. Esta función no provoca la pérdida del riesgo e interés, presentes en la carga procesal, y lo dinámico se encuentra en la potestad del juez, que de oficio, aplica la nueva distribución.

Esta situación nos permite distinguir ciertas características: la carga de la prueba como carga fija viene determinada por la ley *–ex ante proceso–*, mientras que las cargas dinámicas son de fuente judicial *–ex post proceso–* fundada en una valoración de la conducta de las partes durante el proceso que realiza el juez. La exclusión de la inversión, por otra parte, encuentra apoyo en el fin de la carga dinámica, avanzar en busca de la verdad.

Por otro lado, en razón del elemento que lo caracteriza, este principio preferimos llamarlo de “elasticidad probatoria”, porque de lo que se trata es de extender la distribución de la carga fija y adaptarla por la necesidad de prueba, sin perder su esencia. Tal dinamicidad o elasticidad, no consiste tampoco en probar un dar, hacer o no hacer rigurosamente, sino más bien de juzgar con todas las posibilidades jurídicas adjetivas.

Esta teoría nace en el caso de los profesionales, siendo el ejemplo más típico la situación del recurrente, como víctima de daños causados producto de una intervención quirúrgica indebida o mal practicada. Si partimos de la aplicación normal de la carga, el sujeto activo tendría que probar el hecho que afirma, pero ante la desventaja que sufre al encontrarse con escasos medios probatorios para evidenciar el hecho cuestionado, el juez en aras del derecho de prueba, que también implica que el proceso esté provisto de las evidencias suficientemente aportadas para cubrir cualquier vacío, le impone a la contraparte la carga de probar considerando sus mejores condiciones, entendiéndose por tales las especiales situaciones fácticas y técnicas que permiten una mejor ilustración del hecho cuestionado, ya que cuenta con material clasificado para desvirtuar una afirmación (como en el caso del médico, que puede llevar a juicio diversos materiales *–anteriores, posteriores e incluso durante la operación–*). Esto pareciera perjudicar la situación procesal del sujeto sobre el cual pesa la elasticidad probatoria porque pudiera notarse la prueba de su culpa. Sin embargo, pudiera no ser así al no demostrarse su culpabilidad. En definitiva, la carga dinámica provoca la aplicación de un principio de colaboración que atañe a todos los sujetos procesales incluyendo al juez.

MORELLO, citado por TAMAYO JARAMILLO, señala que: “el médico es quien conoce cuál fue la situación al comienzo del tratamiento, qué terapia es la más conveniente de acuerdo con el diagnóstico, qué dificultades se presentaron, de qué medios técnicos disponían, cuáles fueron las probables causas de la frustración, que rol le

cupo a la entidad sanatorial”¹²⁶. Esto nos revela que, antes de una culpabilidad adelantada por vía probatoria en caso de ser denunciada su culpa o exista presunción favorable en su contra, como bien señala JARAMILLO, el médico –extendiéndose a los profesionales y sujetos legitimados por la carga dinámica– más que limitarse a su condena, no debe permanecer pasivo a tales efectos, por el contrario, “(...) debe colaborar con su propia versión y documentos al establecimiento de una verdad real, pero sin que ello implique una presunción de culpa en su contra, a menos que ésta aparezca expresamente consagrada por el legislador”¹²⁷. Estando en el derecho de probar su debida diligencia, lo que se persigue es la colaboración con la justicia para explicar la experiencia objeto de prueba, porque dicho profesional es quien mejor la conoce.

Estas cargas no disminuyen el derecho de prueba y libertad de la parte eximida y en consecuencia, en el caso de responsabilidad profesional, pueden presentar testigos calificados que corroboren sus afirmaciones, o el juez mismo puede valerse de todos sus poderes para verificar lo expuesto según lo concluido por el sujeto de la carga dinámica.

En nuestro sistema procesal, no cabría aplicación de las cargas dinámicas o principio de elasticidad probatoria por una ausencia de título normativo que la consagre, pero en realidad no estamos lejos de esta nueva concepción de la distribución de la carga de la prueba por encontrar en la exhibición de documentos una muestra similar de ésta, que podríamos llamar dinamicidad documental. Pero frente a los otros casos de prueba no documental, en aras de la tutela judicial efectiva, por vía de interpretación tiene plena vigencia y como derivado del derecho de prueba y del principio de comunidad, valorándolas el juez sin observar el sujeto que la aportó.

En el contencioso de responsabilidad se aproxima a la aplicación de este tipo de carga, al darnos cuenta de la manera en que se distribuye la carga probatoria al sostener una presunción de falta, equiparándose los efectos a los de la carga dinámica, tema que también tiene sentido en la desviación de poder en virtud de la dificultad que tiene el administrado de probar el vicio en la finalidad del acto.

Por otra parte, la aparición de nuevos principios como el de colaboración, que induce a todos los sujetos a probar en favor de la justicia; y el principio de protección, que en el derecho común encontramos bajo la figura de la estabilidad procesal para conservar la pulcritud de los actos procesales y evitar su invalidez, hacen de la prueba una actividad que realza el principio inquisitivo en el contencioso administrativo.

Dada la importancia de la conducta officiosa del juez, el principio dispositivo debe dar paso al protagonismo del juez disminuyendo su vista como principio que describe o autoriza la conducta de las partes, porque la prueba pertenece al proceso y los sujetos que intervienen en él sólo instruyen su entrada al mismo, por lo que alguna parte puede actuar de una forma determinada por imponerlo así el juez.

CANOVA GONZÁLEZ, resalta claramente esta reflexión al señalar que la instrucción de la causa no es tarea de las partes exclusivamente, ni debe ser así, en vista del

¹²⁶ TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *Sobre la prueba de la culpa médica -En derecho civil y administrativo-* Análisis doctrinal y jurisprudencial. Primera edición. Biblioteca Jurídica DIKE. Colombia, 1995. Pág. 94.

¹²⁷ TAMAYO JARAMILLO, Ob. Cit. Pág. 95.

carácter que se le atribuye al juez como “asistente social”, señalando además la importancia de la colaboración judicial a la que están sometidos todos los sujetos del proceso. “Depende del juez, en efecto, buscar la verdad, para lo cual está en la obligación y en la potestad de investigar y de decidir qué, cómo, quién y hasta cuándo hay que probar algún hecho relevante para emitir una decisión sobre el fondo del asunto. En esa labor judicial, las partes dejan su posición usual y pasan a ser unos colaboradores del Tribunal, estando obligados a presentar la documentación que éste les requiera y a comparecer ante él cada vez que se les exija”¹²⁸. A falta de colaboración, este autor se pronuncia sobre la denuncia de falta de lealtad y probidad, así como también el establecimiento por parte del juez, de especiales circunstancias procesales como sanción.

Con respecto al incumplimiento de las cargas dinámicas, como nos enseña PEYRANO, permitirá al juez “(...) en el momento de dictar el fallo, determinar presunciones *hominis* de culpa contra la parte que observó una conducta pasiva para demostrar su no culpa cuando se hallaba en condiciones más favorables de hacerlo (*favor probationis*) que el accionante a su vez, para probar la culpa de aquél (...)”¹²⁹.

Por otra parte, alejándonos ya del tema de la carga de la prueba, que debe seguir estudiándose a mayor profundidad, debemos aceptar que la distinción entre documento público y administrativo es meramente probatoria y con fines de su identificación en autos, porque no es lo mismo solicitar la nulidad de un acto procesal, que también es un documento, que tachar de falso un instrumento público.

Por otra parte, insistimos en la constitucionalidad del proceso y en el derecho a una tutela judicial efectiva como control de los intereses subjetivos que se encuentran debatidos en juicio, y por tanto, no debemos conformarnos con una simple nulidad de las actuaciones administrativas cuando pudiera prosperar cómodamente la petición de responsabilidad administrativa que implica una indemnización, que es, en definitiva, lo que el recurrente principalmente desea obtener y debe tenerla. Esta visión pragmática no debemos confundirla como si se tratare un derecho que rompa la igualdad de las partes, porque también la Administración puede tener acciones contra los funcionarios que concretizan la función administrativa, no perdiendo su derecho a obtener lo que le corresponde.

Finalmente, este pequeño recorrido por el gran y complicado mundo del ámbito probatorio, y concretamente dentro del contencioso administrativo, nos impulsa a reflexionar sobre el rol del abogado en estos nuevos tiempos, donde la construcción de teorías y prácticas tendentes a ordenar una realidad procesal en un ordenamiento jurídico y época determinada nos impone luchar en suelos temblorosos, siendo el pensamiento y el trabajo nuestro mejor escudo y arma, dejando como razón “el cómo obtenerla...”, porque desde el principio de la historia una de las grandes preocupaciones del ser humano ha sido buscar la verdad, pero cuál justicia se logra con cuál verdad, si existe una sola y la verdad es justicia.

¹²⁸ CANOVA GONZÁLEZ. *Ob. Cit.*; Pág. 246.

¹²⁹ PEYRANO, JORGE W. “Carga de la prueba. Conceptos Clásicos y actuales”. En: *Revista de Derecho Privado y Comparado* (Prueba - I). Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 1997. Pág. 112.