AAU1085

TESIS
DA2011
R6

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

LIMITACION DE LA PRUEBA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

AAU1085001000000

Trabajo especial de grado, presentado como requisito para optar al grado de especialista en derecho administrativo

Autor: Rosales García Félix Moisés
Tutor: José Luis Villegas moreno

Caracas, 24 de febrero de 2.011

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

ACEPTACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Proyecto de Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano: Abogado **Félix Moisés Rosales García**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título definitivo es: **"Limitación de la prueba en el contencioso administrativo"**; y que acepto asesorar al estudiante, durante la etapa de desarrollo del trabajo hasta su presentación y evaluación.

En la ciudad de Barinas a los diez días del mes de junio de dos mil diez.

José Luis Villegas Moreno
C.I. V-12.970.978

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

LIMITACION DE LA PRUEBA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Por: Félix Moisés Rosales García

Trabajo Especial de Grado de Especialista en Derecho Administrativo, aprobado en nombre de la Universidad "Católica Andrés Bello" por el jurado abajo firmante, en la Ciudad de Caracas, a los _____ días del mes _____ del año. 2010.

_____ _____

INDICE Pág.

Introducción 1

CAPITULO I

Noción general de prueba 13

CAPITULO II

Finalidad de la Prueba 21

CAPITULO III

Objeto, pertinencia e impertinencia de la prueba

1. Objeto de la prueba 25
    1.1. Los hechos controvertidos 26
    1.2. Los hechos admitidos 27
    1.1. Los hechos presumidos por la ley 28
    1.1. Los hechos notorios. 31
2. La pertinencia e impertinencia de la prueba 32

CAPITULO IV

De la carga de la prueba 46

CAPITULO V

Lapsos probatorios en el contencioso administrativo

1.1. Apertura del lapso probatorio. 57

1.2. Promoción y evacuación de la Prueba 59

1.3. Admisión de la prueba 61

1.4. Prueba en Segunda Instancia 62

1.5. Diferencia entre el lapso de demandas contra la República y nulidad de actos administrativos 64

1.6. Principio de igualdad procesal 68

CAPITULO VI

Los medios probatorios admisibles en el contencioso administrativo 71

1. De la experticia 73

2. De la inspección judicial 75

3. De los informes o elementos de juicio 76

4. De las posiciones juradas 77

5. De la prueba documental 79

5.1. Los documentos que forman parte de los archivos de la administración pública 80

5.2. Instrumentos privados 81

5.3. Instrumentos públicos 81

6. Del expediente administrativo 84

7. Del documento público administrativo 89

CAPITULO VII

Omisión o limitación de la prueba testifical en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. 92

1 . Noción de omisión legislativa administrativo 98

1 . De la prueba de testigo y sus efectos en el contencioso 99

CAPITULO VIII

Mecanismos procesales ante la limitación de la prueba de testigos 103

1. El control difuso sobre la constitucionalidad de la ley 104

2. Órgano competente en aplicación del control difuso 117

3. Control judicial idóneo ante las omisiones legislativas 119

CAPITULO IX

Marco regulatorio de la prueba en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 123

CONCLUSIONES 143

RECOMENDACIONES DEL AUTOR 150

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 152

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

LIMITACIÓN DE LA PRUEBA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Autor: Rosales García Félix Moisés
Asesor: José Luis Villegas moreno
Fecha: 05 de abril de 2.010

RESUMEN

Con la puesta en marcha del texto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se modificaron sustancialmente los trámites procedimentales y se limitó el ejercicio de algunos medios probatorios, los cuales pudieren en un momento determinado generan al justiciable un estado de indefensión, lo que conllevaría a la violación del debido proceso, el derecho a la defensa, y una manifiesta contravención a la tutela judicial efectiva, al no contar con determinados medios de pruebas, dentro del elenco del sistema de libertad probatoria, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico procesal y sustancial. Identificaremos los medios probatorios admisibles en el Contencioso administrativo, para determinar los motivos que guiaron a nuestro legislador a omitir la prueba de testigo, dentro de ese abanico probatorio, que rige el contencioso administrativo; así como las razones por las cuales el legislador patrio estableció una distinción sobre el lapso probatorio para las demandas contra la República; analizando las posibles herramientas procesales que puedan activarse para la aplicación del debido proceso y el derecho a la defensa de los particulares. Este trabajo tiene un carácter teórico y analítico, que se ha emprendido orientado en un sentido crítico y temático, mediante el desarrollo conceptual de algunas instituciones procesales con apoyo de textos, doctrina y jurisprudencias aplicables.

Descriptores: Medios probatorios, testigos, debido proceso, tutela judicial efectiva, omisión legislativa, control difuso, herramientas procesales.

INTRODUCCIÓN

Comencemos por destacar, que el justiciable desde tiempos inmemoriales, ha tenido que ceder su propia defensa privada de sus derechos e intereses, ante la tutela jurídica del estado, mediante el instituto de la acción, bien como enseña Couture (1981), "...la acción es el sustituto civilizado de la venganza..." (P.65). El Estado mediante el ejercicio de la tutela judicial –que constitucionalmente debe ser efectiva- está obligada a garantizar por lo menos, el derecho a ser oído del particular, traducido a su vez en el ejercicio del derecho a la defensa, cuyo requisito, no podemos verlo solapadamente como un elemento estrictamente de derecho o netamente jurídico, como así lo propugna nuestra carta fundamental (1999), en la cual "...Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia...", sino, que va más allá de un aspecto ideológico o político, pues, constituye la esencia propia del ser humano.

Con esta modesta investigación, desarrollaremos de una manera sencilla y didáctica el tema de la prueba, dentro del prisma del contencioso administrativo, en vigencia del texto normativo que rige los cimientos de nuestro máximo tribunal de la República, tomando como punto de partida, el contencioso administrativo, como vertiente del Derecho procesal o Derecho

procesal administrativo, cuyo objetivo cardinal es el de administrar justicia, en el marco de las relaciones de los particulares con la administración pública. Es por ello, que se afirma, que uno de los elementos primordiales de la estructura fundamental del Derecho a la Defensa, dentro del cual no escapa el proceso administrativo, es el instituto probatorio, que al ser subsumidos a los hechos dentro de los rieles del procedimiento, necesariamente deberán emerger como reflejo, la decisión jurisdiccional.

El procesal administrativo daba la impresión que sólo estaba orientado a la mera realización de un juicio sobre la legalidad del acto administrativo impugnado, limitándose simplemente al ámbito material o sustancial, dejando a un lado el aspecto adjetivo, por lo que los medios de pruebas eran casi innecesarios.

Una vez, que surge la figura de la tutela judicial efectiva, con ella, el surgimiento del estado de derecho, como garantía del respeto y protección de los derechos del justiciable, frente a la administración pública ante los órganos jurisdiccionales. En ese momento en que el sistema contencioso administrativo, busca la protección de los derechos de los ciudadanos frente a la administración pública, brota y se hace inevitable que el Derecho probatorio se convierta en un elemento esencial del derecho a la defensa, del

conllevar a la violación del debido proceso, y una manifiesta contravención a la garantía de una tutela judicial efectiva.

El régimen de la prueba, en el Derecho procesal administrativo, es básicamente el mismo que en el derecho ordinario, habida cuenta que suele ser escasa la regulación especial en esta materia. La distinción fundamental en la materia probatoria se basa en que en la pretensión contencioso administrativo de anulación, una parte fundamental del acervo probatorio ya está producido en el procedimiento administrativo que dio lugar al acto objetado (antecedentes administrativos), pero que esa, no es la única pretensión existente en el contencioso administrativo.

En Venezuela, la materia probatoria se regía en sus aspectos fundamentales por la normativa procesal ordinaria, conforme a la remisión expresa que hacían los artículos 107 y 127 (agregamos el 142, primer aparte) de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, al Código de Procedimiento Civil, sin embargo, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esa remisión al Código de Procedimiento Civil, se hace en forma general, según lo establece el aparte 1°, del artículo 19, y en cuanto a la materia probatoria, lo hace específicamente, en el artículo 21, 12° aparte, en lo concerniente a la admisión de la prueba.

debido proceso y a la tutela judicial efectiva, dentro del Sistema del Derecho Procesal administrativo.

Es así, que en Venezuela durante muchos años, en vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el régimen regulatorio de la prueba en el derecho procesal administrativo, se venía desarrollando en forma análoga al proceso civil ordinario, conforme al principio de libertad probatoria, sin embargo, con el texto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicado en Gaceta Oficial N° 37.942, de fecha 20 de mayo de 2004, se modificó substancialmente los trámites procedimentales y se limitó el ejercicio de algunos medios probatorios, que se habían establecidos con anterioridad a la ley vigente, dentro del marco contencioso administrativo, los cuales pudieren ser susceptibles de generar un estado de indefensión para el justiciable, al limitarle o privarle, determinados medios probatorios, dentro del elenco del sistema de libertad probatoria, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico procesal.

Además, al establecer dicha ley orgánica, distintos lapsos probatorios, cuando se trate de demanda contra los entes públicos o contra la República, con respecto a las pretensiones de nulidad de los actos administrativos, se produciría con ello una aviesa desigualdad entre las partes, lo que podría

De allí que no puede hablarse de una línea divisoria entre la prueba en el contencioso administrativo y la prueba en el Derecho común, siendo ambas rigurosamente similares, salvo su tramitación y las excepciones que más adelante comentaremos.

En ese mismo sentido, se destaca la importancia del expediente administrativo, como prueba documental, la cual siempre viene a jugar un rol fundamental en el contencioso administrativo de nulidad, dada la concepción revisora de éste sistema de la jurisdicción contencioso-administrativa, que prevalece en nuestro sistema venezolano, es la mal llamada prueba madre del contencioso administrativo.

Como hemos referido antes, en materia de medios probatorios, el criterio era pacífico en cuanto al principio de libertad probatoria, como en el proceso civil, salvo los casos de manifiesta ilegalidad o impertinencia, lo cual responde más al aspecto formal en la tramitación de la prueba. En ese sentido, la doctrina dominante, entre otros, Araujo, Couture, Brewe-Carias, Devis, Kiriakidis, están contestes que la tendencia actual, es hacia la liberalización de las pruebas, es decir; a la eliminación de las listas cerradas sobre las

pruebas autorizadas, consecuencias directas del Derecho a probar, como expresión dimanante del derecho a la defensa y del debido proceso.

El aparte 10º, del artículo 19, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, ha sido muy cuestionado, por entenderla contraria a derecho, a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la igualdad procesal de las partes, así como, atentatoria a la estructura orgánica procesal consagrada en las normas contenidas en el Código Procedimiento Civil.

Sin embargo, no pudiéramos dejar pasar por alto, la marcada coyuntura política que se desarrollaba para el momento en que la Asamblea Nacional, discutía el Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2004), lo que tal vez, fue uno de los detonantes que conllevó a nuestros asambleístas a la publicación abrupta de la precitada ley, confeccionándose así, un cuerpo normativo que transformó totalmente la debida técnica legislativa, con lo cual materialmente la hace casi inoperante e inexistente. Con tal premura, en su discusión legislativa, se comprimieron varios artículos de la ley, en un sólo torbellino normativo, haciendo del contenido de cada articulado un lectura cansona y tediosa, por lo extenso, sin una adecuada numeración, lo cual la hace pesada e ineficaz. En dicho cuerpo normativo no existe una estructura sistemática de la ley, en la que se divida en Títulos,

Capítulos y Secciones, que pudiere facilitar a una mayor comprensión y lectura de la misma.

Hemos referido anteriormente, que procuramos abordar y encaminar nuestro estudio, haciendo un ligero análisis sobre el instituto de la prueba, para cuya oportunidad y después de adentrarnos al vasto mundo que se ha erigido sobre los medios probatorios en el Derecho procesal civil, hicimos una especial referencia, sobre todas aquellas pruebas que podemos hacer valer ante el procedimiento contencioso administrativo, en vigencia del texto normativo, que rige nuestro Tribunal Supremo de Justicia, publicado en Gaceta Oficial N° 37.942, en fecha 20 de mayo de 2.004, normativa ésta, que viene a derogar o sustituir el texto íntegro de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Analizamos bajo el prisma de la jurisprudencia patria, la noción de prueba, así como el conocimiento autoral que se cierne sobre la misma, con el marcado propósito de responder a la pregunta ¿para que se prueba?, ello en la búsqueda constante, de mantener vigente el principio teleológico de la prueba, su objeto y su conducción idónea dentro del procedimiento, con lo cual le permitirá al jurisdicente, verificar en un momento dado durante el iter procedimental, su legalidad y pertinencia, es decir, la necesidad de las partes

invocar el objeto de la prueba y el juez rechazar aquellas que no guarden tales extremos, en el proceso intelectual de su decisión, así como revisamos su mutación jurídica, develada en estos últimos años, por la jurisprudencia de las distintas Salas de nuestro más elevado Tribunal de la República, hasta caer en los causes interpretativos que ha confeccionado la Sala Política Administrativa al respecto.

En esa búsqueda constante sobre la verdad de los hechos, precisamos quienes de los sujetos que conforman la relación jurídica adjetiva, debe asumir la fatiga de la carga probatoria, en un determinado momento procesal e igualmente la oportunidad durante la cual, las partes pueden promover las pruebas y ofrecerlas al proceso, así como su admisión y evacuación dentro del lapso establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de manera que resulten eficaces y puedan producir sus efectos jurídicos.

Indagamos a su vez, dentro de ese texto normativo que rige los cimientos del Tribunal Supremo de Justicia, cuales son los medios probatorios admisibles en el contencioso administrativo, así como revelamos sobre la omisión legislativa, al no incorporarse en ese cuerpo normativo en estudio, algunos medios probatorios, haciendo especial referencia sobre la prueba de testigo, dentro del elenco probatorio, así como los posibles mecanismos procesales

con la que cuenta el juez contencioso administrativo, para desaplicar una norma jurídica que colida abruptamente con los postulados fundamentales, e invocar de oficio el control difuso sobre la constitucionalidad de la norma.

Indagamos sobre la posibilidad de permitir dentro del estamento contencioso administrativo, la incorporación de todos los medios de pruebas existentes, conforme al sistema de la prueba libre, ante la circunstancia de facilitarle al justiciable el ejercicio del constitucional derecho a la defensa, así como la garantía del debido proceso, con el marcado propósito de obtener una relevante tutela judicial efectiva, como principio de consagración universal. Asimismo, precisamos sobre la distinción probatoria que se hiciere, en el ámbito contencioso administrativo, sobre demandas iniciadas contra la República, y cuando se trate de demandas, cuya pretensión va dirigida a la nulidad de actos administrativos de efectos particulares o generales dictada por un órgano de la administración pública.

Asimismo, la presente investigación tiene su justificación práctica, porque nos permitió encontrar las posibles soluciones al problema jurídico planteado; desarrollando de una manera sencilla y didáctica el tema de la prueba, dentro del contencioso administrativo en vigencia del texto normatvo que rige los cimientos de nuestro máximo tribunal de la República, publicado en

Gaceta Oficial N° 37.942, en fecha 20 de mayo de 2004, tomando como punto de partida, el estamento contencioso administrativo, como vertiente del Derecho procesal administrativo, cuyo objetivo cardinal, es el de administrar justicia en el marco de las relaciones de los particulares con la administración pública. Asimismo, debimos indagar, sobre uno de los elementos primordiales de la estructura fundamental del derecho a la defensa, contenido en todo proceso, como es el instituto probatorio, que al ser subsumidos a los hechos dentro de los rieles del procedimiento, necesariamente deberán emerger como reflejo una decisión jurisdiccional, fin último del proceso, lo que en definitiva es lo que busca el administrado mediante el instituto de la acción.

Determinamos cuáles fueron esos medios probatorios suprimidos por el legislador, que pudieren en un momento determinado, conculcar el debido proceso, el derecho a la defensa y la garantía de la tutela judicial efectiva del justiciable, como parámetros de altísima relevancia constitucional dentro del estamento contencioso administrativo, así como conocer las herramientas procesales idóneas, como medio de control jurisdiccional, para garantizar el cumplimiento de tales limitaciones u omisiones legislativas.

No podemos dejar pasar por alto, que al momento de desarrollarse la presente investigación, sobrevino la aprobación en segunda discusión de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por parte de la Asamblea Nacional, cuyo carácter orgánico le fue atribuido posteriormente por la Sala Constitucional, aun en espera de su promulgación y ejecútese por parte del Presidente de la República, sin embargo, creímos necesario referirnos y hacer mención sobre el contenido por ahora aprobado de dicho cuerpo normativo, en lo relativo a lo medular de la investigación, cual es la prueba y sus limitaciones en el contencioso administrativo, así como verificamos en éste novísimo cuerpo de ley, si se omitió también la incorporación de algún medio de prueba, dentro del elenco del principio de libertad probatoria, aún cuando dicha ley no se encuentre vigente, no obstante, se encuentra prevenida para su promulgación y ejecútese, posteriormente su publicación en Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Esperaremos su vigencia y desarrollo en el estrado judicial, así como el avance doctrinal y jurisprudencial que se construya sobre esa novísima Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, toda vez, que en Venezuela, el derecho administrativo, tradicionalmente ha sido una disciplina que ha venido avanzando, conforme a las opiniones vertidas por calificados

autores patrio y extranjeros, quienes con sus aportes, han influenciado decisivamente en la formación de la doctrina jurisprudencial, tanto de las Cortes Contenciosos Administrativa, como de nuestro más elevado Tribunal de la República, de cuyos principios y valores, debe el legislador aprehender para levantar los cimientos que han de servir para la formación de una determinada ley, y no seguir, por el contrario, con el hábito de trabajar a espalda de la doctrina científica y de la jurisprudencia, toda vez, que después de tanta espera, por primera vez Venezuela, contamos con un cuerpo de ley que regulará el contencioso administrativo, no obstante, se habían confeccionado algunos proyectos de ley sobre el contencioso administrativo, los cuales nunca fueron tomados en cuenta, ni discutidos por parte de la Asamblea Nacional, entre otros, destacamos los diseñados por el propio Tribunal Supremo de Justicia, el Anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, elaborado por el profesor Freddy J. Orlando S., con el patrocinio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), así como el presentado y publicitado por el Doctor Víctor Hernández Mendible, éste último, a nuestra humilde opinión, el más completo y sistemático, erigido en consonancia con los principios rectores que rigen el Derecho procesal administrativo, orientándose a una verdadera arquitectura jurídica del contencioso administrativo en Venezuela.

CAPITULO I

NOCIÓN GENERAL DE PRUEBA

Tal vez, sobre el tema de la prueba dentro del estamento del Derecho Procesal Civil, se ha escrito en demasía y pudiéramos estar saciados de ello, por cuanto el tema, ha sido ampliamente debatido tanto en la doctrina patria como foránea; sin embargo, en la esfera del contencioso administrativo, la prueba no ha corrido con esa misma suerte, por lo que procurando mantener un equilibrio didáctico sobre la misma, aún cuando se torna un tanto escabroso y peligroso, por lo que debemos necesariamente proyectar y perfilar un mesurado acercamiento doctrinario, para luego sumergirnos esencialmente por los causes de nuestra jurisprudencia patria, apoyo teleológico de nuestra investigación, ya que en estos últimos años, es la jurisprudencia, la que ha sentado las bases o lineamientos básicos, en que se ha erigido la estructura del contencioso administrativa, así lo advierte el profesor Villegas (2006), cuando expresa: "...en Venezuela la justicia administrativa es jurisprudencial, es decir, se habla de una jurisprudencialización de la justicia administrativa."(p. 22), a pesar que durante el desarrollo de la investigación sobrevino de manera inusitada la

aprobación de la ley Orgánica que le dará cobertura y vitalidad al contencioso administrativo.

En efecto, antes de transitar por los caminos forenses de los medios probatorios o de la prueba a secas, como herramientas de los cuales puede valerse los particulares o titulares de la acción, para demostrar en el proceso contencioso administrativo, la pretensión deducida, dentro de un marco regulatorio jurisprudencial en vigencia de nuestra Carta Magna, es de medular importancia para ello, confeccionar una minuciosa reseña, sobre la noción de prueba y algunos aspecto de exaltada relevancia jurídica, que se desprenden de la misma, sin lo cual, no pudiésemos avanzar profusos hacia el contencioso administrativo.

Así tenemos, en principio, la noción de prueba, para Caravante (1956, citado por Cabanella 1986), que "...etimológicamente, prueba proviene del adverbio *probe*, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez quien prueba lo que pretende..." -en otro sentido- sugiere la voz, *probandum*, de los verbos recomendar, aprobar, experimentar, paternizar, hacer fe, según varias leyes del Derecho Romano." (p. 497)

En el argot propio de Cabanella, (1986), define prueba, como, "...demostración de la verdad de una afirmación. De la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho//..." (p. 497)

Asimismo, Osorio (2005), define prueba como: "...Un conjunto de actuaciones que dentro de un juicio cualquier que sea su índole, se encamina a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas." (p. 787)

Para el tratadista colombiano Devis (1984), "...por prueba debe entenderse el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción asunción y valorización de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso." (p. 188)

Para el excelso profesor de la Universidad de Externado de Colombia, Parra (1982), nos advierte que: "...El tema de la prueba está constituidos por aquellos hechos que es necesario probar, por ser los supuestos de la norma jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso. Lo anterior significa, que la noción del tema de la prueba resulta concreta, ya que no se refiere sino a los hechos que se debe investigar en cada proceso." (p. 143)

Por otro lado, dentro de la esfera netamente administrativa, encontramos algunos autores como, Meier (1992), que nos refiere sobre prueba lo siguiente: "...la acción probatoria no es otra cosa que la actividad probatoria desarrollada por la Administración, por los administrados o terceros, dirigida a llevar al expediente los elementos de juicio con los que se ha de verificar la exactitud o inexactitud de las afirmaciones sobre los hechos y que han de servir de fundamento a la resolución del procedimiento." (p. 219), -por otro lado- el administrativista patrio, Juárez (1996), sostiene que: "...la noción de prueba no puede desvincularse del hecho, cosa o acto sobre el cual versa (materialidad), de su actividad demostrativa, del medio o procedimiento de comprobación (acto jurídico) y del conocimiento que aporta esa actividad (subjetividad)" (p.165)

Con las opiniones vertidas anteriormente, nos orientamos a un primer acercamiento sobre la noción de prueba, dentro del marco del Derecho procesal, lo que podemos ya revelar, que las pruebas, son todas aquellas herramientas en virtud de las cuales el juez o la administración, se pone en contacto con los hechos desconocidos para comprobarlos, en base a razones o motivos que los mismos implicados proporcionan y que llevan al convencimiento del juez o la administración, sobre la certeza de tales hechos.

Es por ello, cuando insertamos la prueba, dentro de la esfera del contencioso administrativo, debemos concebirla como un estado de cosas, susceptible de comprobación y contradicción, que tiene lugar dentro de un proceso conforme a la ley, para producir el convencimiento, que no solo gravitará en el juez, sino también en las partes, y aún más allá, en el colectivo en general, respecto a la veracidad o falsedad de esos hechos, que por consiguiente se nutrirá el juez, para sustentar y fundamentar su decisión (actio judictio).

Ese estado de cosas, como hemos referido, sobre la prueba, puede obtenerse, mediante otro instrumento jurídico llamado, medio de prueba, lo que de súbito surge la idea, de existir a la par, dos distintas figuras jurídicas, como enseña Devis (1984), cuando nos refiere que: "...en un sentido estricto, por pruebas judiciales se entiende las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos; y por medio de prueba, los elementos o instrumentos (testimonios, documentos, etc.), utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos (es decir para obtener la prueba)." (p. 9)

Es por ello, que se afirma, que esos medios de pruebas utilizados en el proceso para conseguir la prueba como tal, *estrictus sensu*, puede consistir

actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar..."(p.68), que es ante todo, la percepción del juez sobre los hechos. Para éste connotado jurista italiano, Carnelutti (1981), "...La prueba, es el corazón del problema del juicio, del mismo modo que éste es el corazón del problema del pensamiento." (p. XVIII)

Ese mismo enfoque doctrinario, transcrito precedentemente, lo ha venido desarrollando la Sala Política Administrativa (2004), de nuestro más elevado tribunal de la República, mediante sentencia N° 1944, cuando define la prueba como:

> ".... el medio a través del cual las partes tratan de llevar a convicción del juez, la veracidad o falsedad de los hechos y alegatos realizados por ellos y sus contrapartes durante el proceso. En efecto, atendiendo a tal definición, la prueba viene a constituirse en el elemento primordial o fundamental del proceso, pues sin ella, las partes no podrán demostrar o sustentar sus correspondientes alegatos y defensas."

Como se observa, tanto la doctrina como la jurisprudencia patria, le impregna una notable importancia a la prueba, dentro del marco del debido proceso y bajo los parámetros de un tutela judicial efectiva, pues, sin ella, las partes contendientes no podrían demostrar o sustentar sus afirmaciones de hecho, vertidas en su pretensión, de allí que las pruebas vienen a constituir un

elemento primordial o fundamental para el proceso, de la cual se vale el justiciable como una garantía para la satisfacción de su pretensión.

Por lo tanto esa actividad probatoria de las partes, no se agota con el sólo Derecho constitucional de probar, sino que constituye un elemento esencial del derecho a la defensa, que encierra a su vez, la garantía del debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Es por ello, que la noción de prueba y su aplicación dentro del proceso, no es concepto que se inscribe sólo en el estamento del Derecho común, sino también, dentro de cualquier procedimiento en que la parte interesada, tenga la necesidad de probar sus respectivas afirmaciones de hecho o pretenda liberarse o extinguir una determinada obligación, de la cual no escapa el contencioso administrativo, por cuanto el derecho a probar, constituye un derecho de rango constitucional.

CAPITULO II

FINALIDAD DE LA PRUEBA

La finalidad de la prueba, responde a la pregunta ¿para que se prueba?, cuya repuesta, concilia, con la idea o propósito de llevar al convencimiento necesario del juez, sobre la certeza o verdad de los hechos que se van a confeccionar en el proceso intelectual de su sentencia. Sin embargo, tal aseveración, por su parte, no es compartida en su totalidad por Devis (1984), al considerar que:

> "...La verdad es una noción ontológica, objetiva, y el conocimiento que creemos tener de ella es subjetiva. Si el fin de la prueba fuese la verdad, resultaría que en muchos procesos no se habría cumplido ese fin, a pesar de que el juez hubiera adoptado una decisión convencido por ella. La justicia humana no puede exigir más, porque no puede aspirar a la inhabilidad" (p. 79)

En efecto, mediante la autoridad jurisdiccional el estado se arroga la tutela jurídica de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos, y tales garantías judiciales descansan en dos pilares fundamentales a saber: La imparcialidad e independencia del juez, lo que a su vez se traduce en la

máxima del juez natural, es decir, que toda persona tiene el derecho de ser juzgado por su juez natural y; la formación y respeto al Debido Proceso, como garantía de consagración universal y del principio de ser oído, al propender de los medios procesales adecuados para su defensa, evitando y corrigiendo toda actuación que pueda vulnerar o conculcar el proceso, como instrumento fundamental para la realización de la justicia. Todo lo cual se simplifica en la materialización de una tutela judicial efectiva de los derechos del administrado dentro de la llamada jurisdicción contenciosa administrativa, que a su vez pone de bulto, la garantía del debido proceso y del derecho a la defensa, en provecho, tanto de ese administrado, como en interés general de la población, de cuyo ejercicio se desprende un mecanismo válido de rango constitucional, para la realización de la justicia, cual es, el "Derecho a Probar", consagrado en nuestra vigente Carta Magna, en sus artículos 26, 49.1°, y 257, en la que se patentiza, un eficiente estado de derecho.

Es por ello, que los jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa están investido de la potestad de velar tanto del proceso, como de cualquier acto o norma, que pretendiere limitar o restringir algún medio de prueba, e inclusive en desaplicar al caso concreto, aquellas omisiones legislativa, en la que se inscribe el aparte 10°, del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuando se omite, o no incorpora la prueba de testigo,

dentro de elenco probatorio que rige el principio de libertad probatoria, todo de conformidad con en el artículo 334 del texto fundamental, en concatenación vinculada, por analogía, con el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, de lo contrario sería también una forma directa de conculcar o negar el principio de supremacía constitucional, contenido en el artículo 7, del propio texto fundamental, que establece: en su parte pertinente que: "La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico..." , lo que equivale afirmar, la sumisión de todos los órganos del Estado, al principio de legalidad o del Derecho.

En ese sentido Brewer (2005), acertadamente expresa que:

> "...La consecuencia de la consagración expresa del principio de la supremacía constitucional es, por una parte, la previsión del propio texto constitucional, de todo un sistema para la protección y garantía de esa supremacía constitucional frente a las leyes a través del control de su constitucionalidad, lo cual sin duda constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo contemporáneo y del estado de derecho." (p.19)

Por consiguiente, colegimos y reafirmamos, que el derecho a probar, es un instituto de rango constitucional, cuya finalidad primordial, es de llevar al convencimiento del juez, dentro del proceso intelectual de su sentencia, sobre la certeza o veracidad de los hechos litigiosos o controvertidos

ventilados en juicio, mediante la aplicación de las garantías del debido proceso y del ejercicio derecho a la defensa.

CAPITULO III

OBJETO, PERTINENCIA E IMPERTINENCIA DE LA PRUEBA

1. Objeto de la Prueba

El objeto de la prueba judicial responde a la interrogante: ¿qué se prueba?, cuya repuesta, la encontramos *ab-initio* consagrada en el artículo 506, de nuestra norma adjetiva civil venezolana, en cuanto que: "...las partes tiene la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho", aún cuando otros tratadistas, como Sentís (1979), considera que lo que se prueba, "...son las afirmaciones de las partes." (p. 9)

Sin embargo, para el connotado profesor colombiano, Parra (1982), nos refiere que: "...Son objeto de la prueba judicial, las realidades susceptibles de ser probadas, sin relación con ningún proceso en particular; se trata de una noción objetiva y abstracta..." (p.129). Desde ese punto de vista, siguiendo las erudiciones del profesor Devis (1984), que: "...son los hechos objeto de prueba." (p.88)

De tales enseñanzas, nos advierte que la tesis dominante se inclina en afirmar, que es materia de prueba no simplemente los hechos, sino, aquellos hechos controvertidos en juicio, por lo que en interpretación al contrario, no se prueban los hechos admitidos, así como tampoco los hechos negativos indefinidos, con ellos, los hechos presumidos, los prohibidos por la ley y los hechos notorios, veamos de seguida cada uno de ellos:

1.1. Los hechos controvertidos.

Los hechos controvertidos, son los que surgen con motivo del desacuerdo de las partes sobre las mismas, los cuales responden al principio del contradictorio de la prueba o audiencia bilateral, así como al control de la prueba, pues, son éstas, las únicas que dan motivo a la apertura al debate probatorio, ya que cuando la contraparte acepta expresamente los hechos alegados por la contraria, dentro de los límites establecidos en la ley, no será necesario probar, es decir, no se abrirán las puertas del lapso probatorio, por encontrarse el proceso en un status de aquiescencia, sobre los hechos, por lo tanto, desprovistos de toda prueba, lo que surge de súbito para el proceso, el aforismo jurídico: <<a confesión de parte relevo de pruebas>>.

En ese sentido, expresa Couture (1981) que: "....la determinación de los hechos controvertidos y no controvertidos, es una depuración previa para saber que hechos deben ser probados y que hechos no deben serlo." (p. 224)

1.2. Los hechos admitidos

En cuanto a los hechos admitidos, la norma del artículo 397, del Código de Procedimiento Civil, nos indica que:

> "...Dentro de los tres días siguientes al término de la promoción, cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad, a fin de que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo, los cuales no serán objeto de prueba. Si alguna de las partes no llenare dicha formalidad en el término fijado, se considerarán contradichos los hechos."

Esto nos revela diáfanamente, que aquellos hechos no controvertidos y que han sido expresamente admitidos por las partes, no tiene necesidad alguna de ser sometidos al rigor del debate probatorio, en atención, a que las partes han admitido o se han conformado con tales hechos, importando en lo sucesivo, sólo los hechos de la cual se encuentra trabada la litis, todo

conforme al principio de celeridad procesal, ya que de lo contrario, se produciría un desgaste innecesario de la jurisdicción.

Asimismo, la doctrina calificada, a sustentado la base que los hechos negativos indefinidos, tampoco son materia de prueba, porque sería materialmente imposible de poderlos demostrar en juicio, en ese sentido nos revela el Ex-Magistrado, Cabrera (1997), lo siguiente: "...es sabido que los hechos negativos indefinidos son de imposible prueba. Nadie puede demostrar que nunca ha estado en un lugar o que nunca ha vestido de negro, por ejemplo... Los hechos negativos indefinidos están exentos de prueba por quien los alega, quien no tiene sobre ellos la carga de demostrarlos..." (p. 77)

1.3. Los hechos presumidos por la ley

Los hechos presumidos por la ley, son aquellos que constituyen un razonamiento intelectual basado en la lógica inductiva y deductiva, para establecer de un hecho conocido, la certeza de uno desconocido por así establecerlo la ley, de modo que debe producirse una relación de causalidad entre el hecho conocido con el hecho desconocido. Así encontramos las presunciones *iuris tantum* es aquella que se establece por ley y que admite

prueba en contrario, es decir, permite probar la inexistencia de un hecho o derecho; y las presunciones *iuris et de iures,* llamadas presunciones de pleno y absoluto derecho, que no admiten pruebas en contrario. La mayoría de las presunciones que se encuentran en derecho son *iuris tantum,* como por ejemplo: la presunción de legitimidad de los actos administrativos, que pueden ser desvirtuados por el interesado demostrando que los mismos violan el orden jurídico. La necesidad de establecer presunciones va en lógica con la Seguridad Jurídica de los actos procesales, se trata entonces, de una deducción intelectual que se establece por vía de consecuencia la existencia del hecho desconocido; lo que si es susceptible de sometimiento a prueba, es el hecho conocido, obviamente, de ello, se conoce su tangibilidad en la realidad, sin embargo del hecho desconocido aún no se conoce, por lo cual sería objeto de prueba.

Las presunciones *iuris et de iures,* en materia probatoria, las encontramos entre otras, por interpretación del artículo 2, del Código Civil, en concordancia con el ordinal 1º, del artículo 389, del Código de Procedimiento Civil, cuyas normas en su orden, nos refieren lo siguiente: "...La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento." y "... No habrá lugar al lapso probatorio: 1°.) Cuando el punto sobre el cual versare la demanda, parezca, así por ésta como por la contestación, ser de mero derecho.".

Sin embargo, en la doctrina, todavía se discute si dentro del marco de derecho, las leyes regionales, estadales u ordenanzas municipales, deben probarse, para lo que acotamos, que dentro de la unidad del sistema legislativo, se exige, que la ley no puede interpretarse en forma restrictiva, por lo que no es necesaria probarla, ya que la ley, es la forma más general y solemne del sistema de derecho, con lo cual se expresa la voluntad soberana del Estado, como fuente creadora del derecho.

Sin embargo, debemos advertir, que dentro del ámbito de la competencia municipal, solo las ordenanzas tienen carácter de ley, no así los acuerdos y resoluciones emanados de los entes municipales, cuya naturaleza y alcance son diferentes, por lo que éstas dos últimas, si deben ser probadas, previo cumplimiento de las formalidades procesales necesarias, para la prueba de los hechos.

Por otra parte, si bien las leyes nacionales se presumen conocidas por todo los habitantes del país, no así nuestro ordenamiento jurídico presume conocido el *derecho extranjero*, por lo tanto, éste si es susceptible de ser probado durante el debate probatorio.

1.4. Los hechos notorios

En cuanto aquellas afirmaciones que recaen sobre los *hechos notorios*, estos no pueden concebirse como pruebas, sino, que es un hecho que al ser incorporado al proceso, el juez no puede exigir su demostración. Siendo estos hechos notorios, aquellos que se basan en hechos conocidos, que se tienen como ciertos e indiscutibles por la mayoría de las personas que integran una comunidad, un lugar o durante un tiempo determinado, los cuales son suficientemente conocidos por el juez fuera de las actas procesales. En ese sentido nos enseña Calamandrei (1997), sobre los hechos notorios "...La notoriedad es el conocimiento, perteneciente al conocimiento histórico común, de la verdad de un hecho singular, concreto (por ejemplo, es notorio que la capital del Estado italiano es Roma" (p. 272), esa notoriedad aludida por el autor italiano, deviene del derecho canónico en su máxima: *-notoria non agent probatione-,* recogido por nuestro legislador adjetivo matriz en su artículo 506, cuando afirma: "...que los hechos notorios no son objeto de prueba".

2. La pertinencia e impertinencia de la prueba

Desde el punto de vista procesal, una prueba es pertinente, cuando incorporada al proceso, sea conducente a lo que se pretende con la misma, a través de su proposición y práctica, que no es otra cosa, que lograr la convicción judicial sobre los hechos controvertidos, oportunamente introducidos por las partes en el debate, por medio de su alegación. Ello, no ofrece duda entonces sobre la admisibilidad de una prueba, efectuando un juicio de *pertinencia,* lo que exigirá comparar la relación existente entre el hecho que pretende acreditar con la prueba propuesta y el objeto de la prueba, en el concreto proceso para el que se incorpora, de manera tal, que si dicha relación o conexión, no se da, el juez deberá inadmitir la misma por su notable impertinencia.

Esto último, al decir del connotado autor patrio, Guerrero (2002), quien alude acertadamente que: "...La impertinencia del hecho se refiere, a todo aquello que se pregunta en la posición y no guarda relación con el litigio o con la materia del proceso, por lo tanto no influirá en la decisión del tribunal. Impertinencia significa, entonces, todo lo ajeno al proceso en razón de no versar sobre los "hechos controvertidos"..." (p. 45)

Por otro lado, sobre la figura jurídica procesal de la pertinencia y su utilidad práctica, nos refiere Parra (1982), que:

> "...resulta útil la anterior noción ya que permite saber qué es lo que ha de investigar en un proceso determinado, de tal manera que el Juez puede controlar la pertinencia de las pruebas, porque de otra manera el proceso se convertiría en un instituto inconveniente, donde se podría acreditar la existencia de cualquier hecho, de modo que a su finalización tendríamos una suerte de residuos arrastrados por una corriente y no por una investigación ordenada." (p. 129)

En ese sentido el procesalista uruguayo, Couture (1981), nos refiere sobre una importante y acertada distinción, entre la pertinencia e impertinencia, cuando afirma lo siguiente:

> "...corresponde distinguir la pertinencia, de la admisibilidad de la prueba. Prueba pertinente, es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba. Prueba impertinente es, por el contrario, aquella que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de demostración. "(p. 211)

Asimismo, el connotado jurista patrio Henríquez (2005), nos refiere que "...La prueba debe ser pertinente, en el sentido que debe haber una relación lógica entre el hecho a probar y el hecho discutido en juicio. Si el hecho no tiene que ver con el supuesto normativo de las reglas legales que dirimen la controversia, la prueba es impertinente." (p. 227)

La pertinencia de la prueba y su relevancia jurídica, estriba entonces, en la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio o controversia, es decir, lo que se pretende probar en el debate procesal, en ese sentido la Sala Constitucional (2003), de nuestro más elevado Tribunal de la República, mediante sentencia Nº 1902, en el caso de Puertos De Sucre, S.A., nos enseña que: "...cuando se promueve una prueba debe indicarse cuál es el objeto de la misma, y qué se pretende probar con ella, porque de lo contrario dicha prueba será ilegal al no poder valorarse la pertinencia, y por tanto inadmisible..."

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2004), en el 1º aparte, del artículo 19, expresa lo siguiente:

> "... Las reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias en los procedimientos que cursen ante el Tribunal Supremo de Justicia. Sin embargo, cuando en el ordenamiento jurídico no se contemple un procedimiento especial a seguir, se podrá aplicar el que juzgue más conveniente para la realización de la justicia, siempre que tenga su fundamento jurídico legal."

De ello se desprende, que las normas del Código de Procedimiento Civil, regirán en todo lo no previsto en la ley orgánica de nuestro máximo tribunal, sin embargo, como ésta, no previó en forma integral en los procedimientos

contencioso administrativo, lo relativo a la regulación de la prueba judicial, salvo contadas excepciones, en lo relativo la obligatoriedad de las partes, de solicitar la apertura del debate probatorio, sin lo cual no se activará su ejercicio, situación ésta, que obligó a la Sala Constitucional (2004), como último interprete de las normas contenidas en nuestra carta Magna y en las leyes de la República, en aplicación de una especie de potestad legislativa, confeccionó el marco regulatorio sobre el iter procedimental en materia contenciosa administrativa, todo lo cual, fue publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, la sentencia Nº 1645, en cuya oportunidad sobre el tema dejó sentado lo siguiente:

> "...5) En caso de que no se planteen defensas o de que sean resueltas en el mismo acto, continuará el acto público y se interrogará a las partes acerca de su interés en la apertura del lapso probatorio. Si alguna de ellas la solicita, deberá indicar los hechos que estima necesario probar e informará acerca de las pruebas que estime pertinentes. El Tribunal se pronunciará, en el mismo acto, acerca de la necesidad de probar los hechos indicados por la parte solicitante. Cualquiera de las partes podrá, en el mismo acto, promover las pruebas, sin limitarse sólo a anunciarlas a la Sala. De ser necesario, el Tribunal se pronunciará sobre la admisibilidad de las mismas. Las pruebas admitidas se entregarán al Secretario de la Sala, quien las agregará luego a los autos. Si las partes manifiestan que todas las pruebas serán promovidas exclusivamente en ese acto, la Sala declarará innecesario el lapso legal para la promoción posterior. De no abrirse entonces lapso para la promoción, comenzará a correr el lapso para la evacuación de las pruebas que lo requieran, contenido en el artículo 21 de la Ley el cual se aplicará por analogía. De no haber necesidad de evacuación,

> la Sala declarará ello expresamente y dará por concluida la tramitación de las pruebas. La oposición tanto de la admisión como de la orden de evacuación a las pruebas se formulará y resolverá en el mismo acto, para lo cual los Magistrados podrán retirarse a deliberar...."

De la sentencia parcialmente transcrita se puede evidenciar que en el procedimiento contencioso administrativo entre otras, debe indicarse -los hechos que estima necesario probar e informará acerca de las pruebas que estime pertinentes, todo ello, en perfecta consonancia con el contenido consagrado en el Código de Procedimiento Civil, en su artículo siguiente:

> "...**Artículo 397**.- Dentro de los tres días siguientes al término de la promoción, cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad, a fin de que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo, los cuales no serán objeto de prueba. Si alguna de las partes no llenare dicha formalidad en el término fijado, se considerarán contradichos los hechos.
>
> Pueden también las partes, dentro del lapso mencionado, oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes."

Esa misma ley adjetiva civil, expresa en su parte pertinente lo siguiente:

> "...**Artículo 398**.- Dentro de los tres días siguientes al vencimiento del término fijado en el artículo anterior, el Juez providenciará los escritos de pruebas, admitiendo las que

> son legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. En el mismo auto, el Juez ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes. "

De las normas arriba transcritas, se desprende, la facultad que tienen las partes de oponerse a la admisión de las pruebas propuestas por la contraparte, cuando considere que estas, aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes, determinándolos con claridad, a fin de que el jurisdicente pueda fijar con precisión, los hechos en que estén de acuerdo, con lo cual no será objeto de prueba, (artículo 397 *eiusdem*), asimismo, el juez como director del proceso tiene la facultad de providenciar los escritos de pruebas, admitiendo todas aquellas pruebas legales y procedentes, y desechando todas aquellas que a su juicio, aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes (artículo 398 *eiusdem*), tal como lo ha dejado sentado la Sala Constitucional (2003), mediante sentencia Nº 1902, en el caso de Puertos De Sucre, S.A., en la que enfáticamente establece que: "...[C]uando se promueve una prueba debe indicarse cuál es el objeto de la misma y qué se pretende probar con ella, porque de lo contrario dicha prueba será ilegal al no poder valorarse la pertinencia, y por tanto inadmisible, como resultó en el presente caso."

Uno de los grandes pioneros en Venezuela, en abordar el tema sobre el objeto de la prueba y su pertinencia, descansa en cabeza del Magistrado Cabrera (1997), en cuya oportunidad señaló lo siguiente:

> "....En la mayoría de los medios de prueba, el promovente, al momento de anunciarlos, debe indicar que hechos trata de probar con ellos, por lo que resulta fácil comparar lo que se pretende probar, con los hechos alegados controvertidos y por tanto, calificar o no la pertinencia o la impertinencia manifiesta. Por tratar el objeto de la prueba de afirmaciones sobre cuestiones fácticas que cursan en autos (hechos alegados en la demanda y la contestación), al juez le es atribuida la calificación oficiosa de la pertinencia, medie o no oposición formal, lo que decidirá en el auto de admisión o negativa de prueba, que se dicta como consecuencia de la promoción. (p. 213)

Señala ese mismo autor patrio:

> Existen medios que pueden ser propuestos sin necesidad de señalar su objeto, tales como la confesión judicial, que se trata de provocar mediante posiciones juradas, y en el CPC de 1987, la prueba de testigos. Con ambos medios y otros semejantes, la oposición por impertinencia no funciona a priori y debe interponerse con motivo de la evacuación de la prueba, para que no se reciba toda ella o sectores de la misma. La oposición por esta causa queda diferida al instante de su evacuación." (ibid. P. 213)

Tales opiniones doctrinarias, vertidas por Cabrera, fueron recogidas y exaltadas por nuestro máximo tribunal de la República, en Sala Plena

Accidental (2000), cuando en sentencia N° 066, en el caso de la Fiscalía General de la República, contra Luís Miquelena Hernández, como Presidente de la Comisión Legislativa Nacional, sostuvo lo siguiente:

> "...Sólo expresando con precisión lo que se quiere probar con el medio que se ofrece, puede el Juez decidir si dicho objeto es o no manifiestamente impertinente, y por ello (sic) el Código de Procedimiento Civil (sic) de manera puntual requirió la mención del objeto del medio en varias normas particulares (arts. 502, 503, 505, 451, 433 y 472) y en forma general en el artículo 397, quedando exceptuados de dicha carga al promoverse la prueba: las posiciones juradas y los testigos, donde el objeto se señalará al momento de la evacuación. Todas estas normas buscan una mejor marcha del proceso, tratan de precisar lo pertinente, tratan de evitar que el Juez tenga que realizar la labor de valoración que le impone el art. 509 del CPC, sobre medios que por inadmisibles no se les ha debido dar entrada.
>
> Pero la realidad ha resultado distinta a la que previno el CPC. A diario vemos en los Tribunales como se promueven medios sin señalarles que se quiere probar con ellos, (sic) y los Jueces los admiten. Es corriente leer escritos donde se dice 'Promuevo documentos (públicos o privados) marcados A, B y C', sin señalar que se va a probar con ellos (sic); o promuevo foto, inspección judicial, etc., sin indicar que se pretende aportar fácticamente al juicio, y que a pesar de que contrarían al art. 397 en la forma de ofrecerlos, a tales medios se les da curso."

En perfecta consonancia con la tesis de Cabrera, también la Sala de Casación Civil (2000), mediante sentencia N° 0340, en el caso de Carlos

Enrique Pirona Koster, contra la empresa Estructura y Montajes C.A. (ESTYMONCA), con ciertos lustres perfiló lo siguiente:

> "...Ahora bien, según la doctrina –con Cabrera Romero al frente- el nuevo Código de Procedimiento Civil ha establecido una conducta en relación con los alegatos de las partes. Dentro de ese mismo orden de ideas, a cada medio de prueba que se promueve, le exige el citado instrumento que se le señale cuál hecho se desea probar con él, cuál es su objeto, porque sólo así puede allanarse la parte contraria al promovente de la prueba. Por consiguiente, sólo expresando con precisión lo que se quiere probar con el medio que se ofrece, puede el juez decidir si dicho objeto es o no manifiestamente impertinente y, por ello, el Código de Procedimiento Civil, de manera puntual, requirió la mención del objeto en varias normas particulares sobre pruebas, con la sola excepción de las posiciones juradas y de los testigos, donde el objeto se señalará en el momento de su evacuación. Todas estas normas tienden a evitar que los juzgadores se conviertan en intérpretes de la intención y el propósito de las partes. Así lo estableció también la Sala plena en fecha 4 de julio de 2000..."

La Sala de Casación Civil (2001), mediante sentencia Nº 0363, en el caso de la Sociedad Mercantil Cedel Mercado de Capitales, C.A., contra la Sociedad Mercantil Microsoft Corporation, al igual que la Sala Plena (accidental) instituyó durante cierto tiempo lo siguiente:

> "...Es fácil comprender cómo, para que la parte pueda manifestar si conviene o no con los hechos que su contrario trata de probar y para que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo las partes y ordenar que

> se omita toda declaración o prueba sobre ellos, es necesario que en el escrito de promoción de cada una de las partes se hayan indicado de manera expresa y sin duda de ningún tipo, los hechos que pretende demostrar con cada medio de prueba promovido.
>
> Además, es la única manera de garantizar el cumplimiento de los deberes de lealtad y probidad procesales impuestos a las partes al impedir de esa manera que el contrario del promovente y el propio tribunal sean sorprendidos al utilizar un determinado medio probatorio para verificar hechos diferentes a los que ellos creyeron cuando se promovió..."

Posteriormente, la Sala de Casación Civil (2004), mediante sentencia Nº 0986, en el caso de Guayana Marine Service C.A. y Lloyd Aviation C.A., contra Seguros La Metropolitana, abandona el criterio jurisprudencial establecido anteriormente en Sentencia Nº 363, de fecha 16 de noviembre de 2001, en el caso de: Cedel Mercado de Capitales C.A. contra Microsoft Corporation, en la cual se establece la oportunidad que tiene el juez, para evaluar si la prueba es capaz de permitir su conexión con los hechos controvertidos, así como la exención del requisito de indicación del objeto de la prueba en el acto de su promoción sobre las testimoniales y las posiciones juradas, en ese sentido expresó lo siguiente:

> "...No obstante, esta Sala considera necesario flexibilizar esta doctrina, por cuanto las pruebas constituyen el instrumento de las partes para llevar la verdad al proceso y ello es presupuesto necesario para el alcance del fin último

de la función jurisdiccional: la realización de la justicia. En atención a ello deja establecido:

....(omissis)..."

Ahora bien, esta Sala de Casación Civil comparte y acoge ese pronunciamiento expuesto por las otras Salas de este Tribunal Supremo, razón por la cual abandona el precedente jurisprudencial establecido en sentencia de fecha 16 de noviembre de 2001, caso: Cedel Mercado de Capitales C.A. contra Microsoft Corporation, y establece que las testimoniales y las posiciones juradas están exceptuados del requisito de indicación del objeto de la prueba en el acto de su promoción, por cuanto la voluntad expresada por el legislador es que la oposición por manifiesta impertinencia debe ser ejercida después de enterada la prueba en autos.

....(omissis)..."

En esa misma sentencia, la Sala continúa revisando sobre el objeto de la prueba y señala lo siguiente:

Lo expuesto permite determinar que la falta de indicación del objeto de la prueba no causa por sí sola su nulidad, sino que en todo caso el juez debe determinar si ello impidió a la prueba demostrar su pertinencia, por cuanto una vez admitida y adquirida la prueba por el proceso, escapa de la esfera dispositiva de las partes y pertenece al juez para el hallazgo de la verdad y la realización de la justicia, en cuyo cumplimiento el sentenciador debe evaluar si la prueba no es capaz de permitir su conexión con los hechos controvertidos, pues si es evidente de su propio contenido, la pertinencia con los hechos discutidos, en definitiva resulta formalista y no acorde con los postulados constitucionales y legales, declarar su ineficacia...."

Ya dentro del estamento contencioso administrativo, la Sala Política Administrativa (2005), mediante sentencia Nº 01949, en el caso de la Sociedad Mercantil Axa Asistencia Venezuela, S.A, adhiriéndose a ese nuevo criterio sustentado por la Sala de Casación Civil, expresó lo siguiente:

> "...Ahora bien, resulta realmente importante en materia probatoria, la relación que debe existir entre los hechos alegados y los medios que evidencien la veracidad o falsedad de tales hechos, es decir, la pertinencia de las pruebas, circunstancia que impone que las pruebas promovidas y aportadas por las partes al proceso, deban guardar relación con el hecho que pretendan probar y con los términos en los cuales quedó trabada la litis, ya que de lo contrario, ante la evidente falta de relación entre las pruebas promovidas por las partes y los hechos por ella alegados, el juez al momento de decidir sobre su admisión o no, deberá declarar que las mismas son inadmisibles, debido a que no puede llevar a ninguna convicción al juez una prueba que no guarda relación con los hechos planteados en el proceso, ni con los términos en los cuales quedó trabada la controversia..."

Al mes siguiente, sobre el mismo tópico, esa Sala Política Administrativa (2005), mediante sentencia Nº 2595, en el caso de la Sucesión Julio Bacalao Lara, reiteró lo siguiente:

> "...Además de lo expuesto, considera esta Sala necesario precisar que a los fines del pronunciamiento sobre la admisión de determinada prueba, no debe el Juez limitarse a lo expresado en el escrito de promoción, en el sentido de que no habría lugar a inadmitir una prueba por no haberse

> establecido en la oportunidad de su promoción el objeto de la misma, si de los autos puede aquél apreciar lo que se pretende aportar al proceso con tal probanza...."
>
> ...(omissis)..."
>
> Como puede apreciarse de los aludidos preceptos, los extremos que debe indicar la parte promovente de la prueba de testigos son: la identificación y el domicilio del declarante; asimismo, se colige que el conocimiento de los hechos sobre los que versa la prueba testimonial se conocen en el momento mismo del interrogatorio, y ello obedece a la naturaleza de la prueba en cuestión, en la que el testigo puede deponer, incluso, sobre situaciones derivadas de su percepción o deducción. De modo que si bien esta Sala ha advertido en anteriores oportunidades que el señalamiento del objeto de la prueba resulta conveniente a efectos de facilitar la labor de valoración por parte del Juez, debe precisarse que, en cuanto concierne a la prueba de testigos, la falta de señalamiento del objeto de la prueba en el escrito de promoción no incide en la valoración que de ésta efectúe el Juez, en tanto que la misma se produce, fundamentalmente, en la oportunidad de practicarse el interrogatorio y, luego, durante el plazo legalmente previsto para sentenciar, en el que el Tribunal valorará las testimoniales atendiendo al mismo tiempo a las restantes probanzas."

De todo lo anteriormente expuesto, se puede colegir, que en materia del Contencioso Administrativo, es necesario al momento de ser ofrecida al proceso, establecer el objeto de prueba, sin que ello conlleve a formular un interrogatorio sobre las testificales o las posiciones juradas; en general, la falta de esa indicación del objeto de la prueba, en forma alguna pudiere causar en sí misma su nulidad, sino, cuando no ello le permita al juez

determinar su *pertinencia*, pues, una vez promovidas y admitidas las pruebas, ya no pertenecen a la parte que la produjo, sino al proceso, conforme al principio de adquisición procesal, correspondiéndole luego al juez, durante en su sentencia, verificar si esa prueba, se encuentra en perfecta conexión con los hechos controvertidos, a los fines de verificar su *pertinencia,* y en consecuencia, decidir en razón de ello.

CAPITULO IV

DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Al respecto, es necesario transitar por la hermenéutica de la norma rectora sobre la *carga de la prueba*, estatuida textualmente en el artículo 1.354 del Código Civil, cuando expresa lo siguiente: "...Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción su obligación."

La norma transcrita supra, que constituye el principio general sobre el instituto de la carga de la prueba, recogida por igual, por nuestro legislador adjetivo matriz, en su artículo 506, ello no es más, que un legado que nos ha dejado en el tiempo el derecho romano, de su máxima: "actori incumbit onus probandi sed reus in exceptione fit actor, reus in excepcione fit actor", lo que se traduce, que "...es al actor en ordinario a quien le corresponde demostrar la exactitud de los hechos que sirven de fundamento a su pretensión"; y el demandado o querellado, por su parte, adoptará distintas posiciones frente a la pretensión del actor, pero es en principio a la parte activa de la relación

jurídica procesal, a quien le incumbe probar sus respectivas afirmaciones de hecho, es por ello, que se denomina carga, y no obligación.

Uno de los grandes méritos que se le endilgan al tratadista italiano, Carnelutti (1939), fue establecer la distinción entre carga y obligación, este connotado jurista distingue lo siguiente:

> "...la Obligación es el lado pasivo, al cual corresponde del lado activo un derecho. Puede decirse que el derecho subjetivo es un interés protegido mediante un poder de la voluntad o un poder de la voluntad concedido para la tutela de un interés. Se obtiene la noción de obligación invirtiendo simplemente la del derecho subjetivo, es decir, es un vínculo de la voluntad impuesto por la subordinación de un interés.... (sic). En cambio la carga es el ejercicio de una facultad puesta como condición para obtener cierta ventaja. Por eso carga es una facultad cuyo ejercicio es necesario para la consecución de un interés. (p. 230)

Es por ello, que el instituto de la Carga de la Prueba ha traspasado en el tiempo las fronteras, y todo se restringe en verificar en un momento dado, ¿cuál de las partes intervinientes en el *iter juditio*, le corresponde probar sus respectivas *afirmaciones de hecho?*, aclarando, que no se trata de toda afirmación, sino aquellas *afirmaciones controvertidas* entre las partes, como referimos precedentemente.

En tal sentido, el autor patrio, Cabrera, (1997) Magistrado de la Sala Constitucional ha dejado sentado lo siguiente:

> "...Como hemos indicado, las partes introducen al proceso un conjunto de afirmaciones como fundamento de su pretensión, que están referida por lo general, a situaciones de hecho. Para la fase probatoria el legislador va distribuir la fatiga demostrativa, mediante un conjunto de normas que indicaran quien debe probar, y quien asumirá el riesgo de falta de pruebas.
>
> Lo anterior configura una instrucción dirigida al juez a los fines de la solución del conflicto, en orden al incumplimiento de la carga. La ley dice al Legislador como debe proceder cada vez, que habiendo necesidad de prueba por uno de los sujetos contendientes ésta no se satisfizo, lo cual demuestra que las normas sobre la carga de la prueba, forman parte de la premisa mayor del silogismo de la sentencia y son del dominio del juez..." (p. 203)

Para el tratadista colombiano, Devis (1984) por su parte nos refiere que:

> "...Carga de la prueba es una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez, como debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que debe fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorable a las otra parte..." (p. 145)

Así las cosas, podemos precisar que la regla general en el proceso civil, como sistema netamente dispositivo, como el nuestro, en principio le corresponde a la parte actora probar sus respectivas afirmaciones de hecho, en la que gravitan un conjunto de presupuestos fácticos que necesariamente deben ser probados, sin los cuales la pretensión invocada sucumbiría.

En ese sentido el procesalita uruguayo Couture (1981) nos enseña lo siguiente:

> "...el actor tiene la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la obligación, y si no las produce, pierde el pleito, aunque el demandado no pruebe nada; el demandado triunfa con quedarse quieto, porque la ley no pone sobre él, la carga de la prueba... (sic)...Los hechos no probados se tienen por no existentes, ya que no existen normalmente, en el juicio civil dispositivo, otro medio de convicción que las pruebas suministradas por las partes. El juez realiza a expensas de la prueba producida, una especie de reconstrucción de los hechos, descartando todo aquello que no ha sido objeto de demostración; y sobre ellos aplica el derecho..." (p. 243)

Bien como advierte en forma tajante, el ilustre procesalista español Muñoz (1983), cuando expresa:

> "...En definitiva, pues, y sin necesidad de ninguna regla fija, todo el problema de la carga de la prueba se dirime en el momento de confrontar las respectivas alegaciones de las partes, estudiando la valorización que cada una de ellas pudiere merecer a la luz de los principios de continuidad,

> normalidad, dificultad y colaboración o lealtad, así es, por lo menos, el criterio dominante en la doctrina moderna..." (p. 53)

Sin embargo, dentro del contencioso administrativo, como sistema inquisitivo, la situación resulta un tanto más compleja y llena de escollos, lo que nos obliga a discurrir sobre la distinción de esos dos magnos sistemas.

Para lo cual, necesariamente tenemos que traer a colación, las insignes opiniones de Véscovi (1999), a quien se le atribuye entre sus grandes logros, el haber confeccionado, la diferencia de esos dos grandes principios, al considerar que: "...El principio dispositivo es el que asigna a las partes y no al juez la iniciativa del proceso, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso. En el inquisitivo, en cambio, es el órgano jurisdiccional el que tiene esos poderes; él es el que tiene que actuar e investigar (inquiriré)..." (p. 44)

Sin embargo, debemos advertir, que en Venezuela no existe un sistema inquisitivo puro o absoluto, como tampoco un sistemas dispositivo puro o absoluto, por lo tanto para quienes consideran al contencioso administrativo inmerso en un sistema de naturaleza inquisitiva, no es del todo cierto, como si ocurre en el procedimiento administrativo, contenido en la Ley Orgánica de

Procedimiento Administrativo, donde por lo general, es la propia administración quien inicia de oficio los procedimientos administrativos, quedando facultada per se, para realizar todo lo concerniente a la investigación o averiguación de los hechos administrativos que se ventilan, resultando que sus actos, se encuentran revestido de la presunción de legitimidad los cuales importan al interés público.

Para éste sector, quienes consideran que el Juez contencioso administrativo, se encuentra arropado bajo el manto de las facultades inquisitivas, lo hacen bajo ciertas premisas legales, en cuanto a sus amplias potestades de investigación de la verdad, como conductor del proceso, entre otras, señalan la solicitud de los antecedentes administrativo a la autoridad competente, sin que medie solicitud expresa de la parte recurrente, así como también; puede hacer evacuar aquellas pruebas que considere necesarias para la solución del proceso; sin embargo, tales potestades como se observa, no son totalmente inquisitivas, por cuanto por un lado, la solicitud de los antecedentes administrativo, no es una facultad, sino, una obligación impuesta por la ley; además, le está vedado al juez, suplir de oficio alegatos o defensas de las partes, pues, él está sujeto al deber de congruencia que lo obliga a ceñirse exclusivamente a lo alegado y probado en autos.

Por consiguiente, su facultad para solicitar de oficio información o evacuar pruebas deberá estar relacionada con las cuestiones controvertidas por las partes, ya que uno de los requisitos de la demanda, contenido en el aparte 9, del artículo 21, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es indicar "...las disposiciones constitucionales o legales cuya violación se denuncie y las razones de hecho y de derecho en que se funde la acción...", y así lo ha sentado, la Sala Política Administrativa (2000), de nuestro más elevado Tribunal de la República, mediante sentencia Nº 1.081, en el caso de Luís García Montesino, cuando señala lo siguiente:

> "...Por último, la Sala advierte que la pretensión del actor se dirige exclusivamente a impugnar la medida de destitución originalmente adoptada por la División General de Personal del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, no existiendo en autos mención alguna a fundamentos de hecho o de derecho, que se relacionen con la decisión del Ministro de Justicia que confirmó, vía recurso jerárquico, la decisión del recurso de reconsideración, del cual tampoco se hace indicación alguna en el escrito que contiene el recurso de nulidad.
>
> En tal virtud, la Sala no puede suplir lo que constituye una carga procesal, a tenor de los artículos 113 y 122 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales corresponde al recurrente indicar, con toda precisión, tanto el acto impugnado como las disposiciones constitucionales y legales cuya violación se denuncie, y las razones de hecho y de derecho en que se funde la acción, por lo cual forzoso es reiterar la inadmisibilidad, también por esta causa, del recurso interpuesto y así se decide...."

Como hemos señalado anteriormente, todos los actos dictados por la administración pública, gozan de una presunción de legitimidad (iuris tantum), es decir, por tratarse de una acto dotado de autoridad, salvo su ilegitimidad, son actos de obligatorio cumplimiento inmediato, para el administrado, de conformidad con el artículo 8 de la ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por lo cual se presumen que los mismos se encuentran apegados a derecho, hasta tanto no se demuestre lo contrario, de allí que, para enervar sus efectos corresponderá al recurrente producir la prueba en contrario, demostrando que los mismos violan el orden jurídico, es por ello, que dentro del estamento del contencioso administrativo, la regla general de la carga de la prueba y su distribución, se asemeja al proceso civil, antes estudiado, ya que se encuentra en cabeza de la parte recurrente o accionante, -quien quiere hacer valer a su favor las consecuencias jurídicas de una norma-, correspondiéndole a éste probar y desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo.

Sin embargo, no siempre es así, en algunos casos, dependiendo del vicio que se alegue en la pretensión, la distribución de la carga de la prueba se invierte y es a la administración pública, a quien le corresponderá probar la legalidad del acto por ella dictada y no al accionante o recurrente, -verbi gratia- en el caso que se denuncie el vicio de *incompetencia manifiesta del*

funcionario, es a la administración quien le corresponde acreditar que el funcionario quien dictó el acto, se encontraba revestido de competencia, o en el caso que la administración se excepciones en el pago de una obligación, debe ésta por su parte, producir en juicio la prueba de la extinción o liberación de esa obligación.

Asimismo, en el caso que la administración pública, alegue como defensa la llamada "*cosa juzgada administrativa*", de la contenida en el numeral 2°, del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo, en cuyo caso, le correspondería a ésta probar sus respectivas afirmaciones de hecho invocada en su defensa, para enervar la pretensión actoral.

Igualmente le corresponde la carga de la prueba a la administración pública, en el caso de nulidad *por incumplimiento del procedimiento legalmente establecido*, al tratarse de una hecho negativo absoluto e indefinido, le corresponde a la administración comprobar el hecho positivo, en el cual ésta si cumplió con el debido procedimiento legalmente establecido.

El ilustre autor patrio Kiriakidis (2006), sobre la remisión del expediente administrativo ante el juez que conoce el mérito de la causa contenciosa administrativa, expresa lo siguiente: "....la remisión del expediente

administrativo se ha transformado en la práctica y por obra de la jurisprudencia, en una verdadera carga de la administración y no en una simple facultad de juez..."(p. 279); disentimos del criterio expresado por el connotado autor, en el sentido, que la remisión del expediente administrativo por parte del órgano administrativo de que se trate, ante el juez contenciosos administrativo, no constituye una carga probatoria por parte del remitente, sino una obligación impuesta por la ley, ya que si fuere una facultad discrecional de la administración pública, ésta con no presentar tales antecedentes administrativos, tendría para que eventualmente pudiera salir favorecida en la causa, debido a que la carga siempre va a implicar una ventaja para quien la ejerce. Por lo que en definitiva, debemos enfáticamente afirmar, que la remisión del expediente administrativo, constituye una obligación legal y no una carga para la administración pública.

Asimismo, debemos también aclarar que la administración pública, tampoco está investida de prerrogativas procesales en el orden de apreciación, valorización, promoción y evacuación de prueba, ya que ésta, debe su comportamiento como cualquiera otra parte en juicio, en el entendido, que si la controversia tiene que ver con el establecimiento de los hechos, le corresponde a ésta la carga de probar sus respectivas afirmaciones fácticas, en base al contenido del acto administrativo dictado por ella, en cuanto a

que, negó una autorización, impuso una sanción, resolvió unilateralmente un contrato etc., es por ello, que pensar que la administración pública esta eximida de demostrar la veracidad de sus afirmaciones, sería una suerte de violentar directamente el contenido de los artículos 26, 49, 257 y 259 de nuestra Norma Suprema.

CAPITULO V

LAPSOS PROBATORIOS EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. Apertura del lapso de Prueba

Sobre lo relativo a la apertura del lapso probatorio, que en aplicación del contenido de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que rige hasta ahora el contencioso administrativo, queda a merced de la voluntad suprema de las partes solicitar la apertura del lapso probatorio.

En ese sentido la Sala Constitucional (2004), mediante sentencia Nº 1645, en el caso de el abogado Gregorio Pérez Vargas, en representación de la Contraloría General del Estado Falcón, en la que éste, solicitó la anulación del ordinal 9º del artículo 157 de la Constitución Federal del Estado Falcón, en la que se estableció el procedimiento regulatorio para el contencioso administrativo, en materia probatoria, en cuya oportunidad dictaminó lo siguiente:

> "...En efecto, si para que ahora se abra la causa a pruebas debe haber solicitud de alguna de las partes, es obvio que si, con base en la ley derogada, se ha pedido que no se abra –de manera expresa, como en el caso de autos, o tácita, a causa de la falta de oposición a esa petición - debe

> entenderse que la voluntad de las partes es que no exista lapso probatorio, al igual que hoy sucedería si nadie pide dicha apertura.
>
> Por lo tanto, en tales casos no se abrirá la causa a pruebas, sin necesidad de que la Sala analice lo que antes hacía: si había motivos para acordarla. Se trata ahora de una supresión automática del lapso probatorio, que se acordará en todas las causas anteriores a la vigente ley del Máximo Tribunal, siempre que la contraparte no se hubiere opuesto a esa solicitud de declaratoria."

En esa misma sentencia *ut supra*, la Sala Constitucional a fin de integrar las normas y dar coherencia al procedimiento, fijó en el numeral 5º, las reglas a seguir en materia probatoria en los términos siguientes:

> "...5.- En caso de que no se planteen defensas o de que sean resueltas en el mismo acto, continuará el acto público y se interrogará a las partes acerca de su interés en la apertura del lapso probatorio. Si alguna de ellas la solicita, deberá indicar los hechos que estima necesario probar e informará acerca de las pruebas que estime pertinentes. El Tribunal se pronunciará, en el mismo acto, acerca de la necesidad de probar los hechos indicados por la parte solicitante. Cualquiera de las partes podrá, en el mismo acto, promover las pruebas, sin limitarse sólo a anunciarlas a la Sala.
>
> De ser necesario, el Tribunal se pronunciará sobre la admisibilidad de las mismas. Las pruebas admitidas se entregarán al Secretario de la Sala, quien las agregará luego a los autos. Si las partes manifiestan que todas las pruebas serán promovidas exclusivamente en ese acto, la Sala declarará innecesario el lapso legal para la promoción posterior. De no abrirse entonces lapso para la promoción, comenzará a correr el lapso para la evacuación de las pruebas que lo requieran, contenido en el artículo 21 de la

> Ley el cual se aplicará por analogía. De no haber necesidad de evacuación, la Sala declarará ello expresamente y dará por concluida la tramitación de las pruebas. La oposición tanto de la admisión como de la orden de evacuación a las pruebas se formulará y resolverá en el mismo acto, para lo cual los Magistrados podrán retirarse a deliberar..."

Como podemos observar, la sala Constitucional, haciendo suya una especie de autoridad discrecional para legislar, estableció el procedimiento a seguir en materia probatoria dentro del contencioso administrativo, sin embargo, no ha tenido acogida en los diferentes Tribunales Superiores en lo contencioso administrativo, que han seguido la huellas dejadas expresamente por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

1.1. Promoción y Evacuación de la Prueba

La Ley Orgánica del Tribunal Supremos de Justicia, en sus apartes 1º, 12º, 13º y 14º, del artículo 21, establecen lo siguiente:

> "...Una vez practicada la citación, cualquiera de las partes podrán solicitar la apertura de un lapso para promover y evacuar las pruebas que consideren convenientes para la mejor defensa de sus intereses, dicho lapso será de cinco (5) días hábiles para promoverlas y treinta (30) días continuos para evacuarlas; en caso de que fuere necesario, dicho plazo podrá extenderse por una sola vez, por un lapso de quince (15) días continuos, cuando sea necesario. En el período de promoción de pruebas las partes indicarán los hechos sobre

> los cuales recaerán las mismas y producirá aquéllas que no requieran evacuación.
>
> El Tribunal Supremo de Justicia, en cualquier estado de la causa, podrá solicitar información o hacer evacuar de oficio las pruebas que considere pertinentes. Sólo serán admisibles las pruebas contempladas en el artículo 19 de la presente Ley; sobre la admisión, regirá el procedimiento contemplado en el Código de Procedimiento Civil. Contra el auto que niegue la admisión de las pruebas, se oirá apelación en ambos efectos.
>
> Vencido el período de pruebas, en caso de que fuere solicitado o expirado el lapso previsto para promover, cuando no sea necesario evacuarlas, se designará un (1) Magistrado o Magistrada ponente, conforme al procedimiento contemplado en el artículo 20 de la presente Ley..."

Del contenido de las normas transcrita, se puede apreciar, que las mismas contienen las previsiones legales dentro de la esfera probatoria, tanto para el caso en que la República sea parte, así como para el supuesto en que se demande la nulidad de los actos administrativos de efectos generales o particulares, previendo un lapso de cinco (5) días hábiles para promoverlas y treinta (30) días continuos para evacuarlas; y que en el caso que fuere necesario, dicho plazo podrá extenderse por una sola vez, por un lapso de quince (15) días continuos, cuando sea necesario. En el período de promoción de pruebas las partes indicarán los hechos sobre los cuales recaerán las mismas y producirá aquéllas que no requieran evacuación.

1.2. Admisión de las pruebas

En cuanto a la admisión de las pruebas, debemos hacer uso por analogía, del aparte 17º, del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, respecto a la admisión de las pruebas en Segunda Instancia, ya que el legislador omitió dicho lapso para los procedimientos en primeras instancia, en cuyo lapso, debe remitirnos al consagrado en el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, que al efecto establece:

> "...Dentro de los tres días siguientes al vencimiento del término fijado en el artículo anterior, el Juez providenciará los escritos de pruebas, admitiendo las que son legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. En el mismo auto, el Juez ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes...."

En definitiva la admisión de las pruebas en el procedimientos en primeras instancia, deberán producirse dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término fijado para su promoción, en cuyo caso el Juez admitirá aquellas que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes.

2. Pruebas en segunda instancia.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, nos sugiere que en alzada o segunda instancia, las partes podrán hacer valer o promover las mismas pruebas anteriormente enumeradas y contenidas en el artículo 19, de la ley en comentario, dentro de los cinco (5) días de continuos (que debe leerse de despacho) siguientes al vencimiento del lapso para la contestación de la apelación serán "...admitidas dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la recepción del expediente que le remita la Sala", cuando la norma alude "la Sala", esto porque está concebida para las Salas respectivas del Tribunal Supremo de Justicia, advirtiendo que estas, no sustancian las causas ni las pruebas *ope legis,* sino que lo hace el *Juzgado de Sustanciación* de sus respectivas Salas, entonces, al encontrarse la causa en alzada con motivo de apelación, una vez promovidas las pruebas en ésta segunda instancia, la Sala (Política Administrativa) remitirá las actuaciones al Juzgado de sustanciación para su admisión y evacuación.

Sin embargo, dentro de la hermenéutica jurídica debe entenderse, que en el proceso contencioso administrativo, la causa que se encuentre en alzada, con motivo del recurso ordinario de apelación, deben admitirse las pruebas dentro de los tres (3) días de despacho siguientes, a la culminación del lapso

de promoción de prueba que se hiciere ante esa instancia, de doble grado de conocimiento. Una vez, admitidas dichas pruebas, se abrirá un lapso de quince (15) días continuos (debe leerse días de despacho), prorrogable por igual periodo, más el término de distancia para su *evacuación*.

Todo ello, nos permite confeccionar dicho criterio, por la interpretación que hace la Sala Constitucional (2004) mediante sentencia Nº 1645, sobre los apartes 16º y 17º, del artículo 19, en la cual fijó los nuevos lineamientos o reglas a seguir en el procedimiento contencioso administrativo, sin aludir o expresar lo relativo a las pruebas en segunda instancia. Además pensamos que es un error procedimental del legislador al establecer en alzada las mismas pruebas que indicó para el tribunal *a quo,* cuando expresa que: "...Sólo se admitirán como medios probatorios los señalados en el presente artículo", debió utilizar la expresión establecida por el legislador adjetivo en el artículo 520, del Código de Procedimiento Civil, cuyo contenido limitó los medios probatorios en los términos siguientes: "...En segunda instancia no se admitirán otras pruebas sino la de instrumentos públicos, la de posiciones y el juramento decisorio", pues, no vemos a alguna de las Cortes Contenciosa Administrativa, y menos aún a la propia Sala de Sustanciación de la Sala Política Administrativa, como tribunales de alzada, hacer evacuar las pruebas de testigos, inspección judicial, experticia, cotejo, documentos

privados, por ejemplo, es por ello, que debió adoptarse en segunda instancia, las pruebas expresadas y contenidas en el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, salvo posiciones y el juramento decisorio, en la que, ni la administración pública ni sus autoridades ni los funcionarios que la representan, pueden obligarla mediante declaraciones provocadas en absolución de posiciones.

3. Diferencia entre el lapso de demandas contra la República y de nulidad de actos administrativos

La Sala Política Administrativa (2005), de nuestro máximo Tribunal de la República, en su constante formación pedagógica, mediante sentencia Nº 904, en el caso del abogado, Rafael Alberto Latorre Cáceres, actuando en su propio nombre, contra la República Bolivariana de Venezuela (por órgano del Ministerio del Interior y Justicia); desaplica de súbito el contenido de la norma establecida en el artículo 21 eiusdem, y aplica las normas del Código de Procedimiento Civil, con fundamento al constitucional ejercicio del derecho de defensa, por remisión supletoria del artículo 19 eiusdem, argumentando para ello, que las reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias en los procedimientos que cursen ante el Tribunal Supremo de Justicia.

En dicha sentencia la Sala, acorde con el contenido de la norma adjetiva matriz, en el sentido que cuando en el ordenamiento jurídico no se contemple un procedimiento especial a seguir, se podrá aplicar el que juzgue más conveniente para la realización de la justicia, siempre que tenga su fundamento jurídico legal, en ese sentido expresó enfáticamente lo siguiente:

> "...De esta manera, considera esta Sala, que cuando el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, hace referencia a la aplicación del artículo 19 eiusdem, debe entenderse que el procedimiento aplicable para el lapso de pruebas es el del procedimiento ordinario previsto en el artículo 388 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en virtud de la remisión supletoria que hace el artículo 19, primer aparte, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.
>
> En tal sentido, el lapso de quince (15) días de despacho para promover pruebas, conforme a lo previsto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, contado conforme al cómputo realizado por Secretaría, a partir del 20 de octubre de 2004 inclusive, finalizó el día 23 de noviembre de 2004, motivo por la cual la representación judicial de la República Bolivariana de Venezuela, promovió pruebas en tiempo oportuno al haberlo efectuado el 10 de noviembre de 2004. Así se declara."

De todo ello se puede constatar, la distinción existente entre los procedimientos sobre pretensiones o recursos de nulidad, bien sean estos contra los actos de efectos particulares o generales, en lo cual el lapso

probatorio, será de cinco (5) días hábiles para promoverlas y treinta (30) días continuos para evacuarlas; y que en el caso que fuere necesario, dicho plazo podrá extenderse por una sola vez, por un lapso de quince (15) días continuos, no obstante a ello, es necesario advertir, aún cuando la sentencia en comentario, expresa días hábiles, como así lo alude la norma, debe aplicarse el criterio jurisprudencia de vieja data, sobre días de despacho o cuando el tribunal acuerde despachar, amen, de la pertinencia de la prueba a que sugiere dicho artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Por otro lado, en relación a los procedimiento sobre demandas intentadas contra cualquier ente del Estado, el referido lapso de promoción y evacuación de pruebas, es totalmente diferente, al estudiado anteriormente sobre las demandas de nulidad, el cual se realizará, conforme a las previsiones establecidas en el artículo 388 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, norma ésta para la aplicación de los procedimientos ordinarios, en virtud de la remisión supletoria que hace el 1º aparte, del artículo 19, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, esto es, 15 días de despachos para promover y 30 días de despacho para evacuar. En estos casos, podemos resaltar entre otros, las acciones sobre Resolución o Cumplimiento de

Contratos Administrativos, los cuales se rigen por lo establecido en el citado artículo 388 y siguiente *eiusdem*, tal como lo dejo sentado la Sala Política Administrativa (2003), mediante sentencia Nº 633, en el caso de Hipermercado Amigo, C.A., contra el Ministerio de la Defensa, en la que hizo referencia a la naturaleza jurídica del acto, por medio del cual, se rescinde un contrato administrativo y sobre el medio para atacarlo, cuando expresó lo siguiente:

> "...es importante clarificar que cuando la Administración hace uso de facultades contractuales (como la de extinguir el contrato anticipadamente), dicha actuación se traduce en un acto de ejecución del contrato mismo, de manera que en contra de esa decisión que pudiera lesionar los derechos del co-contratante, la vía de impugnación no es la de atacar por nulidad dicho acto, sino la de definir si realmente la rescisión planteada es procedente, de acuerdo con el vínculo contractual, por lo que ante tal supuesto, no existe la disociación necesaria del acto con respecto al contrato que permita su impugnación separadamente de éste."
>
> "...(omissis)..."

De todo ello podemos advertir, que no se justifica bajo ninguna fórmula de derecho, que tanto el legislador patrio, como la Sala Política Administrativa, hayan establecido esa aviesa discriminación respecto al lapso probatorio, cuando se trate de pretensiones de nulidad de actos de efectos particulares o generales, así como en el caso, cuando se conozca de demandas contra

cualquier ente u órgano de la administración pública, pues, ello riñe abiertamente contra el constitucional derecho a "La Igualdad de todos ante la Ley"; así como al "principio de la unidad procesal y libertad de Prueba", que estudiaremos someramente infra.

4. Principio de igualdad procesal

Respecto al principio de igualdad procesal, debemos resaltar antes, el contenido del preámbulo de nuestra Carta Magna, en la que recoge vigorosamente dichos principios en sus artículos 1 y 2, cuando expresa:

> "...con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna;..."

En perfecta armonía, con lo señalado anteriormente, debemos aludir con elevada preeminencia, el contenido del artículo 21 eiusdem, cuando señala lo siguiente:

> "...Artículo 21.- Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

> No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.
>
> La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
>
> ...(omissis)...."

Como hemos podido constatar, el Texto Constitucional consagra la Igualdad de todas las personas ante la ley, por lo cual, a diferencia de lo que ocurría con la constitución de 1961, que aludía específicamente a las "...discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, o la condición social", con la vigencia del nuevo texto fundamental, resulta aún más amplio, al extenderse el concepto de discriminación "...a todas aquellas situaciones que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce, o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos y libertades de toda persona." Además, dentro del estamento del derecho procesal, debe mantenerse en igualdad de condiciones a todas las partes en juicio, conforme al principio de igualdad procesal, que tutela el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 15, cuando expresa:

> "...manteniendo a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencia ni desigualdades y en los privativos de cada una, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extralimitaciones de ningún género."

Es por todo ello, que no se justifica la discriminación impuesta, tanto por nuestro legislador patrio, como la Sala Política Administrativa, respecto al lapso probatorio, cuando se conozca de demandas contra los entes del Estado y las demandas de nulidad contra actos administrativos, al menos que se tratare de otra prerrogativa concedida a la República, extensiva a los demás entes del estado, en el ejercicio de sus facultades exorbitantes, aún no calificadas como tal por la ley, guardando silencio la jurisprudencia de nuestro elevado Tribunal de la República, por lo que se configura, un evidente desequilibrio procesal entre las partes en contienda, sobre dicho lapso, del administrado frente a la República.

Por lo tanto, al no constituir un privilegio, ni prerrogativa preestablecida expresamente a favor del estado, dichos lapsos así concebidos, violentan el principio de igualdad procesal de las partes, que a su vez se traducen en la violación del debido proceso y el derecho a la defensa.

CAPITULO VI

LOS MEDIOS PROBATORIOS ADMISIBLES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

De una breve y sencilla lectura que hagamos texto contenido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, podemos constatar, la desaplicación abrupta del principio de libertad probatoria en el contencioso administrativo, *principio* éste en que las partes gozan de la libertad para obtener y llevar al proceso *todas aquellas pruebas que sean pertinentes*, tal como lo preveía la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en sus artículos 107 y 127, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil.

Conforme a éste principio las partes podían hacer uso de todos los medios probatorios, no sólo de los previstos en el Código de Procedimiento Civil y el Código Civil, por remisión de la abolida Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sino de todas aquellas reguladas en otras leyes o, que no estén expresamente prohibido por éstas.

En vigencia del texto orgánico del Tribunal Supremo de Justicia, podemos apreciar que se establece una limitante a esos medios de prueba, cuando en el aparte 10º, del artículo 19, establece literalmente lo siguiente:

> "...En los procedimientos que se tramiten ante el Tribunal Supremo de Justicia sólo se admitirán como medios probatorios la experticia, la inspección judicial, incluyendo aquellos documentos que formen parte de los archivos de la Administración Pública, cuando haya constancia que la prueba que de ellos se pretende deducir no puede llevarse de otro modo a los autos las posiciones juradas y los instrumentos públicos o privados...."

De la norma parcialmente transcrita, se puede inferir que nuestro legislador patrio, estableció taxativamente los medios probatorios que regirán en el procedimiento contencioso administrativo, produciendo una lista cerrada de las pruebas, cuando de ello utilizó la voz "sólo se admitirán", lo que a todas luces constituye una limitación a los medios probatorios, proclive a ser declarada nula por la inconstitucionalidad de la norma, como veremos más adelante, al delimitar el ejercicio pleno de los ciudadanos, a su derecho a probar, mediante un sistema tasado; por lo que al ser concordados esos medios probatorios con los artículos contenidos en el Código de Procedimiento Civil, para su mayor comprensión, delatamos como admitidos en el contencioso administrativo los siguientes:

- La experticia (art.451 CPC)
- La inspección Judicial (art.472 CPC)
- Los Informes o elementos de juicio, denominados "Documentos que formen parte de los archivos de la Administración Pública" (art.433 CPC)
- Las Posiciones Juradas (art.403 CPC)
- Los documentos públicos o privados (art. 429 CPC)

Señaladas los anteriores medios probatorios, admitido o aprobados legalmente para el contencioso administrativo, debemos hacer un breve recorrido sobre las consideraciones jurisprudenciales desarrollada por la Sala Política Administrativa de nuestro más elevado Tribunal de la República, en estos últimos años, sobre esos medios de pruebas que alude el precitado aparte 10º, del artículo 19, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, con el fin de revisar su aplicación en el contencioso administrativo en vigencia de dicha ley, de los cuales podemos referir los siguientes:

1. De la Experticia

Sobre la naturaleza jurídica de la Experticia la Sala Política Administrativa (2005), mediante sentencia Nº 5138, en el caso de la Sociedad Mercantil

Inversiones Bella Vista S.A., contra Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (C.A.D.A.F.E.), estableció lo siguiente:

> "...En tal virtud, considera la Sala que atendiendo a la naturaleza de la experticia, de acuerdo a la cual la misma constituye un medio de prueba indirecto que se dispone, en virtud de la necesidad que en ocasiones surge en el operador de justicia de acudir a un perito, para que éste le supla las reglas técnicas o científicas necesarias para realizar el proceso de deducción de la sentencia, la función de los expertos debe enmarcarse dentro de aquella que realiza un auxiliar de justicia que sustituye o colabora con el juez en el desarrollo de su actividad perceptiva, para lo cual sólo es admisible que éstos actúen de dos modos: i) indicándole al juez solamente las reglas de experiencia correspondientes o ii) efectuando él directamente la deducción, aplicando las reglas técnicas al caso...."

Como se puede observar, nuestro más elevado tribunal de la República, en vigencia del nuevo texto que rige el contencioso administrativo, mantiene como medio de prueba la experticia, cuya persona designada coexiste como auxiliar de justicia, colaborando en la función jurisdiccional en el desarrollo de su actividad perceptiva de los hechos, sin que el juez contencioso administrativo, esté obligado a seguir parcial o totalmente el dictamen del experto, si su convicción sobre los hechos se opone a las resultas del informe emitido por el experto, tal como lo preceptúa el artículo 1427 del Código Civil.

2. De la Inspección Judicial

Sobre la inspección judicial, la Sala Política Administrativa (2.005), mediante sentencia Nº 4577, en el caso abogado: Lionel Rodríguez Álvarez, contra la sociedad mercantil Banco de Venezuela (S.A.C.A.), Banco Universal, estableció lo siguiente:

> "...La inspección judicial prevista en el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, consiste en el reconocimiento que hace un juez de personas, cosas, lugares o documentos, a objeto de verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa o el contenido de documentos; es una prueba que requiere una actividad de percepción por parte del juez mediante sus sentidos, de los hechos relacionados con la causa..."

Se puede observar, que en criterio de nuestro máximo tribunal de la República, en vigencia del texto que rige por ahora el contencioso administrativo, mantiene como medio de prueba la Inspección Judicial, para el esclarecimiento de los hechos, cuya actividad de precepción la realiza el propio juez, mediante sus sentidos, para el reconocimiento de personas, cosas, lugares o documentos, con el fin primordial de verificar o esclarecer la verdad sobre los hechos controvertidos.

2. De los Informes o Elementos de Juicio

Sobre los informes o elementos de juicio, la Sala Política Administrativa (2005), mediante sentencia N° 4577, en el caso del abogado: Lionel Rodríguez Álvarez, contra la sociedad mercantil Banco de Venezuela (S.A.C.A.), Banco Universal, estableció lo siguiente:

> "...De la norma transcrita, se deduce que a través de dicho mecanismo probatorio puede el Tribunal, a instancia de parte, solicitar que sean traídos al proceso hechos que estén contenidos en libros, documentos, archivos u otros papeles que se encuentren en oficinas públicas, instituciones bancarias, sociedades civiles o mercantiles e instituciones similares, aunque ellas no sean parte en el proceso.
>
> En este sentido, con relación a la denominada prueba de informes, esta Sala ha establecido, en anteriores decisiones, que "... los sujetos de la prueba son pues, de un lado, la parte proponente y del otro los terceros informantes: Oficinas Públicas, Bancos, Asociaciones gremiales, Sociedades Civiles o Mercantiles e Instituciones similares, las cuales actúan mediante sus representantes autorizados." Sin embargo, se ha señalado expresamente, que si bien algunas legislaciones "admiten también como sujeto informante a la contraparte" el Código de Procedimiento Civil venezolano sólo permite que la prueba sea requerida a "entidades o personas jurídicas", toda vez que cuando se trata de documentos que se hallen en poder de la contraparte o de terceros (no señalados en la norma), sólo se admite la prueba de exhibición de documentos, pero no la prueba de informes." (Sentencia N° 1151 del 24 de septiembre de 2002, Caso Municipio Puerto Cabello del Estado Carabobo)."

Como se puede inferir, ese supremo Tribunal de la República, en vigencia del texto que rige por ahora el contencioso administrativo, mantiene como medio de prueba los Informes o Elementos de Juicio, cuyos sujetos son por un lado, la parte proponente y del otro los terceros informantes, bien sean: Oficinas Públicas, Bancos, Asociaciones gremiales, Sociedades Civiles o Mercantiles e Instituciones similares, las cuales actúan mediante sus representantes autorizados, los cuales le remitirán mediante oficio al tribunal de la causa la información requerida, e inclusive copias de los hechos que se encuentran plasmado en cualquier instrumento, que tengan a su disposición.

4. De las Posiciones Juradas

Sobre las posiciones juradas, la Sala Política Administrativa (2006), mediante sentencia Nº 607, en el caso de la Sociedad Mercantil Globovisión Tele, C.A., contra la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), estableció lo siguiente:

> "...Ahora bien, en lo que respecta al elemento obligatoriedad de la contestación bajo juramento, la Sala de Casación Civil de este Máximo Tribunal de Justicia, en sentencia de fecha 14 de junio de 2005, caso: Jao Fernando Leques Ferreira vs. José Ignacio Barrera Leal, señaló:
> "(...) En ese sentido, es importante determinar el alcance y contenido del término estar obligado en las posiciones juradas, para determinar si está implícita o no la coacción y

> simultáneamente dilucidar si este medio de prueba es o no violatorio de la Constitución. (...)
>
> (...) De la precedente transcripción se desprende: **1)** La coacción, es la fuerza o violencia que se ejerce sobre una persona para obligarla a contestar; **2)** Estar obligado a contestar bajo juramento no puede considerarse sinónimo de coacción porque la persona llamada a contestar las posiciones asume ese compromiso voluntariamente; **3)** Estar obligado a contestar bajo juramento se refiere a una solemnidad que compromete la moral del absolvente para decir fielmente la verdad.
>
> Esta Sala reitera los precedentes criterios doctrinarios y jurisprudenciales y establece que estar obligado a contestar bajo juramento no significa coacción (ejercer violencia o fuerza para obligar a responder) sino significa además de un compromiso moral de decir fielmente la verdad, una carga de la parte de contestar a las posiciones que le formule la contraparte, pues de no hacerlo se le tendrá por confeso de conformidad con el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil..."

Es importante resaltar, que con antelación a la promulgación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (1976), la doctrina y la jurisprudencia patria ya había aceptado el tan controvertido privilegio a favor de la República sobre la improcedencia de la confesión a la Administración Pública, en virtud del cual ni sus autoridades ni los funcionarios que la representan, pueden obligar a la Administración mediante declaraciones provocadas en absolución de posiciones; asimismo, posteriormente fue recogida por la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en su artículo 89.

En vigencia la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de igual forma se contempla en su aparte 10º, del artículo 19, cuando expresa: "Sin embargo, las autoridades y los representantes legales de la República no están obligados a absolver posiciones, pero contestarán por escrito las preguntas que, en igual forma, les hicieren el Juez o la Jueza o la contraparte sobre hechos de que tengan conocimiento personal y directo", es decir, que ambas leyes orgánicas, tanto la derogada como la vigente, han previsto de una forma especial las posiciones juradas de las autoridades y los representantes legales de la República (funcionarios públicos), distintos, al tratamiento que establece nuestra norma matriz adjetiva civil, sin que ello signifique de modo alguno coacción contra el declarante, sino un compromiso moral de decir fielmente la verdad sobre los hechos que deponen, pues, ello constituye una carga de las partes de contestar las posiciones juradas que le formule la contraria.

5. De la prueba documental

Sobre la prueba documental en estudio, es importante detenernos un poco a analizar, sobre las expresiones utilizado por el legislador, cuando en el aparte 10º del artículo 19, hace la distinción entre los "....documentos que formen parte de los archivos de la Administración Pública, cuando haya constancia

que la prueba que de ellos se pretende deducir no puede llevarse de otro modo a los autos y los instrumentos públicos o privados....", en ese sentido surgen tres (3) tipos de documentos, a saber los siguientes:

5.1. Los documentos que forman parte de los archivos de la Administración Pública. Pareciere que el legislador se estaría refiriendo a los documentos que de alguna manera se encuentran en los archivos de algún órgano de la administración pública, aún cuando no fuere parte en el juicio que se sigue, de los contenidos en del artículo 433 del Código de Procedimiento Civil, referidos a los Informes o elementos de juicio, antes estudiados, cuando se pretenda prevaler un hecho litigioso que aparezcan en un instrumento que se encuentran en archivo, libros u otros papeles, que se hallen en oficinas públicas, Bancos, Asociaciones gremiales, Sociedades civiles o mercantiles e instituciones similares, así como requerir copia de los mismos.

5.2. En cuanto al **instrumento privado**, se refiere como su nombre lo indica, son de los documentos que se inscriben dentro de las esferas del ámbito privado, sin mayores formalidades ni

solemnidades en su formación, los cuales producen efectos sólo entre las partes intervinientes en el acto, al menos que dichos instrumentos sean reconocidos o se tengan como legalmente reconocido, cuya fuerza probatoria se equipara al instrumento público, produciendo el efecto *erga omnes*.

5.3. En cuanto a los **Instrumentos públicos**, no se hace distinción alguna, pareciera aquí referirse sólo a los documentos públicos, dejando a un lado los auténticos, cuando utiliza la expresión "...los instrumentos públicos...", sin embargo, el artículo 1.357 del Código Civil, si hace tal distinción cuando de su contenido expresa: "...Instrumento público o auténtico es el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado." Es decir, aquel documento que ha sido autorizado con las solemnidades legales: Por un Registrador; Juez; Funcionario o Empleados Público que tenga facultades para darle fe pública; y que se haya autorizado en el lugar donde ejerza sus funciones tal funcionario público.

> Además, la norma exige el cumplimiento de ciertas formalidades legales: En cuanto que el acto se realice en *presencia* del funcionario; *presencia* de los otorgantes y los testigos instrumentales; la *fe pública* que le imprime el funcionario de conocer a los otorgantes; entendida esta como una especial calidad particular de ciertos instrumentos, que conciten no solo en la autoridad moral y técnica de quien lo ha elaborado, sino también en la suposición legal que lo aseverado por el funcionario de *fe pública* es verdad; la *capacidad* de los que intervienen en la formación del acto; *calificación del acto*; *firma expresa* de los otorgantes, testigos instrumentales y del funcionario que autoriza el acto.

En cuanto a la prueba documental en estudio, la Sala Política Administrativa (2005), ha sostenido mediante sentencia Nº 2595, en el caso de la Sucesión Julio Bacalao Lara, lo siguiente:

> "....Con base en lo anterior, a los fines de verificar la oportunidad en la cual la promovente podía consignar los instrumentos antes señalados, es necesario determinar la naturaleza que los mismos ostentan, es decir, si se corresponden con documentos públicos o privados, y a tal efecto, resulta procedente reiterar el criterio expuesto por esta Sala en sentencia N° 02987 del 18 de diciembre de 2001, en la que dejó sentado que las declaraciones

> definitivas de rentas, los comprobantes de retenciones y las planillas de retención de impuesto sobre la renta no son documentos públicos. Siendo ello así, no debió limitarse al contribuyente a enunciar los aludidos instrumentos en su escrito de pruebas sino que, tratándose de documentos no catalogados como públicos y resultando claro de las actas que lo pretendido por aquélla no era la exhibición de los mismos por su contraparte, tenía la carga de producirlos dentro del lapso de promoción a fin de que el Fisco Nacional, por un lado, contara con la debida oportunidad para ejercer el control sobre dichas probanzas, garantizándose así su derecho constitucional a la defensa, y el Juez, por otro, pudiera extraer los elementos de convicción que tales instrumentos le merecieran, una vez apreciadas las posiciones de ambas partes respecto de ellos."

Es de resaltar, que el aparte 5º, del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establece como uno de los presupuestos de inadmisibilidad de la pretensión contenciosas administrativa, el no acompañamiento de los documentos fundamentales de la acción, cuando establece: "...cuando no se acompañe los documentos indispensables para verificar si la acción o recurso es admisible...", situación procesal idéntica, pero con ciertos matices, al tratamiento que prevé el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, los cuales deben acompañarse conjuntamente al momento de incoar la pretensión. Es decir, pareciera referirse entre otras, sobre aquellas documentales que conforman el expediente administrativo, sin lo cual el Juez contencioso administrativo no pudiere confeccionar válidamente el *Thema Decidendum*, o bien como nos enseña, los autores

españoles, García y Fernández (2004), cuando afirma: "...El proceso contencioso administrativo tiene normalmente carácter impugnatorio, su finalidad es por consiguiente combatir un acto, disposición, inactividad o vía de hecho determinados y estos no pueden hacerse eficazmente sin tener a la vista el expediente que ha dado lugar contra el que se ejercita la pretensión." (p. 642)

6. Del expediente administrativo

El expediente administrativo, que viene a constituir la prueba madre en el contencioso administrativo de nulidad, hemos querido incluirla, dentro de la esfera de los documentos en general, sin calificarlo como una especial categoría de los instrumentos en el contencioso administrativo, porque estos contienen en ciertos casos tantos documentos públicos y privados, como documentos públicos administrativos, así como declaraciones de las partes, es decir, se trata de un compendio o legajo que conforman la mayoría de las actuaciones vertidas en sede administrativa, los cuales tienen sus raíces o nacimiento precisamente dentro de un procedimiento administrativo, que a posteriori según sea las circunstancia, van a converger en el contencioso administrativo, como medio probatorio, ahora como una especial categoría

catalogada de instrumento *privado reconocido o tenido legalmente por reconocido.*

En ese sentido la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia Nº 1499, de fecha 10 de julio de 2001, sobre el expediente administrativo expresó lo siguiente:

> "...El expediente administrativo forma una sola unidad, pero compuesto de diferentes medios probatorios. Unos pueden ser documentos públicos o auténticos otorgados por las partes ante un registrador o notarios, y otros documentos privados o reconocidos o tenidos como tales, pero también pueden existir documentos administrativos, o sea, aquellos documentos escritos de los cuales consta las actuaciones de un funcionario competente."

Por su parte, la Sala Política Administrativa (2007), mediante sentencia N° 01257, de fecha 12 de julio de 2007, en el caso de Eco Chemical contra el Ministerio de Energía y Petróleo, definió el expediente administrativo como:

> "...un conjunto ordenado de todas las actuaciones realizadas en el decurso del procedimiento administrativo que le sirve de sustento a éste; es decir, el expediente es la materialización formal del procedimiento..."
>
> "...omissis..."

> "...Sin perjuicio de lo expuesto, no debe confundirse el valor probatorio de las copias certificadas del *expediente administrativo* como una unidad íntegra, es decir, como un conjunto de actuaciones administrativas debidamente documentadas, con *las actas* que lo conforman individualmente consideradas, puesto que dichas actas poseen su valor probatorio propio según el tipo de documento que se trate."

El expediente administrativo tiene su importancia práctica, porque según los hechos y de las pruebas en él contenido, se vislumbra la decisión administrativa, donde convergen y se adminiculan los fundamentos de hecho y de derecho, conforme a las pruebas aportadas en él contenido, de allí su presunción de legitimidad y autenticidad, lo cual debe ser desvirtuado mediante prueba en contrario.

Ya habíamos referido, que la remisión del expediente administrativo ante el contencioso administrativo es una obligación y no una carga por parte de la administración pública, de lo contrario, su no remisión por parte del órgano obligado hacerlo, desvela la presunción, que el acto así realizado, se hizo con prescindencia total de procedimiento, lo que constituye un vicio de tal magnitud, que hace nulo de nulidad absoluta el acto administrativo, lo que en si mismo constituye, una presunción favorable para la pretensión del administrado dentro del contencioso administrativo.

Ahora bien, se ha discutido mucho sobre la oportunidad procesal para presentar dichos antecedentes administrativo, y la oportunidad para impugnarlos. En ese sentido la Sala Política Administrativa, después de profundas dudas y opiniones disímiles, estableció en la sentencia N° 01257, de fecha 12 de julio de 2007, anteriormente mencionada, el criterio para producir dichos antecedentes administrativos y su impugnación cuando expreso lo siguiente:

> "...En consecuencia, esta Sala a fin de resumir los criterios expuestos en este fallo, establece lo siguiente:
>
> - El expediente administrativo debe ser llevado correcta y ordenadamente foliado por el órgano administrativo que sustancie el expediente, en la forma prevista en el artículo 25 del Código de Procedimiento Civil.
> - Las nociones de "expediente administrativo" y "documentos administrativos" son distintas, en los términos expuestos en el presente fallo.
> - Dada la importancia del expediente administrativo dentro del proceso contencioso administrativo de anulación, esta Sala ratifica su criterio en el sentido que su producción en juicio no está sometida a las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil, por lo que podrá ser valorado como prueba por el juez, aun si su consignación en autos se realiza después del acto de informes.

La Sala Política Administrativa, en esa misma sentencia, dejo sentado el criterio respecto a la forma y oportunidad para impugnar el expediente o antecedentes administrativos, cuando expresa:

- La forma de impugnar las copias certificadas del expediente administrativo, se rigen por el régimen dispuesto para la impugnación de las copias simples previstas en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil.
- Las oportunidades de impugnación serán las siguientes: i) si el expediente llega antes del inicio del lapso de promoción o durante el mismo, la oportunidad de impugnación será dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del lapso de promoción; ii) si llegase con posterioridad a la oportunidad anteriormente indicada y hasta el acto de informes, será dentro de los cinco días siguientes a su consignación en el expediente, en el entendido de que las partes estén a derecho y no esté paralizada la causa por cualquier motivo y; iii) si el expediente fuese consignado después de vista la causa, el lapso de los cinco días para la impugnación comenzará a computarse desde el día inmediatamente siguiente a que conste en autos cualquier actuación del recurrente. En los dos últimos casos, de ser necesario, se abrirá la articulación probatoria prevista en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil."

Como hemos podido observar, la Sala Política Administrativa atemperó el criterio, en cuanto a la oportunidad procesal para presentar los antecedentes administrativos, en función de esa especial categoría, como instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, así como la oportunidad procesal para impugnarlos dentro del contencioso administrativo, dejando con diáfana claridad, la actuación temporal, tanto de la administración pública como la del recurrente, en lo atinente a los antecedentes administrativos, según sean sus intereses.

7. Del documento público administrativo

Se ha debatido mucho sobre la naturaleza jurídica del documento administrativo, en un primer intento la sala Política Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en fecha 28 de mayo de 1998, sobre los documentos administrativos, en el caso de consorcio Hidroeléctrica Caroní contra C.V.G. EDELCA, expresó lo siguiente:

> "... Estas especies de documentos -los administrativos- conforman una tercera categoría dentro del género de la prueba documental, y por tanto, no pueden asimilarse plenamente a los documentos públicos, ni a los documentos privados. La especialidad de los antecedentes administrativos radica fundamentalmente, en que gozan de una presunción de legitimidad, autenticidad y veracidad, pero tal presunción puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Se distingue así esta especie de documentos de los instrumentos públicos, que se solo pueden ser impugnados mediante la tacha de falsedad; y de los meros documentos privados, que pueden ser incluso, desconocidos en contenido y firma por el adversario."

No debemos confundir el documento público administrativo, con el acto administrativo y con los antecedentes administrativos, aún cuando los mismos tienen en común a la propia administración pública.

El acto administrativo que contiene un documento administrativo, es una declaración de una autoridad administrativa, de conformidad con el contenido

del artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cuyo autor es un funcionario público, que le da carácter de público o auténtico a su autoría, firma, sello y fecha, sin que sea necesario ratificarlo en juicio. En razón de su autenticidad con carácter de público, se presume su legitimidad, salvo que sea destruida mediante la pretensión contencioso administrativo de nulidad.

El documento público administrativo, es de naturaleza diversa, que puede generar efectos jurídicos por sí mismo, por tratarse de una verdadera declaración, decisión; o de acto preparatorio, un acto contentivo de elementos de hecho, tales como los contratos de concesión de obras públicas, que son extendidos y suscritos por funcionarios públicos, que al no ser documentos privados o públicos, sino una tercera categoría de documentos, que resultan aplicables las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil en materia probatoria, los cuales entre otras pueden producirse en juicio, hasta los últimos informes.

Sin embargo, el expediente administrativo como referimos antes, es un compendio de manifestaciones o actuaciones que conforman la mayoría de las actuaciones vertidas en sede administrativa, entre ellos encontramos actos preparatorios, inspecciones, informaciones, dictámenes, certificaciones

o declaraciones de particulares, que en mucho casos contienen documentos públicos, privados y documentos públicos administrativos, los cuales son vertidos en un procedimiento administrativo, se diferencia del documento administrativo, que aun cuando proviene de la administración pública su autoría no lo es un funcionario público en concreto, debe ser remitido por la administración pública por requerimiento del juez contencioso administrativo.

Resulta a veces, una practica viciosa de algunos Tribunales Contencioso Administrativo, de solicitar varias veces y en diferentes oportunidades, mediante oficio, los antecedentes o expedientes administrativos a la administración pública, siendo lo correcto un sólo requerimiento por parte del juez, toda vez, que la remisión del expediente administrativo, constituye una obligación para la administración pública, quien está en el deber de remitirlo en copias certificadas inmediatamente, al primer requerimiento judicial, de lo contrario, constituye una presunción favorable para la pretensión del administrado, dentro del contencioso administrativo, además, que de tales actuaciones o documentales contenidas en dicho expediente administrativo, se nutre el proceso, por lo que su incorporación a la causa, patentiza el ejercicio del derecho de defensa de las partes y la garantiza del debido proceso.

CAPITULO VII

OMISIÓN O LIMITACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

El Tribunal Supremo de Justicia fue creado en la Constitución de 1999, sustituyendo a la Corte Suprema de Justicia, creada esta por la Constitución de 1961, que a su vez, nació al fusionar en una sola, las dos Cortes que había creado la Constitución de 1953, esto es, la Corte Federal y la Corte de Casación. Estas a su vez, habían sustituido, a la Corte Suprema de Justicia creada por la Constitución de 1947, en sustitución de la Corte Federal y de Casación que funcionó durante la primera mitad del Siglo XX desde que fue creada por la Constitución de 1904.

No ha sido infrecuente, por tanto, en nuestra historia institucional, los cambios de nombre dados por los Constituyentes al más alto Tribunal de la República. En la Constitución de 1999, además se lo regula compuesta por seis Salas: las Salas Constitucional, Político-Administrativa, Electoral, de Casación Civil, Casación Penal y de Casación Social, cuya integración y competencia se remite a la ley orgánica, regulándose en la Constitución

solamente la competencia de la Sala Social en lo referente a la casación agraria, laboral y de menores.

Estas salas, como lo ha determinado la Sala Constitucional, tienen "el mismo grado jerárquico y todas representan en el ámbito de sus competencias al Tribunal Supremo de Justicia como máximo representante del Poder Judicial", observando además, no sólo que "dentro de la configuración de los tribunales de la República, el Tribunal Supremo de Justicia (antes Corte Suprema de Justicia) es el órgano máximo dentro de la administración de justicia, no estando sus decisiones sujetas a control de otro órgano, por estar el mismo en la cúspide del Poder Judicial"; sino que "dentro de la estructura del Alto Tribunal, no se encuentra una Sala que tenga preeminencia sobre el resto como quedó expuesto, todas las Salas conservan el mismo grado de jerarquía dentro de dicho órgano, atendiendo a las materias que le competen a cada una de ellas.

La Sala Constitucional, sin embargo, al analizar su propia potestad de revisar las sentencias de las otras Salas, por razones de inconstitucionalidad, lo cual no estaba regulado en la Constitución, posteriormente señaló que dicha "competencia revisora de la Sala Constitucional no es jerárquica sino potestativa".

Por otro lado, es lamentable que las condiciones para ser magistrado del Tribunal Supremo, no sólo estas fueron violentadas con motivo de su designación, efectuada por la Asamblea Nacional Constituyente, en diciembre de 1999, sino por la Asamblea Nacional en el 2000, conforme a la "Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitucional", de fecha 14 de noviembre de 2000. Dicha Ley fue objeto de nulidad por inconstitucionalidad, intentada por la Defensoría del Pueblo, y al momento de pronunciarse la Sala Constitucional sobre la admisibilidad de la pretensión de amparo que había sido formulada conjuntamente, ésta mediante auto de 12 de diciembre de 2006, se desligó de la Constitución en cuanto al cumplimiento de las condiciones de elegibilidad previstas en el artículo 263 constitucional.

Respecto de los Magistrado en funciones, que habían sido designados provisionalmente en fecha 22 de diciembre de 1999, y que aspiraban ser "ratificados" (decidiendo, por tanto, en su propia causa, contra todo principio del estado de derecho); se estableció el argumento de que la figura de la "ratificación" no estaba prevista en la Constitución, por lo que el artículo 263 de la misma, supuestamente, sólo se aplicaría cuando los Magistrados fueran a designarse ex novo, pero no cuando fueran a ser ratificados, ante tal

situación por lo demás política, la ley orgánica en estudio, fue promulgada prematuramente con todos las inconsistencias procesales, jurídicas y gramaticales, así como peca de una inadecuada técnica legislativa.

Del contenido de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, podemos constatar, la desaplicación del principio de libertad probatoria en el contencioso administrativo, principio en que las partes gozan de la libertad para obtener y llevar al proceso todas aquellas pruebas que sean legales y pertinentes para la demostración de los hechos, tal como lo preveía la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en sus artículos 107 y 127, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil.

Conforme a éste principio las partes podían hacer uso de todos los medios probatorios, no sólo de los previstos en el Código de Procedimiento Civil y el Código Civil, por remisión de la abolida Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sino de todas aquellas reguladas en otras leyes o, que no estén expresamente prohibido por éstas.

Como hemos referido anteriormente el texto de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su aparte 10º, del artículo 19, enumera

taxativamente los medios de pruebas que pueden hacerse valer ante el procedimiento contencioso administrativo, cuando, establece lo siguiente:

> "...En los procedimientos que se tramiten ante el Tribunal Supremo de Justicia sólo se admitirán como medios probatorios la experticia, la inspección judicial, incluyendo aquellos documentos que formen parte de los archivos de la Administración Pública, cuando haya constancia que la prueba que de ellos se pretende deducir no puede llevarse de otro modo a los autos las posiciones juradas y los instrumentos públicos o privados."

De allí que se infiere la omisión del legislador patrio, al no establecer unos concretos y determinados medios de pruebas, a saber: El Juramento Decisorio contenido en el artículo 420, del Código de Procedimiento Civil, Documento Privado emanados de terceros ratificados mediante la prueba de testigos, contenido en el artículo 431 eiusdem; Exhibición de Documentos, contenido en el artículo 436 eiusdem; Cotejo, contenido en el artículo 445 eiusdem; Medios de reproducción Técnica, contenido en el artículo 502, ibidem, aún cuando todos ellos van a converger como documentales en el proceso de que se trate, estos debieron ser establecidos expresamente en el aparte 10°, del artículo 19, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, al no ser, que de la expresión utilizada por el legislador patrio, sobre las documentales públicas, quiso o pretendía abarcadas todos los medios

probatorios señalados anteriormente, lo cual a todas luces, resulta una verdadera y evidente ligereza.

Otro de los medios de prueba excluidos expresamente por la norma en comentario, es lo relativo a la prueba de **Testigos,** de los contenidos en los artículos 1387 y ss del Código civil y el artículo 477 y ss del Código de Procedimiento Civil, los cuales serán objeto de un mesurado comentario.

Como pudimos observar, nuestro legislador patrio incurrió en una evidente limitación de los medios de pruebas, en especial, sobre la prueba de testigo, objeto de la presente investigación, lo cual no pareciera constituir una simple laguna legal, sino una verdadera omisión legislativa, que dentro de las múltiples clasificaciones que ha confeccionado la doctrina sobre las omisiones, lo cual no pretendemos hacer profusa mención, enunciaremos simplemente la referida a las omisiones legislativas, según sus causas, por "Incumplimiento del deber de Protección de los Derechos Constitucionales", por lo que en lo sucesivo al referirnos a la *omisión legislativo*, estaremos aludiendo esa clasificación, por lo que ineludiblemente debemos penetrar en analizar cierto postulados vertidos en nuestra Carta Magna, para así confeccionar la herramienta apropiada para su debida aplicación dentro del estamento contencioso administrativo.

1. Noción de omisión legislativa

No es fácil determinar con precisión los elementos característicos de la comisión legislativa, lo que en algunos países suelen emplear como sinónimos la inconstitucionalidad por omisión, para aludir una forma de violentar la constitución, derivada no de una acción, sino de una omisión del legislador.

Al referirnos al concepto de omisión legislativa, nos estamos refiriendo a una inactividad del legislador en el desempeño de sus funciones, que vulnera directa e indirectamente algún precepto constitucional, bien, como lo refiere Casal (2006), cuando refiere que:

> "...La omisión legislativa inconstitucional, o inconstitucionalidad por omisión, se produce cuando el legislador no observa, en tiempo razonable o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución, o cuando, en el cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber sido omitidas previsiones que la Norma Suprema exigía." (p. 200)

Como podemos observar la omisión legislativa inconstitucional no solo, obedece a una forma determinada de desconocer el mandato concreto de

legislar conforme a las exigencias de la Constitución, sino también, cuando se regula una materia de forma incompleta a la forma como la Constitución lo exige, de allí que podemos hablar de omisiones absolutas o relativas, según se trate de la ausencia total del desarrollo legal de la norma constitucional o la regulación parcial de una determinada materia.

2. De la prueba de testigo y sus efectos en el contencioso administrativo

Como hemos referido con anterioridad, el aparte 10º, del artículo 19, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, enumera *taxativamente* los medios de pruebas, sin embargo omite incluir dentro de ese abanico probatorio, a las testimoniales, que tanto el administrado como el justiciable requieren valerse de ello en un momento determinado.

Ciertamente que dentro del marco del contencioso administrativo, la prueba testimonial, no juega propiamente una posición muy activa, como suele suceder con la prueba documental, sin embargo, la misma no debe ser suprimida por el legislador, sino, que ello debe obedecer a la dinámica del juicio de que se trate, como parte de un marco estratégico de las partes en el debate probatorio, es decir, que quede a la discrecionalidad y disponibilidad

de las partes, hacer valer la prueba testifical cuando sea requerido, sin la evidente limitación impuesta por el legislador al no incorporarla al elenco probatorio, dicha prueba testimonial, lo que pone de bulto la evidente omisión por inconstitucionalidad, de la norma en comentario.

Ya la Sala Política Administrativa, de nuestro máximo tribunal de la República, mediante sentencia Nº 06013, de fecha 25 de octubre de 2005, se había pronunciado específicamente sobre el llamado Perito-testigo, haciendo suyo el principio de libertad probatoria, en el ámbito del Contencioso Tributario, que aún cuando las mismas tienen marcadas diferencias, también existen similitudes entre ambos medios de prueba, en ese sentido expreso la sala lo siguiente:

> **"...1.- De la prueba de Perito-Testigo.**
>
> "...omissis..."
>
> Ahora bien, en cuanto a la señalada prueba debe indicarse que tradicionalmente un destacado sector de la doctrina nacional, ha visto el fundamento legal de su admisibilidad en el proceso probatorio venezolano en una interpretación concatenada de los artículos 395 del Código de Procedimiento Civil, 132 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y 98 de la Ley Orgánica de Salvaguarda de Patrimonio Público (las dos últimas normativas actualmente derogadas por el Código Orgánico Procesal Penal), argumentando que la misma forma parte de las denominadas pruebas libres admitidas en

> derecho al no estar expresamente prohibidas por la ley, siendo valoradas conforme a las reglas de la sana crítica. "

En esa misma sentencia, la sala, en su constante formación pedagógica realiza un ejercicio para diferencia el Perito-Testigo, del testigo como tal cuando expresa lo siguiente:

> "...Bajo tales premisas, suele señalarse que dicha prueba de perito-testigo se diferencia del denominado testigo calificado, sub-tipo de la prueba testimonial, por cuanto al perito-testigo si bien le es dado declarar sobre hechos que percibió en el momento en que se verificaron, tal como sucede respecto del testigo ordinario, debido a que posee conocimientos especializados en una determinada área o materia, lo dicho por él en juicio encuentra mayor peso probatorio que el de un simple testigo. En tal sentido, agrega la doctrina que mientras el testigo calificado nunca será considerado como un experto, el perito-testigo podrá deponer sobre hechos deducidos a pesar de no haberlos presenciado.
>
> "...omissis..."
>
> Derivado de las consideraciones precedentes, y aun cuando tal prueba ha sido concebida como un medio distinto del testimonio, sucede que en virtud de sus múltiples similitudes, le son aplicables las normas adjetivas dictadas para regular la prueba testimonial; así por ejemplo, será procedente la aplicación de las reglas de promoción del señalado medio, sin necesidad de que medie una designación y posterior aceptación y juramentación por parte del perito-testigo, en atención a que éste no va a desempeñar un cargo judicial. Resultarán asimismo aplicables, la tacha como testigo y no la recusación como experto, siendo lo procedente para su evacuación la declaración oral sujeta a repregunta conforme a las normas

CAPITULO VIII

MECANISMOS PROCESALES ANTE LA LIMITACIÓN DE LA PRUEBA DE TESTIGOS

Existen en Venezuela distintos mecanismos, con la cual cuenta el Juez, para controlar la constitucionalidad de las actuaciones y omisiones tanto del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo, bien sean ejercidos por todos los jueces de la República, inclusive las Salas del Tribunal Supremos de Justicia, como es el ***Control Difuso***; o bien, lo ejerza única y exclusivamente la Sala Constitucional, mediante el Control Concentrado de la constitución, entre otras podemos mencionar las siguientes:

1. ***El Control Difuso sobre la constitucionalidad de las leyes***
2. ***Control Constitucional sobre Omisiones Legislativas***
3. Pretensión de Interpretación Constitucional
4. Pretensión de Revisión de Sentencia
5. Pretensión entre Conflicto de Autoridades
6. Pretensión de Colisión de Leyes
7. Demandas de Condena contra los entes públicos del estado

No pretendemos hacer un análisis de cada una de las pretensiones enumeradas anteriormente, no obstante, nos referiremos sólo a las dos (2) primeras; como mecanismo procesal ante la omisión legislativa de la prueba de testigo, una por su utilidad práctica y dada su frecuencia en el estrado judicial como los es el control difuso, y la otra, por su efectividad e idoneidad ante tales omisiones legislativa, como lo es, el control constitucional sobre omisiones legislativas.

1. El control difuso sobre la constitucionalidad de la ley

El primer mecanismo que analizaremos para preservar el contenido constitucional, es la figura del Control Difuso sobre la Constitucionalidad de la ley, figura esta, que tiene sus orígenes desde la Constitución de 1.811, en la que el artículo 277, ya preveía la Supremacía Constitucional y la obligación de preservar y acatar sus disposiciones, asimismo, fue incluida en el tiempo, en alguna leyes de la República, entre otras, en el Código de Procedimiento Civil de 1.897, en su artículo 106, en la que se consagraba que ante la posibilidad de una colisión de la norma adjetiva con la constitución, debería prevalecer esta última con todo su esplendor jurídico, conservando tal preeminencia de jerarquía constitucional en el vigente Código de Procedimiento Civil, en su artículo 20, el cual expresa que. *"...Cuando la ley*

vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.

Durante la vigencia de la Constitución de 1.961, los tribunales de instancia poco actividad emplearon en la aplicación del control difuso, diríamos que fue casi nula, sin embargo, la extinta Corte Suprema de Justicia, emitió importantes fallo relativos a la inconstitucionalidad, que todavía hoy en día siguen siendo doctrina de obligada consulta.

En vigencia de nuestra Constitución de 1999, se consagra expresamente en su artículo 334, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, imprimiéndole rango constitucional, cuando dispone lo siguiente:

> "...Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.
>
> En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.
>
> Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta

> Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella. "

De la norma transcrita *supra,* se puede constatar por una parte, la relevancia del *control difuso* sobre la constitucionalidad de las leyes, en la que están obligados, todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias, desaplicar una norma que colida con la Constitución, con el fin de asegurar su integridad, y por la otra parte, el principio del *control concentrado* de la Sala Constitucional, del Tribunal Supremo de Justicia, de declarar la nulidad de cualquier ley o actos que colidan con la Constitución. Se advierte; que en el *control difuso* son los jueces quienes en el proceso en curso, deben desaplicar la ley u otras normas con rango de ley, como los decretos-leyes, que se encuentran comprendidas las leyes estadales y las ordenanzas municipales, inclusive las normas contractuales que colida con la Constitución; y en el *control concentrado,* es la Sala Constitucional quien anula ese cuerpo normativo que colinda con la constitución.

Ha sido un tanto controversial, el hecho que una vez dictada y aprobada la norma por el órgano competente para ello, como lo es el Poder Legislativo, venga otro Poder, como el Judicial, a controlar de inconstitucional sus actuaciones u omisiones, toda vez, que los miembros de la Asamblea

Nacional, son representantes elegidos por votación popular, y son estos quienes representan al pueblo.

Sin embargo, es de medular importancia destacar, que mediante esa autoridad jurisdiccional, el estado se arroga la tutela de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos, tales garantías judiciales descansan en dos pilares fundamentales a saber: a. La imparcialidad e independencia del juez, lo que a su vez se traduce en la máxima del juez natural, es decir, que toda persona tiene el derecho de ser juzgado por su juez natural; y b. La formación y respeto al Debido Proceso, como garantía de consagración universal y del principio de ser *oído,* y propender de los *medios procesales* adecuados para su defensa, evitando y corrigiendo toda actuación que pueda vulnerar o conculcar el proceso, como instrumento fundamental para la realización de la justicia. Todo lo cual se simplifica en la materialización de una tutela judicial efectiva de los derecho del administrado, dentro de la llamada jurisdicción contenciosa administrativa, que a su vez pone de bulto, mutatis mutandi, la garantía del debido proceso y el ejercicio del derecho a la defensa, en beneficio del interesado y del interés general, tal como lo advierte el profesor Villegas (2006), cuando alude que:

> "...La jurisdicción Contenciosa Administrativa es una pieza capital de nuestro Estado de derecho. Le corresponde la misión de controlar la legalidad de la actividad administrativa, garantizando los derechos e intereses de los ciudadanos frente a las extralimitaciones de la Administración. Lo que justifica la existencia de la Jurisdicción contenciosa administrativa es asegurar en beneficio de los interesados y en interés general, el exacto sometimiento de la administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde." (p. 14)

Todo ello, recogido en nuestra vigente Carta Magna, en su artículo 26, cuyo contenido es del tenor siguiente:

> "...Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.
>
> El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles."

Con especial mención, el contenido del artículo 49.1 constitucional en lo relativo a la prueba expresa lo siguiente:

> "...Artículo 49.- El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

> 1º. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley."

Todo ello, en concordancia con el principio teleológico del proceso, cuando en su artículo 257 constitucional, expresa lo siguiente:

> "...Artículo 257.- El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales."

Como hemos podido observar, de las normas transcritas, que el derecho a probar, dentro del marco del debido proceso, constituye una herramienta o mecanismo de rango constitucional dentro del Contencioso Administrativo, para la realización de la justicia, pero esa justicia, concebida bajo el prisma que propugna el insigne procesalísta italiano, Carnelutti (1981), cuando enseña que: "...Justicia es la conformidad con una regla...por consiguiente, la composición será justa cuando conforme a la regla que en el proceso se

haya de aplicar, y por ello según los casos, cuando sea conforme a derecho o a la equidad." (p. 443)

Ello así, y en la búsqueda de esa justicia que implora el administrado, en ejercicio del derecho a la defensa, conforme a los parámetros del debido proceso, y mediante la aplicación permanente de la garantía de una tutela judicial efectiva; los jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa están investido sin dilación alguna, de la potestad de velar, -ante cualquier omisión legislativa- inclusive de la no incorporación de la prueba de testigo, dentro del elenco probatorio enumerada en el aparte 10º, del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aplicando el control difuso sobre la constitucionalidad de la norma en comentario, pues, el jurisdiciente en su formación constitucionalísta, debe observar sí efectivamente el dispositivo legal que ha de aplicar transgrede algún precepto constitucional, de conformidad con en el artículo 334 del texto fundamental y en concatenación vinculada con el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, ya que de no admitirse la prueba testifical, sería también una forma directa de conculcar o negar la primacía Constitucional, frente a la norma, esto de conformidad con el artículo 7, del propio texto fundamental, que establece: "...La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las

personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución".

Sobre ese principio de Supremacía Constitucional, la Sala, mediante sentencia Nº 033, de fecha 25 de enero de 2001, estableció lo siguiente:

> "...La Constitución es suprema, entre otras cosas, porque en ella se encuentran reconocidos y positivizados los valores básicos de la existencia individual y de la convivencia social, al tiempo que instrumenta los mecanismos democráticos y pluralistas de legitimación del Poder, tales como los relativos a la designación de las autoridades y a los mandatos respecto al cómo y al para qué se ejerce autoridad. Persigue con ello el respeto a la determinación libre y responsable de los individuos, la tolerancia ante lo diverso o lo distinto y la promoción del desarrollo armonioso de los pueblos. El principio de supremacía de la Constitución, responde a estos valores de cuya realización depende la calidad de vida y el bien común."

De suyo, que es de tal relevancia la función de protección constitucional, que si la aplicación de la ley o la norma a un caso concreto, por las particularidades del mismo, entraña una lesión o menoscabo a los derechos fundamentales de las partes, el juez, en ejercicio de su poder jurisdiccional del cual está investido, mediante el llamado "Control Difuso de la constitucionalidad", debe desaplicar la norma que pretenda colidir con los preceptos constitucionales, en esa especial situación, del caso de que se trate.

En tal sentido, la Sala Constitucional (2004), de nuestro más elevado tribunal de la República, como máximo y último interprete de la constitución, al analizar los artículos 334 y 336 del texto fundamental, mediante sentencia Nº 3.126, en el caso de la ciudadana: Ana Victoria Uribe Flores, en representación de su hijo menor, contra el ciudadano: Haim Meir Aron, estableció lo siguiente:

> "...La Sala reitera que la razón que lo justifica es la necesidad de lograr 'mayor eficacia de la conexión entre el control concentrado, que corresponde a esta Sala, y el control difuso, que corresponde a todos los jueces de la República', pues de esa manera se obtendrá 'una mayor protección del texto constitucional y se evitará la aplicación general de normas inconstitucionales o la desaplicación de normas ajustadas a la Constitución en claro perjuicio para la seguridad jurídica y el orden público constitucional'.
>
> ...(omissis)...

En esa misma sentencia la sala, marca pautas, cuando un tribunal de la República hace un pronunciamiento definitivamente firme sobre la desaplicación de una norma por control difuso, en ese sentido expresó:

> "...Esta Sala sólo conoce, por mandato constitucional y legal, de la revisión de fallos definitivamente firmes. Cualquier fallo en el que efectivamente se haya ejercido el control difuso, remitido sin la firmeza requerida escapa de la revisión de la Sala, pues es objeto de los recursos a que haya lugar ante los órganos jurisdiccionales que corresponda. Para la determinación de la firmeza del fallo, la

> Sala ordena, a partir de la fecha de publicación del presente fallo, que la remisión la efectúe, con la mención debida a ese carácter, el órgano judicial que quede encargado del archivo del expediente de manera definitiva, único que puede dar fe de que ya contra la decisión no procede recurso alguno; bien porque ya fueron ejercidos los existentes o precluyeron los lapsos para ello. En otros términos, el control de esta Sala se realizará respecto de aquellos fallos en los que efectivamente se haga un pronunciamiento definitivamente firme sobre la desaplicación de una norma por control difuso, independientemente de que el juez de alzada confirme o no el fallo que sobre esta materia dicte el tribunal de la primera instancia."

En ese mismo sentido la Sala Política Administrativa (2003), mediante sentencia Nº 0043, ya se había pronunciado sobre el tema del "Control Difuso", en el caso del Fisco Nacional, contra Tarjeta Banvenez, S.A., en cuya oportunidad se expresó al tenor siguiente:

> "...En el contexto debatido, es pertinente observar las particularidades del control difuso, que radica en la posibilidad que tiene todo juez de causa en los asuntos sometidos a su consideración, de señalar que una norma jurídica de cualquier categoría, bien legal o sublegal, es incompatible con el texto constitucional, procediendo dicho juzgador, bien de oficio o a instancia de parte, a desaplicar y dejar sin efecto legal la señalada norma en el caso concreto, tutelando así la norma constitucional que resultaba vulnerada. De igual forma, esta desaplicación ocurre respecto a la causa en particular o caso concreto que esté conociendo el sentenciador, mas no así con efectos generales, por cuanto ello entrañaría otro tipo de pronunciamiento que escaparía del ámbito competencial de los mismos."

Con especial atención sobre la prueba testimonial, nuestro más elevado tribunal de la República, en Sala Política Administrativa (2004), mediante sentencia Nº 01676, en el caso de Rosa Aura Chirinos Nava contra el Municipio José Laurencio Silva Del Estado Falcón, en el ejercicio de la tutela constitucional de las normas, la Sala expreso lo siguiente:

> "...Así las cosas y volviendo al examen del aparte once del artículo 19 de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, considera esta Sala que la limitación consagrada en dicho dispositivo, respecto de los medios de prueba que pueden promover las partes en aquellas demandas, solicitudes o recursos ejercidos, en primera instancia, por ante este Supremo Tribunal, constituye una limitación excesiva al derecho a la defensa de los justiciables consagrado en el artículo 49 de la Constitución, la cual vacía prácticamente dicho derecho de contenido, toda vez que se excluyen otros medios probatorios que en determinados casos, por estarse ventilando en primera y única instancia, resultan pertinentes e incluso los únicos para demostrar las pretensiones que se quieren hacer valer en juicio.
>
> "...omissis..."
>
> Advertida como ha sido la excesiva limitación al derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva derivada del aparte once del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, debe destacar esta Sala que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra consagrado el sistema del control difuso de la constitucionalidad de normas, el cual permite desaplicar en el caso concreto una norma legal o sub-legal que colida con alguna disposición o principio Constitucional."

Es por todo ello, que dentro del marco de un proceso judicial cónsono con los postulados constitucionales, la aplicación literal de una norma jurídica, implicaría una indebida desigualdad procesal y una indeseable inseguridad jurídica, que atentaría como dijimos antes, contra el derecho a la defensa, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y al principio teleológico del proceso, produciendo una marcada nugatoria al principio de Supremacía Constitucional.

Es por ello, que el juez contencioso administrativo, ante la posibilidad que los sujetos que conforman la relación jurídica procesal, promuevan la *prueba de testigo* en el lapso legal correspondiente, éste deberá admitirla, en aplicación del control difuso sobre la constitucionalidad por omisión de la norma contenida en el aparte 10º, del artículo 19, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por lo que tan sólo le quedará revisar al jurisdicente, si la misma llena los extremos de procedibilidad establecidos en el artículo 477 y ss., del Código de Procedimiento Civil, pues, la libertad de los medios de pruebas, les permitirá siempre a las partes, valerse de un abanico de posibilidades, para ejercer mejor y adecuadamente la defensa de sus derechos e intereses, salvo. aquellas pruebas, expresamente prohibidos por la ley o que no resulten pertinentes para la demostración de sus afirmaciones de hecho, por lo que el Abogado en el ejercicio de la profesión, como

colaborador en la administración de justicia, así como el propio jurisdiscente, como operador de justicia, deben rechazar *ab initio* cualquier intención aviesa o tendente a restringir, la admisibilidad de cualquiera que sea los medios probatorios, que se quiera hacer valer en juicio para dirimir el mérito de la controversia planteada.

El connotado autor patrio Kiriakidis (2009), al comentar la sentencia N° 01676, de la Sala Política Administrativa, trascrita anteriormente, opina que con el pronunciamiento emitido por la sala, en desaplicación de la norma en comentario, se encuentra resuelta la situación sobre las limitaciones de los medios probatorios en primera instancia. De lo que disentimos, por cuanto, si bien es cierto que dicha Sala desaplicó por inconstitucional la norma contenida en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, no es menos cierto, que sus efectos se circunscriben sólo a los casos que conoce la propia Sala, pero no para todos los demás casos que se ventilan ante los tribunales de la República, pues, la Sala Constitucional, mediante sentencia Nº 3.648, de fecha 19 de diciembre de 2003, estableció que "...las acciones provenientes de los derechos e intereses difusos o colectivos son siempre acciones de condena, o establecedora de situaciones, y nunca mero declarativas o constitutivas."

De allí que cuando ese control difuso, es aplicado por algunas de las Salas del Tribunal Supremo, como la comentada anteriormente, en virtud de su jerarquía dentro de la organización judicial, éstas adquieren cierto alcance general, sin que con ello, acarreé la anulación de la norma legal de que se trate, ni su desaparición del ordenamiento jurídico, es decir, su contenido no es de aplicación para todos los tribunales de la República, salvo que esa interpretación, la haga la Sala Constitucional, como máximo y último interprete de la constitucionalidad de las normas, en cuyo caso, su opinión tendría carácter vinculante "...sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales", de conformidad con el artículo 335 de la Constitución, en la que obligan, tanto a los Tribunales de la República y a las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

1.1. Órgano competente en aplicación del control difuso

A tenor del contenido del artículo 334, de nuestra Carta Magna, el control difuso de la constitucionalidad de las normas antes estudiadas, le corresponden en forma obligatoria a todos y cada uno de los jueces o juezas de la República, que conforman el Poder judicial, inclusive las diferentes Salas del Tribunal Supremo de Justicia, en el ámbito de sus competencias y conforme a las previsiones contenidas en la propia Constitución, asegurar su

integridad, nótese que no es una simple facultad sino un deber ineludible. En ese sentido, la Jurisprudencia patria, ha ampliado es abanico, incluyendo dentro de los órganos obligados a aplicar el control difuso, aquellos órganos con competencia sobre los medios alternativos de resolución de conflictos, como los Tribunales arbitrarles, negándole sin embargo, toda posibilidad que los órganos de la administración pública, puedan aplicar en un momento dado, el control difuso, ni siquiera para aquellos órganos que se rigen por procedimientos cuasi-jurisdiccionales.

Pareciere que en principio, el mecanismo apropiado, que cuentan todos los jueces y juezas de la República, para hacer respetar y garantizar la integridad de la constitución, lo sería la desaplicación de la norma jurídica que colida con los postulados consagrados en nuestra Carta Magna, mediante el control difuso de la constitucionalidad de la norma, pero esto no es totalmente cierto, ya que éste no es el más idóneo, para restablecer el menoscabo a los preceptos constitucionales, por efecto de las omisiones legislativas, por cuanto el control difuso sobre la constitucionalidad de la norma, antes estudiada, tiene sus efectos limitados o provisorios, sólo para cada caso en particular y concreto, es decir, para el proceso en curso, más no, para todos los casos que se ventilan ante el contencioso administrativo.

Sin embargo, pensamos, como así lo ha hecho en otros casos similares, que la Sala Constitucional, sin que con ello, llegue a legislar, establezca los criterios jurídicos apropiados, para la inmediata aplicación judicial de la norma afectada por ese silencio legislativo, cuando éste conspire contra la plena eficacia y naturaleza de la norma constitucional, incluyendo simple y llanamente la prueba testimonial, dentro del elenco probatorio en el contencioso administrativo, no obstante a ello, existe actualmente el adecuado e idóneo control sobre la constitucionalidad de las leyes, para afrontar tales omisiones legislativas, como veremos de seguida.

2. El Control jurisdiccional idóneo contra las omisiones legislativas

En Venezuela, se ha venido empleando con poca frecuencia, el Control sobre la Constitucionalidad de las Leyes, para afrontar las omisiones legislativas, la cual se encuentra contenida en el numeral 7, del artículo 336 de nuestra Carta magna, como una de las atribuciones con la que cuenta la Sala Constitucional de nuestro más elevado tribunal de la República, para declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo nacional, estadal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompletas; estableciendo un plazo para su

cumplimiento y de ser necesario, efectuar ciertos lineamientos para su debida corrección.

Definir la omisión legislativa, se muestra un tanto complicado, para cuyo ejercicio se prescinda de algún elemento característico de ésta valiosísima institución constitucional, sin embargo, nos parece acertada la opinión del maestro Casal (2006), cuando expresa:

> "...La omisión legislativa inconstitucional, o inconstitucionalidad por omisión, se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o en que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar, expresa o implícitamente, por la Constitución, o cuando, en el cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber sido omitidas previsiones que la Norma Suprema exigía". (p.200)

Como podemos observar, son objeto del control constitucional tanto las omisiones legislativas absolutas como las relativas, estas últimas de sumo interés para la investigación, aplicada al caso en estudio, es decir, aquella omisión en la que se haya dictado una norma en forma incompleta, como es lo concerniente a la prueba de testigos, antes estudiada, en cuyo caso, se podrá interponer la pretensión de inconstitucional contra la omisión producida por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de hacer reparar la inconstitucionalidad advertida, en la que se incluya la prueba

testimonial dentro del elenco probatorio en el contencioso administrativo, por cuanto ese silencio legislativo, podría generar ante el justiciable, una evidente inseguridad jurídica, en virtud de la cual debe ser allanada para lograr la concreta operatividad del precepto constitucional.

En cuanto a la ***legitimatio ad procesum*** para la interposición de la pretensión directa de inconstitucionalidad por omisión legislativa, sería la misma legitimación acordada para la pretensión de inconstitucionalidad contra leyes, por venir sobre omisiones originadas por un órgano legislativo, como lo es la Asamblea Nacional.

Para éste tipo de pretensión directa de inconstitucionalidad por omisión legislativa, no se tiene definido concretamente un procedimiento aplicable, por lo que se sugiere la aplicación para ello, por analogía, del procedimiento contemplado para la pretensión de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales, contenido en el aparte 20, del artículo 21, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia o bien por el procedimiento establecido en el artículo 76, de la novísima Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (sin promulgación aún) o aquel procedimiento, que la propia Sala Constitucional, como órgano jurisdiccional con marcada especialización de tutela, tendente a asegurar la integridad, supremacía y

efectividad de la Constitución establezca en el uso de tales facultades de conformidad con el artículo 266, en la cual define las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, entre otras las de ejercer la jurisdicción constitucional conforme al Título VIII de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En ese sentido, la sentencia que dicte la Sala Constitucional, con motivo del ejercicio de la pretensión contra las omisiones legislativas, es lograr el pronunciamiento de inconstitucionalidad de esa omisión relativa de la norma, en la que aquella exhorta al órgano legislativo, esto es, a la Asamblea Nacional, para que dentro de un determinado plazo y haciendo determinadas recomendaciones, de ser necesarias, en la que la omisión debe ser reparada o corregida, sin que esto implique usurpación de funciones o extralimitaciones de atribuciones, por parte del Tribunal Supremo de Justicia, incluyendo de ésta forma la prueba testimonial dentro del elenco probatorio en el contencioso administrativo, de conformidad con el numeral 12º del artículo 5, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, inscribiendo en el aparte 10º, del artículo 19 *eiusdem*, como medio probatorio dentro del contencioso administrativo la prueba de **testigo.**

CAPITULO IX

MARCO REGULATORIO DE LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Hemos referido precedentemente, que el mecanismo idóneo para afrontar las omisiones legislativas, es la pretensión contenida en el numeral 7, del artículo 336 de nuestra Carta Magna, en la que la Sala Constitucional puede declarar la *inconstitucionalidad de las omisiones* del poder legislativo nacional, estadal o municipal, cuando hayan dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las que se hayan dictado en forma incompleta, figura ésta que aún en curso o en vigencia de la Ley Orgánica de Jurisdicción Contencioso Administrativa, conservará todo su vigor, en la de asegurar la integridad, supremacía y efectividad de la Constitución, por lo que dicha pretensión no perderá su proponibilidad y admisión en el contencioso administrativo, aún en vigencia de ese último texto normativo orgánico.

Hemos creído de interés, incluir dentro de la investigación, aunque sea brevemente, lo relativo al contenido de esa novísima Ley Orgánica de Jurisdicción Contencioso Administrativo, por cuanto en el curso de ésta, en

forma sobrevenida, la Asamblea Nacional, como dijimos la aprobó en segunda discusión dicha ley, para luego la Sala Constitucional atribuirle ese carácter orgánico, esperando su promulgación y ejecútese por parte del Presidente de la República.

Creemos necesario referirnos y hacer mención sobre dicho cuerpo normativo, en lo atinente a los medios de prueba y sus tramitaciones en el contencioso administrativo, aún cuando ésta no estuviere vigente, pero prevenida a su promulgación y ejecútese en Gaceta Oficial, mediante su publicación en los próximos días, cuyo vigencia le daría un vuelco total a la investigación, por cuanto ésta se circunscribe a la *"Limitación de la prueba en el contencioso administrativo"*, en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la cual para este preciso momento regula todo lo concerniente el contenciosos administrativo, por lo que al ser derogada parcialmente ésta ley, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Jurisdicción Contencioso Administrativa, debemos revisar si esta también consagra tales limitaciones probatorias.

En efecto, dicha Ley Orgánica de Jurisdicción Contencioso Administrativa, fue sancionada y aprobada en segunda discusión por la Asamblea Nacional, en fecha 15 de diciembre de 2.009, de conformidad con el artículo 209 de la

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual entrará en vigencia pasado como fueren noventa (90) días a su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con la Disposición Final Única, de la Ley, previa promulgación y ejecútese por parte del presidente de la República, de conformidad con los artículos 214 y 215 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aún en espera de ello.

En ese contexto estructural, y de conformidad con el artículo 203 eiusdem, la asamblea Nacional remitió la ley calificada como orgánica a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien en fecha 23 de abril de 2010, mediante sentencia Nº 290, declaró que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa TIENE EL CARÁCTER ORGÁNICO, tal como le fuere atribuido por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. En su estructura orgánica la misma cuenta con Cuatro (4) Títulos, una (1) Disposición Derogatoria, una (1) Disposición Transitoria, una (1) Disposición Final y 111 artículos.

Dicho texto orgánico en su Título I, referido a las "Disposiciones Fundamentales", establece en su artículo 1º, el objeto de la ley, la organización, funcionamiento y competencia de los órganos de la

Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir, que reconoce el principio de universalidad del control jurisdiccional.

No obstante, de un exhaustivo estudio que se hiciera a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, hemos podido constatar que dicha ley no establece expresamente los medios de pruebas admisibles en el contencioso administrativo, pero que tampoco los limita como si lo hizo el aparte 10º del artículo 19, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, antes estudiado, menos aún, prohíbe los medios de pruebas, no obstante entendemos, por aplicación analógica del artículo 31 de esa ley cuando expresa que: "...Las demandas ejercidas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa se tramitarán conforme a lo previsto en esta Ley; supletoriamente, se aplicarán las normas de procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y del Código de Procedimiento Civil.", por lo que dentro del marco del contencioso administrativo una vez entrada en vigencia la ley, debe permitirse todo género de prueba, conforme al principio de libertad probatoria, tal como lo preveía expresamente la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en sus artículos 107 y 127, en concordancia con lo dispuesto en el Código Civil y Código de Procedimiento Civil.

Para mayor abundamiento la Disposición Derogatoria Única de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece expresamente que "...se derogan todas las disposiciones del ordenamiento jurídico que colidan con ésta ley...", siendo que el régimen de libertad probatoria contenida tanto en el Código Civil, Código de Procedimiento Civil y demás leyes que establecen algún tipo de prueba, no coliden con la disposiciones contenida en dicha ley orgánica, por lo tanto, es permisible en el contencioso administrativo el principio de libertad probatoria, en que las partes gozan de la autonomía para obtener y llevar al proceso todas aquellas pruebas que le sean pertinentes para la demostración de sus alegatos y defensas, e inclusive la norma en comentario, en su único aparte va mas allá, cuando establece que: "...Cuando el ordenamiento jurídico no contemple un procedimiento especial, el Juez o Jueza podrá aplicar el que considere más conveniente para la realización de la justicia...", todo ello, en concatenación al principio teleológico del proceso, contenido en el artículo 257 de nuestra Carta Magna cuando nos enseña que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia.

En perfecta armonía con lo anteriormente expresado, el artículo 395, del Código de Procedimiento Civil, establece el principio de libertad probatoria, cuando expresa: "...Pueden también las partes valerse de cualquier otro

medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones", es decir, que las partes contendientes pueden valerse de todos los medios de prueba que no estén expresamente prohibido por la ley para demostrar la verdad sobre sus respectivas afirmaciones de hecho, así también, el artículo 83, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece que Dentro de la Audiencia de Juicio "...las partes podrán promover sus medios de pruebas", lo que sugiere la idea, que se trata de todos los medios de pruebas que las partes tengan a bien, sin limitación alguna, sólo que estas sean legales y pertinentes.

Esto así se justifica, porque el justiciable debe contar con ese abanico de posibilidad, de hacerse libremente de todos los medios probatorios, y no solamente, los establecidos en el Código Civil y Código de Procedimiento Civil, sino también, aquellos medios de pruebas establecidos en leyes especiales, tales como las firmas, mensajes y datos electrónicos, etc., robusteciendo siempre los principios de libertad probatoria como alude Rivera (2006) "...Así que nuestro sistema probatorio consagra el camino de la condición de *numerus apertus* de las pruebas, lo que permite la introducción de diversos medios probatorios." (p. 303)

1. Aplicación temporal de la ley

Hechas las anteriores consideraciones, nos correspondería ahora, establecer el criterio imperante, una vez que entre en vigencia la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para la aplicación de ese principio de libertad probatoria, antes referido.

En ese sentido, debemos revisar el contenido del artículo 9 del Código de Procedimiento Civil, en que dispone la aplicación inmediata de la ley procesal desde su entrada en vigencia, cuando refiere expresamente lo siguiente: "...La ley procesal se aplicará desde que entre en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en este caso, los actos y hechos ya cumplidos y sus efectos procesales no verificados todavía, se regularán por la ley anterior..."; como podemos observar, dicha ley contempla y reconoce el principio de aplicación inmediata de las normas procesales, sin efectos retroactivos en su aplicación, es decir, reconoce el principio de irretroactividad de la ley.

Asimismo, el artículo 3º *eiudem*, consagra el principio general, *perpetuatio jurisdictionis*, cuyo origen proviene del derecho romano, en la que tradicionalmente la doctrina ha contemplado tanto para la jurisdicción como

para la competencia, según el cual, las reglas sobre la jurisdicción y la competencia deben tomarse en cuenta para todo el transcurso del proceso, ante los cambios sobrevenidos en ellas; son reglas o criterios atributivos que existen antes o después de la presentación de la demanda; modernamente esos cambios sobre la competencia se ha denominado *perpetuatio fori* consagrado en el artículo 12 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (1994).

En cuanto a ello, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, consagra expresamente tales principios, perpetuatio *jurisdictionis y perpetuatio fori*, cuando en las Disposiciones Transitorias Cuarta y Quinta, establece lo siguiente:

> **Cuarta.** Las causas que se encuentren en primera instancia, se regirán en la forma siguiente:
>
> 1.- En los procedimientos en los cuales no se haya efectuado el acto de informes, el Tribunal fijará un lapso de diez días de despacho para que las partes los presenten por escrito. El día de despacho siguiente, el tribunal dirá vistos y sentenciará dentro de los sesenta días continuos siguientes.
>
> 2.- Las causas en curso a la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, se tramitarán conforme a las reglas establecidas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, hasta que concluya el lapso probatorio. A partir de

esta fase se aplicará la regla prevista en el numeral anterior.

Quinta. Las causas que cursen en segunda instancia serán resueltas de conformidad con lo establecido en esta Ley.

En ese sentido, una vez entrada en vigencia dicha ley orgánica, los procedimientos en primera instancia, en los cuales no se haya efectuado el acto de informes, el Tribunal fijará un lapso de diez (10) días de despacho, para que las partes los presenten por escrito. El día de despacho siguiente, el tribunal estampará un auto, donde expresara vistos para sentencia, y sentenciará dentro de los sesenta (60) días continuos siguientes.

Por otro lado, cuando las causas se encuentren en curso a la fecha de entrada en vigencia de la Ley en comentario, estas se seguirán tramitando conforme a las reglas establecidas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, hasta que concluya el lapso probatorio. A partir de esta fase se aplicará la regla prevista en el numeral anterior, sobre la presentación de los informes y luego sentenciará.

Sin embargo, respecto a las causas que cursen en segunda instancia, serán resueltas de conformidad con lo establecido en esta Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo cual veremos infra.

De todo ello podemos colegir que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, prevé la existencia de esos dos principios, perpetuatio *jurisdictionis y perpetuatio fori*, en armonía con los preceptos constitucionales, el artículo 2, preceptúa "...que Venezuela se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que propugna, como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia..."; por lo que consideramos que estos principios se encuentran armonizados con toda plenitud, con los valores, principios, garantías y normas procesales constitucionales vigentes, tales como los derechos fundamentales del justiciable, a una justicia accesible, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, y a un proceso sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles y al servicio de la justicia, en concordancia con los artículos 26, 49 y 257 *eiusdem.*

Vertida la anterior aclaratoria, sobre la aplicación temporal de la ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, observamos que esta contempla en el Capítulo II, del Título IV, tres (3) Procedimientos bien definidos dentro del estamento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los cuales se pueden seguir, en Primera como en Segunda Instancia, de cuyos grados de jurisdicción se hace referencia sobre los medios de

pruebas, según sea la pretensión escogida por la parte interesada, veamos de seguida los siguientes:

2. Del procedimiento en primera instancia:

2.1. **Procedimiento de contenido patrimonial**: Se establece el procedimiento para la sustanciación de las demandas de contenido patrimonial, el cual, supone una audiencia preliminar donde se determinarán los límites de la controversia, así como la promoción de los medios probatorios en que las partes sustentan sus afirmaciones y la posibilidad de la participación popular en dicho procedimiento, con la facultad del juez para designar, entre los presentes, quién representará a las manifestaciones populares (consejos comunales, colectivos, etc.,) que deseen intervenir. En éste procedimiento:

2.1.1. Se regula la oportunidad para dar contestación de la demanda dentro de los diez (10) días de despacho siguientes a la Audiencia Preliminar, en cuya oportunidad la parte deberá presentar los documentos probatorios.

2.1.2. Dentro de los cinco (5) días de despacho siguiente al vencimiento de la Contestación de la Demanda, las partes podrán *promover sus respectivas pruebas,* así como expresar dentro de los tres (3) días siguiente a dicha promoción, si convienen en algún hecho o se oponen a las pruebas de la parte contraria, que aparezcan que son ilegales o impertinentes.

2.1.3. Vencido dicho lapso el Juez admitirá dentro de los tres (3) días siguientes, aquella prueba que no resulten ilegales o impertinentes, ordenando a evacuar aquellos medios que se requieran, contando para ello con diez (10) días de despacho, prorrogable a instancia de parte por diez (10) días de despacho más. Sin embargo, aquellos medios de pruebas que no requieran ser evacuados, se suprimirá dicho lapso de evacuación.

2.2. Procedimiento breve de contenido no patrimonial, ni indemnizatorio. Se establece el procedimiento para la sustanciación de las demandas de contenido no patrimonial o indemnizatorio, tales como:

- Reclamos por la omisión, demora o deficiente en la prestación de los servicios públicos.
- Vías de hecho.
- Abstención.

2.2.1. Una vez admitida la demanda y recibido el informe por parte del demandado, sobre la causa de la demora, omisión o deficiencia del servicio público, de la abstención o de las vías de hecho, según sea el caso, el tribunal dentro de los diez días de despacho siguientes, realizará la audiencia oral oyendo a las partes, a los notificados y demás interesados, quienes pueden presentar sus respectivas pruebas. En dicha audiencia el tribunal las admitirá el mismo día o el siguiente, ordenando su evacuación cuando así se requiera.

2.2.2. En casos especiales el tribunal podrá prorrogar la audiencia, de lo contrario, una vez finalizada la misma, el Juez sentenciará dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes.

2.3. Procedimiento común para las demandas de nulidad, interpretación y controversias administrativas. Se establece el procedimiento para la sustanciación de las demandas de:

- Nulidad de actos de efectos particulares y generales.
- Interpretación de leyes y;
- Controversias Administrativas

2.3.1. Una vez admitida la demanda, se notificará al órgano administrativo que haya dado lugar a acto que se impugna, quien remitirá el expediente o antecedentes administrativos, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.

2.3.2. Dentro de la Audiencia de Juicio las partes podrán promover los medios de prueba que tengan a bien.

2.3.3. Dentro de los tres (3) días de despacho siguientes a la celebración de la Audiencia de juicio, el Tribunal admitirá las pruebas que no sean manifiestamente ilegales o impertinentes, y ordenará la evacuación de aquellos medios de pruebas que se requieran dentro de los diez (10) días de despacho siguientes a su admisión, prorrogándose por diez (10) días de despacho más de ser requerido.

2.3.4. Dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al lapso de evacuación de prueba si las hubiera o dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la audiencia de Juicio si no se han promovido pruebas o promovidas aquellas no se requerían de evacuación las partes podrán presentar sus informes escrito.

2.3.5. Dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al vencimiento de los Informes escritos, el juez sentenciara la causa.

3. Procedimiento en Segunda Instancia.

En esta instancia, refiere que sólo podrá admitirse las *pruebas documentales*, las cuales deberán consignarse con el escrito de fundamentación de la Apelación dentro de los diez (10) días de despacho siguientes a la recepción del expediente o con la contestación a la fundamentación, o dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso del primero, según sea el caso.

No quisiéramos dejar pasar por alto, la imprecisión utilizada por el legislador patrio, al utilizar que sólo serán admitidas las "*pruebas documentales*",

durante esa instancia en segundo grado de conocimiento, sin hacer la debida distinción, si se trata de documentos públicos, privados o la tercera categoría confeccionada por la jurisprudencia, en lo relativo a los documentos públicos administrativos, en todo caso, era preferible que el legislador contencioso administrativo hubiese precisado en forma concreta y determinante que lo que se trata es de los *documentos públicos* y no cualquier tipo de documento, aún cuando la expresión utilizada sugiere la idea que se tratan de estos últimos, pero creemos que fue una simple ligereza del legislador, que trataremos de corregir con nuestros comentarios, ya que estaríamos en un evidente inconveniente, ya que de promoverse en alzada algún documento privado, necesariamente debería abrirse una articulación probatoria para que las partes puedan ejercer por su lado el principio de control y contradictorio de la prueba, sobre la verdad o no contenida en dicho documento, todo lo cual rompería aviesamente con el espirito y propósito de la celeridad y brevedad del proceso en segunda instancia.

Si de ligereza se trata, hubiese sido más cómodo utilizar las expresiones, contenidas en el artículo 520, del Código de Procedimiento Civil, es decir, que "...no se admitirán otras pruebas sino la de instrumentos públicos, la de posiciones y el juramento decisorio", aún cuando entendemos que los órganos que conforman la administración pública, no pueden ser sometidos

bajo el catálogo de las posiciones juradas ni del juramento decisorio, antes estudiado en capitulo *ut supra*.

Sin embargo, deducimos de ello, a lo que se refiere el legislador, es lo atinente, a la categoría de los *documentos públicos*, es decir, aquel documento que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez, u otro funcionario o empleado público que tenga facultades para darle fe pública, los cuales pueden ser presentados hasta los últimos informes, en el caso especifico de la ley, dentro de la oportunidad de fundamentar la apelación o la contestación a ésta, ya que ni los *documentos privados* ni los *documentos administrativos*, pueden presentarse o admitirse en el procedimiento en segunda Instancia.

En ese sentido los ***documentos privados***, es decir, aquellas declaraciones negociables o no, redactadas y firmadas por las propias partes interesadas, sin la intervención de un funcionario que le da fe pública, su eficacia probatoria están condicionadas al previo reconocimiento, en cuyo caso hacen fe hasta prueba en contrario, sobre la verdad de las declaraciones vertidas en estos, los cuales pueden ser producidos en juicio sólo en primera instancia, bien en la Audiencia Preliminar o dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la contestación de la demanda; bien en la Audiencia

Oral; o bien, durante la celebración de la Audiencia de Juicio, según se trate del procedimiento de demandas de Contenido Patrimonial; del Procedimiento Breve o bien del procedimiento común para la Nulidad, Interpretación y Controversia Administrativas, a tenor de los artículos 57, 61, 66, 70 y 83 eiusdem, respectivamente.

En cuanto a los ***documentos administrativos***, los cuales forman una tercera categoría de documentos, que son aquellos emanados de funcionarios de la Administración Pública, en el ejercicio de sus funciones, es decir, son manifestaciones de voluntad del órgano administrativo que la suscribe, capaz de impregnarle certeza jurídica al acto, bien declarativos, certificaciones, verificaciones, registros etc., los cuales están dotados de una presunción de veracidad y legitimidad, conforme al principio de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, ésta categoría de documentos, los cuales pueden ser producidos en juicio sólo en primera instancia, bien en la Audiencia Preliminar o dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la contestación de la demanda; bien en la Audiencia Oral; o bien, durante la celebración de la Audiencia de Juicio, según se trate del procedimiento de demandas de Contenido Patrimonial; del Procedimiento Breve o bien del procedimiento común para la Nulidad, Interpretación y Controversia Administrativas, a tenor de los artículos 57, 61; 66; 70 y 83 eiusdem,

respectivamente, por tratarse según la doctrina imperante, este tipo de documentos, de documentos privados reconocidos o tenidos por reconocidos, los cuales pueden ser destruidos o atacados por cualquier medio de prueba, de lo contrario pudieren producir los efectos plenos del documento público, como anotamos antes.

En ese sentido la Sala Política Administrativa, mediante sentencia No. 300, de fecha 28 de mayo de 1998, dictada en el expediente 0929, en el recurso de nulidad interpuesto por ASERCA AIRLINES, hace la distinción de documentos públicos y expediente administrativo, cuando expresa lo siguiente:

> "... (omissis) la especialidad del documento administrativo lo configura como una tercera categoría de prueba instrumental. En efecto, esta especial clase de documento escrito no puede asimilarse al documento público definido en el artículo 1.357 del Código Civil, pues no participa del carácter negocial que caracteriza a este último. Sin embargo, su carácter auténtico deviene del hecho de ser una declaración emanada de un funcionario público, con las formalidades exigidas en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
>
> "...omissis..."
>
> Así, conforme al criterio sostenido por la doctrina nacional mayoritaria, con el cual coincide esta Sala, el expediente administrativo se asemeja a los documentos privados reconocidos o tenidos por reconocidos (artículo 1.363 eiusdem), pero sólo en lo que concierne a su valor

> probatorio, dado que en ambos casos, se tiene por cierto su contenido, en tanto que las declaraciones efectuadas en dichos instrumentos no sean objeto de impugnación a través de cualquier género de prueba capaz de desvirtuar su veracidad."

De todo ello podemos colegir, que el régimen regulatorio sobre los medios probatorios, contenido en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pareciere resolver en forma sobrevenida el problema planteado inicialmente, sobre las limitaciones de la prueba en el contencioso administrativo, sin tener que apelar a otras distintas herramientas o mecanismos procesales para hacer valer los derechos y garantías constitucionales del administrado, pues, ese derecho procesal administrativo contenido en la expresada ley orgánica, aún con sus desmoles, nos sugiere estar íntimamente ligados al fenómeno natural del estado de derecho, en la que los conflictos intersubjetivos, susceptibles de provocar consecuencia jurídicas, puedan dirimirse con facilidad por los cauces del debido proceso, con pleno ejercicio del derecho a la defensa y la garantía de una tutela judicial efectiva, sólo faltaría su puesta en vigencia y que el operador de justicia, propugne los valores superiores consagrado en nuestra Norma Suprema.

CONCLUSIONES

Consientes estamos de no haber agotado todo ese fascinante y escabroso mundo que se extiende sobre las pruebas, pues, simplemente se quiso ofrecer con sencillas pinceladas jurídicas, los aspectos más preponderante de la prueba en vigencia del régimen contenido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de la consolidada doctrina desarrollada por ese elevado tribunal de la República, con aplicación al procedimiento contencioso administrativo.

Hemos querido hilvanar la investigación partiendo de un marco teórico de la prueba, desde su contenido etimológico, hasta llegar a la propuesta conceptual de la Sala Política Administrativa, para así proyectar su contenido a una mayor inteligencia sobre el tema, respondido someramente a la finalidad de la prueba, para así llevar al convencimiento del juez sobre la certeza o verdad de los hechos que se van a producir en el proceso intelectual de la sentencia, advirtiendo que no simplemente los *hechos*, sino aquellos hechos controvertidos en juicio, por lo que en interpretación al contrario, no es materia de prueba los hechos admitidos, así como tampoco,

debe verificar si la prueba se encuentra en perfecta *conexión con los hechos controvertidos*, a los fines de verificar su *pertinencia* como resultado del juicio de valor que debe realizar sobre la prueba promovida.

Precisamos mediante la opinión autoral y jurisprudencial dentro del estamento Contencioso Administrativo, la regla general sobre la *carga de la prueba y su distribución,* la cual se asemeja al proceso civil, en virtud que se encuentra en cabeza de la parte recurrente o accionante a quien le corresponde probar y desvirtuar la *presunción de legalidad del acto administrativo* dentro del contencioso administrativo. Sin embargo, hemos constatado que en algunos casos y dependiendo del vicio que se alegue en la pretensión *(anspruch),* se invierte la carga de la prueba, y sería la Administración a quien le correspondería probar la legalidad del acto por ella dictada y no al accionante.

En esa misma sintonía y dentro del marco jurisprudencial, se estableció lo relativo a la apertura del lapso probatorio, que en aplicación a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que rige hasta ahora el contencioso administrativo, queda a merced de la voluntad de las partes la materialización de las subsiguientes etapas preclusivas de dicho lapso, su promoción, admisión, evacuación; así como el tratamiento de las pruebas en

segundo grado de jurisdicción, salvo, lo contenido en la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, aún por promulgarse, la cual no alude la voluntad manifiesta de las partes para motorizar la apertura del debate probatorio, sino, que las pruebas podrán producirse, bien en la Audiencia Preliminar o dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la contestación de la demanda; bien en la Audiencia Oral; o bien, durante la celebración de la Audiencia de Juicio, según se trate del procedimiento de demandas de Contenido Patrimonial; del Procedimiento Breve o bien del procedimiento común para la Nulidad, Interpretación y Controversia Administrativas, a tenor de los artículos 57, 61; 66; 70 y 83 eiusdem, respectivamente.

Asimismo, de una breve y sencilla lectura emprendida al contenido de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 19, aparte 10º, pudimos constatar que nuestro legislador patrio estableció una limitante a los medios probatorios que rigen el procedimiento contencioso administrativo, cuando de ello utilizó la voz *<<solo se admitirán>>*, extirpando de un sólo plumazo ciertos medios de prueba, inclusive la prueba de **Testigo**.

Sobre esta última prueba, relativa a los testigos, develamos su omisión por parte del legislador, lo que condujo a examinar su procedencia en el

contencioso administrativo, a la luz del nuevo texto constitucional, contenido en el artículo 334, en concatenación con el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, ya que el Juez contencioso administrativo en aras de garantizar una especial profilaxis procesal, debe permitirle al administrado el libre ejercicio del derecho de la defensa, en la que se procuren en todo momento, erigir y enaltecer la tutela judicial efectiva, con atención al Debido Proceso, aplicando para ello, el Control Difuso sobre la constitucionalidad de la norma en comentario, por la evidente omisión legislativa en que se incurrió, al no incorporar en ese elenco probatorio la prueba testimonial.

De todo ello, podemos colegir enfáticamente, que aún cuando el texto orgánico del Tribunal Supremo de Justicia, prescinde de algunas disposiciones de contenido analógicos al Código de Procedimiento Civil, como hemos dejado plasmado precedentemente, no obstante, podemos constatar todavía, la gran influencia jurídica de dichas normas adjetivas del derecho común, que subyacen incrustadas todavía en el Contencioso Administrativo, lo cual hasta ahora, no se han podido soslayar de ello, aún, de su enrevesado contenido gramatical.

Una vez que entre en vigencia, la recién aprobada Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, vendrá a tutelar en lo sucesivo, los

destinos del contencioso administrativo en Venezuela, no obstante, consideramos que la misma se muestra igual de perfectible, colmada de deficiencia, pero que pudiere allanar en forma más cristalina, los matices oscuros, dejados por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en lo relativo a los medios de pruebas, haciéndola más coherente y sistematizada con los principios rectores que la consagran, lo que nos invita a recordar la doctrina de la Sala Constitucional, cuando expresa: "...sin libertad y sin igualdad de oportunidades para probar, sencillamente no existe derecho a la defensa.", (Sentencia Nº 181, de fecha 14 de diciembre de 2003).

Constatamos que la novísima Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no establece expresamente los medios de pruebas admisibles en el contencioso administrativo, pero que tampoco los limita como si lo hizo el aparte 10º del artículo 19, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, antes estudiado, menos aún los prohíbe, por lo que en interpretación analógica del artículo 31 y la Disposición Derogatoria Única, de la ley orgánica por estrenar, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, siempre y cuando no colidan con esta, por lo tanto, es permisible en el contencioso administrativo el principio de libertad probatoria, en que las partes gozan de la autonomía para obtener y llevar al proceso todas aquellas pruebas que sean legales y pertinentes para la

demostración de sus alegatos y defensas, todo ello, en concatenación al principio teleológico del proceso, contenido en el artículo 257 Constitucional, cuando nos enseña que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, por lo que esa imberbe Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a partir de su vigencia vendría a allanar definitivamente, el problema planteado sobre la "Limitación de las pruebas en el contencioso administrativo", haciéndola más cónsona con los postulados constitucionales y al principio de libertad probatoria antes estudiados.

RECOMENDACIONES DEL AUTOR

Lo recomendable sería esperar la entrada en vigencia, en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, la recién aprobada Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ya que ésta, vendría a sustituir y tutelar en lo sucesivo, todo lo concerniente al estamento contencioso administrativo en Venezuela, la cual prevé por analogía el *principio de libertad probatoria*, por lo que no tendríamos la necesidad de motorizar ningún mecanismo procesal de los antes estudiados, para incorporar algún medio de prueba. Sin embargo, ante tal posibilidad o cualquier que sea la ley proveniente del poder legislativo municipal, estadal o nacional, de las comprendidas dentro del marco de nuestro ordenamiento jurídico, que se hayan dictado en forma incompleta, que omita alguna prueba, o que se haya dejado de dictar normas o medidas indispensables para proteger o garantizar el cumplimiento de la Constitución, la pretensión idónea para ello, es la contenida en el numeral 7º, del artículo 336 de nuestra Carta Magna, ante la Sala Constitucional, en la que se declarare, en resguardo y aseguramiento de la fuerza normativa de nuestra Constitución, la inconstitucionalidad de tales omisiones legislativas, si así fuere el caso.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Araujo, J. (1996). ***Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo***. Caracas-Valencia: Hermanos Vadell Editores.

Asamblea Nacional, Constituyente. (1999). Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. ***Gaceta Oficial*** Nº 36.859. Caracas, 30 de diciembre.

_____. (2004). Ley Orgánica del Tribunal Supremos de Justicia. ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,*** N° 37.942 (Extraordinario). Caracas, 20 de mayo.

Cabanellas, G. (1986). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, (20ª Ed.). Tomo VI. P-Q. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Cabrera, J. (1997). Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre. Caracas: Editorial Jurídica Alva S.R.L.

_____. (2000). Revista de Derecho Probatorio. Tomo 6. Caracas: Editorial Jurídica Alva S.R.L.

Calamandrei, P. (1997). ***Derecho Procesal Civil.*** Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal. Volumen 1. Harla.

Carnelutti, F. (1982). ***La Prueba*** Civil. (2ª. Ed.), Buenos Aires: Ediciones Depalma.

_____ , (1981). ***Instituciones de Derecho Procesal Civil***. Biblioteca, Clásicos de Derecho Procesal Civil, Volumen 3, Editorial Harla.

_____ , (1939) .***Instituciones del Derecho Procesal Civil.*** (Trad. S. Sentis). (Estudio en honor a Chiovenda). Ejea. 3 Vols.

Casal, M. (2006). ***Constitución y Justicia constitucional***. (2ª Ed.) Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Casal, M. (2006). ***Constitución y Justicia constitucional***. (2ª Ed.) Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Congreso de la República de Venezuela. (1976). Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***, N° 37.942 (Extraordinario). Caracas, 30 de julio.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), publicada en **Gaceta Oficial *de la República de Venezuela*,** Número 36.860, de fecha 30 de diciembre.

Couture, E. (1978). ***Introducción al Estudio del Proceso Civil***. (2ª Ed.) Buenos Aires: Ediciones Depalma.

_____, (1981). ***Fundamentos del Derecho Procesal Civil***. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Brewer-Carias A. (2005). ***Principios Fundamentales del Derecho Público***. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Devis, H. (1984). ***Compendio de Derecho Procesal.*** Tomo II. Pruebas Judiciales. (8ª. Ed.) Bogotá: Editorial ABC.

García, E. y Fernández T. (2004), ***Curso de Derecho Administrativo II***. (12ª Ed.), Thonson, Civitas.

Guerrero, G. (2002). ***Posiciones juradas.*** Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Kiriakidis J. (2006). ***Las Pruebas en el Procesal Administrativo***. En la obra colectiva Derecho Contencioso Administrativo. Libro Homenaje al Profesor: Luis Henríquez Farias Mata. Barquisimeto.

Kiriakidis J. (2009). ***Las Pruebas en el Procesal Administrativo (Segunda Parte)***. El Contencioso Administrativo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas: FUNEDA.

Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. (1976) ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 37.942*** (Extraordinario), julio 30 de.

Meier, H. (1992). ***El Procedimiento Administrativo Ordinario***. Caracas: Editorial Jurídica Alva.

Muñoz, L. ***Técnica Probatoria***. Estudio Sobre Las Dificultades de Prueba en el Proceso. Barcelona: Editores Praxis, S.A.

Ossorio, M. (2005). ***Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales***. (31ª ed.) .Editorial Heliasta.

Parra, J. (1982) ***Manual de Derecho Probatorio***, (14ª Ed.). Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Publicación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1994). Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Caracas: Serie Estudios. N° 47.

Rivera, R. (2006) (2000). ***Principios generales del Derecho probatorio***. Revista de Derecho Probatorio. Tomo 14. Caracas: Ediciones Homero.

Sentis, M. (1979). ***La Prueba.*** Los Grandes Temas del Derecho Probatorio. Buenos Aires: Editorial Jurídicas Europa-América.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Nº 1902. Expediente---. 31-10-2000. [Base de dato en línea]. Consultada el 21 de mayo de 2007, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Octubre/0340-311000-RC99-1001.htm.

_____. Sala Constitucional. Nº 1902. Expediente RC-99. 31-10-2000. [Base de dato en línea]. Consultada el 21 de mayo de 2007, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Octubre/0340-311000-RC99-1001.htm.

_____. Sala de Casación Civil. Nº 0340. Expediente RC-00.330. [Base de dato en línea]. Consultada el 22 de junio de 2007, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Octubre/0340-311000-2000-1001.htm.

_____. Nº 0363. Expediente RC-00.330. [Base de dato en línea]. Consultada el 22 de junio de 2007, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/0363-161101-00-1032.htm.

_____. Sala Política Administrativa. Nº 5138. Expediente 2001-0259. 20-07-2005. [Base de dato en línea]. Consultada el 22 de junio de 2007, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/05138-200705-2005-0885.htm.

_____. Sala Política Administrativa. Nº 5138. Expediente 2001-0259. 20-07-2005. [Base de dato en línea]. Consultada el 22 de junio de 2007, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/05138-200705-2005-0885.htm.

_____. Nº 4577. Expediente 2002-0240.30-06-2005. [Base de dato en línea]. Consultada el 22 de junio de 2007, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/04577-300605-2002-0240.htm.

_____. Nº 607. Expediente 2003-1109. 08-03-2006. [Base de dato en línea]. Consultada el 25 de junio de 2007, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/607-080303-2003-0525.htm.

_____. Nº 01949. Expediente 2002-0240.30-06-2005. [Base de dato en línea]. Consultada el 22 de junio de 2007, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01949-14-0405-2004-088.htm.

_____. Nº 02595. Expediente 2004-0824.30-06-2005. [Base de dato en línea]. Consultada el 22 de junio de 2007, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/02595-050505-2004-036.htm

_____. Nº 00633. Expediente 2002-002. 30-04-2003. [Base de dato en línea]. Consultada el 25 de junio de 2007, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril /00633-300403-2002-002.htm.

_____. Nº 1775. Expediente 2004-0824.10-10-2006. [Base de dato en línea]. Consultada el 25 de junio de 2007, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Octubre/1775-101006-04-0824.htm.

_____. Nº 05138. Expediente 2001-025.20-07-2005. [Base de dato en línea]. Consultada el 25 de junio de 2007, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio /05138-200705-2001-025.htm.

_____. Nº 04577. Expediente 2002-024.30-06-2005. [Base de dato en línea]. Consultada el 25 de junio de 2007, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio /04577-300605-2002-024.htm.

_____. Nº 00607. Expediente 2003-110.08-03-2006. [Base de dato en línea]. Consultada el 25 de junio de 2007, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo /00607-080306-2003-110.htm.

_____. Nº 3126. Expediente 2004-1198.15-12-2004. [Base de dato en línea]. Consultada el 25 de junio de 2007, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Diciembre/3126-151204-04-1198.htm.

_____. Nº 00043. Expediente 2000-068.11-01-2006. [Base de dato en línea]. Consultada el 25 de junio de 2007, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Enero/00607-110106-2000-068.htm.

_____. Nº 001676. Expediente 1999-164.06-10-2004. [Base de dato en línea]. Consultada el 25 de junio de 2007, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Octubre/001676-061004-1999-164.htm

_____. Sala Plena Accidental. N° 066. Expediente 2000-1234. 30-05-00. [Base de datos en línea]. Consultada el 25 de junio de 2007, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spl/Mayo/066-300500-2005-1234.htm.

Véscovi, E. (1999). Teoría General de Proceso. (2ª Ed.). Santa Fe de Bogotá. Colombia: Editorial Temis S.A.

Villegas, J. (2006). El Contencioso Administrativo en el Ordenamiento Jurídico Venezolano y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. III Jornadas Sobre Derecho Administrativo en Homenaje a la "Dra. Hildegar Rondón de Sansó. Caracas: