

LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCEDIMIENTOS Y PROCESOS ADMINISTRATIVOS MEDIANTE EL ABUSO DE LAS INICIATIVAS PROBATORIAS JUDICIALES: UNA VÍA PARA FAVORECER INDEBIDAMENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA VENEZOLANA

Miguel Ángel Torrealba Sánchez*

Profesor Titular de Derecho Administrativo (UCV)

Resumen: *Se analiza el uso de las iniciativas probatorias judiciales por la Justicia Administrativa venezolana y su influencia en las reglas de la carga de la prueba en los procedimientos y procesos administrativos*

Palabras Clave: *Procedimiento administrativo –contencioso-administrativo- carga de la prueba –onus probandi.*

Abstract: *The use of judicial probative initiatives by the Venezuelan Administrative Justice and its influence on the rules of the burden of proof in administrative procedures and processes are analyzed.*

Key words: *Administrative procedure –contentious-administrative– burden of proof –onus probandi.*

INTRODUCCIÓN

Las siguientes páginas fueron preparadas para el XIX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, destinado al estudio de los procedimientos administrativos, previsto originalmente para tener lugar en la ciudad de San Salvador, El Salvador, en el mes de octubre de 2020, pero que por circunstancias bien conocidas ha quedado diferido.

Habiendo señalado lo anterior, se hacen necesarias unas advertencias preliminares. Tratándose del desarrollo de un asunto práctico vinculado con la aplicación del Derecho, y más aún, del Derecho Administrativo, en el caso venezolano solo puede estudiarse hoy como un patológico ejemplo de lo que *no* debe ser.

* Universidad Central de Venezuela. FCJP, Escuela de Derecho. Profesor Titular de Derecho Administrativo. Abogado y Especialista en Derecho Administrativo. Investigador Invitado del Instituto de Derecho Público. Universidad de la Coruña, España. Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano. Universidad Carlos III de Madrid, España. Máster en Política Territorial y Urbanística. Universidad Monteávila, Caracas. Profesor de Derecho Administrativo y Director Adjunto del Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO). Universidad Católica “Andrés Bello”, Caracas. Profesor en la Especialización en Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo.

Corolario obligado de la inexistencia en la actual realidad venezolana de los postulados básicos del Estado Constitucional Democrático de Derecho, a saber: supremacía constitucional, principio de juridicidad, separación de las ramas del Poder Público, responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, preeminencia de los Derechos Humanos, por citar los más vinculados con el asunto que será desarrollado.

De allí que lo que aquí se expondrá no tiene pretensiones ni de profundidad dogmática ni de originalidad conceptual, máxime cuando hoy día el Derecho Administrativo venezolano se refugia fundamentalmente en la doctrina y en las aulas universitarias, en espera de un clima mínimamente propicio para su regreso tanto a la práctica administrativa como a la jurisprudencia¹. Jurisprudencia que habrá de crearse partiendo de lo obtenido hasta fines de la pasada centuria para luego seguir avanzando, puesto que el hiato iniciado a principios de este siglo ha determinado progresivamente la pertinencia no solo práctica sino incluso teórica de preguntarse si puede seguir llamándose como tal a las decisiones que en la actualidad dictan los tribunales contencioso-administrativos venezolanos².

El propósito pues de estas líneas, como de otros textos antes presentados a este Foro, es básicamente el de alertar a los colegas de otros países sobre los riesgos de permitir que el Estado Constitucional Democrático de Derecho sea minado desde su interior por los populismos de ahora y de siempre, valiéndose estos últimos de las instituciones que, antes bien, deberían proteger al primero. Un ejemplo es el caso del Poder Judicial venezolano, y dentro de él, ocupa un lugar importante la Justicia Administrativa³, que ha servido en innumerables ocasiones durante las últimas dos décadas para intentar darle un manto de mínima juridicidad a cualquier acción administrativa, por más que ese ropaje no pase de ser un remedo del traje del emperador del famoso cuento.

A tal fin, en esta ocasión se mostrarán algunos ejemplos del indebido y abusivo uso de las iniciativas probatorias judiciales que ha devenido en la práctica en casos extremos en la alteración sobrevenida de las reglas de la carga de la prueba no solo en los procesos administrativos (juicios contencioso-administrativos) sino a veces incluso en los diversos procedimientos administrativos previos, con el fin de facilitarle el dar la razón en la sentencia de mérito a la Administración Pública cuando jurídicamente no la tiene, como suele ser la norma en la actual realidad venezolana. Con ello se intentará recordar la trascendencia que tiene la

¹ Las siguientes afirmaciones no han hecho sino cobrar más vigencia desde el momento cuando fueron escritas: <<...lo más grave de toda esta demolición del Derecho Administrativo ha sido la neutralización o intervención de la jurisdicción contencioso administrativa por parte del poder Ejecutivo, a través del control político que éste ejerce sobre el Tribunal Supremo de Justicia. El punto culminante de la construcción del Derecho Público en una sociedad democrática, incluido el Derecho Administrativo, es el establecimiento de tribunales con competencia para controlar los actos del Estado, con potestad para anularlos y para condenar a la Administración por sus actos ilegítimos e ilegales (...). Sin control judicial de la actividad administrativa, carece de sentido hablar de Derecho Administrativo>> (Brewer-Carías, Allan R. *El Derecho Administrativo y la democracia. A los 100 años de la Cátedra de Derecho Administrativo (2009)*. Recogido en: *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. El Derecho Administrativo y sus principios fundamentales*. Volumen I. Civitas Thomson Reuters-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013, p. 1093).

² El tema excede lo aquí tratado, pero en todo caso, por razones meramente convencionales seguiremos llamado aquí jurisprudencia a las decisiones dictadas por la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana.

³ A los efectos de estas páginas, al referirnos a Justicia administrativa aludimos en sentido estricto, esto es, a los tribunales contencioso-administrativos.

observancia de las reglas adjetivas para el resguardo de los derechos constitucionales procesales de la persona frente a la Administración Pública, tanto en sede administrativa como judicial; y por ende, evidenciar los perniciosos efectos que acarrea su desconocimiento por quien está constitucionalmente llamado a la tutela de tales derechos.

Para lograr eso, y con el fin de demostrar la hipótesis que desde ya se plantea, se enmarcará el estudio de las tendencias actuales de la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana en el empleo de las iniciativas probatorias judiciales en su necesario contexto, a saber, las reglas fundamentales de la carga de la prueba tanto en los procesos judiciales como en los procedimientos administrativos. De allí que se hará somera referencia a la noción y finalidad de ese instituto procesal y procedimental, así como a su aplicación y matización según los diversos tipos de procedimientos administrativos.

De seguidas, y ya a la vista del caso venezolano, se aludirá de forma sucinta a su previsión en el Derecho positivo y su tratamiento por la doctrina administrativista y jurisprudencia tradicionales. A continuación, se esbozará un panorama del tema de las iniciativas probatorias del juez contencioso administrativo y su adecuado uso, con el fin de que este resulte compatible con las ya referidas reglas de la carga probatoria.

Expuesto entonces en forma de esquema el marco dogmático imprescindible, se contrastará este con la tendencia en las decisiones de la máxima instancia de la Justicia Administrativa venezolana al momento de emplear las iniciativas probatorias que legalmente ostenta⁴, con la finalidad, en la mayoría de los casos, de beneficiar a la Administración Pública y colocarla en una situación de ventaja en cuanto a obtener con mayor probabilidad una sentencia definitiva favorable. Realizado ello, se culminará con las pertinentes reflexiones finales.

Comencemos entonces con un vistazo al instituto procesal –extrapolado al procedimiento administrativo– de la carga de la prueba.

I. LA CARGA DE LA PRUEBA. REPASO SOBRE SU CONCEPTO Y FINALIDAD

Al abordar el tema de la carga de la prueba, es común partir de la distinción entre carga como categoría jurídica de la de deber y obligación⁵. A diferencia de estas últimas, en la

⁴ Originalmente pretendíamos comentar las decisiones de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de la última década, tomando como punto de partida el año 2010, cuando entró en vigencia la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. No obstante, el portal electrónico del Tribunal Supremo de Justicia dejó de funcionar a principios de este año, y para ese momento nuestra recopilación se limitaba al período 2010-2015 junto con el 2019. De allí que nos vimos obligados a circunscribirnos a tales años, pero en todo caso consideramos que esa recopilación es lo suficientemente elocuente en lo que demuestra; además de que no se trata de un estudio exhaustivo con pretensiones estadísticas sino una mera revisión general cualitativa destinada a detectar cuáles son las tendencias jurisprudenciales básicas en un asunto.

⁵ Así por ejemplo: Couture, Eduardo: *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Reimpresión de la tercera edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981, pp. 212-213. Lo cual es criticado por ejemplo por Vescovi, Enrique: *Teoría general del proceso*. Temis. Bogotá, 1984, p. 214, quien señala que la noción de carga se relaciona más bien con una situación jurídica pasiva antes que activa, por lo que propone hablar de deberes, cargas y sujeciones. Véase, para el Derecho Administrativo: González Navarro, Francisco: *Derecho Administrativo español*. Tomo III. El acto y el procedimiento administrativos. EUNSA. Navarra, España, 1997, p. 731. Para el proceso administrativo venezolano, puede verse entre otros: Silva Bocanay, José Gregorio: *Anotaciones sobre las pruebas en el proceso administrativo*. En: Brewer-Carías, A. R. y Hernández-Mendible, V.R. (Dir.): *El contencioso administrativo y los procesos constitucionales*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 382; Mejía Betancourt, José Amado: “La carga de la prueba en el contencioso ad-

primera su falta de ejercicio determina una situación de desventaja o perjuicio para su titular, por lo que el mejor aliciente para su cumplimiento será precisamente el de evitar esa situación dañosa o al menos poco ventajosa para quien la tiene⁶.

A su vez, la carga de la prueba (*onus probandi*), como categoría jurídica adjetiva y como modalidad de la carga en general⁷, implica atribuir a cada parte procesal las consecuencias lesivas de la no demostración de las afirmaciones fácticas que constituyen el sustrato material del *thema decidendum*, y que no son otra cosa que el objeto de prueba en el juicio⁸. En términos más simples, establecer a quién corresponde demostrar cada aseveración sobre la existencia o inexistencia de un hecho concreto con consecuencias jurídicas relevantes en juicio y ante la falta de demostración, determinar a quién perjudica procesalmente tal conducta omisa⁹.

De allí que las reglas de la carga probatoria solo operan a modo de sucedáneo de prueba; es decir, en la hipótesis de que determinadas aseveraciones respecto a los hechos no ha-

ministrativo objetivo". *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 7-I, homenaje a José Peña Solís. Caracas, 2016, pp. 165-166. Disponible en: <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2016/12/pp.-143-198-MEJIA-BETANCOURT.pdf>. Hay quien en una parte la compara en cuanto a sus semejanzas y diferencias más bien con las facultades procesales (Devis Echandía, Hernando: *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2004. Reimpresión de la tercera edición, pp. 45-46 y 364-365 más también la confronta con la obligación (*Ibidem*, pp. 395-396 y 420-421).

⁶ Consultense entre otros: Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 396-421; Morón Palomino, Manuel: *Derecho Procesal Civil (Cuestiones fundamentales)*. Marcial Pons. Madrid, 1993, p. 280. *Cfr.* En el caso venezolano: Rengel-Romberg, Aristides: *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano según el nuevo código de 1987*. Tomo III. El procedimiento ordinario. Editorial Arte. Caracas, 1992, pp. 291.

⁷ El desarrollo de esta categoría dogmática y procesal se atribuye a Goldschmidt y Carnelutti (*Cfr.* entre otros: Rengel-Romberg, *op. cit.*, pp. 289-291).

⁸ Véase, entre otros: Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 155-158 (aunque este autor señala que el objeto de la prueba son los hechos que configuran el presupuesto fáctico de las normas y no así las afirmaciones sobre esos hechos); Morón Palomino, *op. cit.*, 1993, pp. 271-273 y 278; 4; Ortells Ramos, Manuel, en su obra colectiva: *Derecho Procesal Civil*. 2° edición Aranzadi Editorial. Navarra, 2001, pp. 367-368, se refiere a los datos de hecho como el objeto de la prueba; Couture, *op. cit.*, pp. 211-212 y 217; Gimeno Sedra, Vicente, Moreno Catena, Víctor y Pascual Sala Sánchez: *Derecho Procesal Administrativo*. Segunda edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2004, p. 100. Para el caso venezolano, *Cfr.* entre otros: Rengel-Romberg, *op. cit.*, pp. 219, 240.

⁹ En elocuente afirmación: <<No se trata de fijar quién debe llevar la prueba, si no quién asume el riesgo de que falte>> (Devis Echandía, *op. cit.*, p. 484). Y es que: <<Las reglas de la carga de la prueba determinan cuál de las partes ha de soportar el perjuicio derivado de la falta de prueba de los hechos jurídicamente relevantes para la decisión>> (Ortells Ramos, *op. cit.*, p. 398). En similar sentido: González Navarro, *op. cit.*, p. 732. Prescindimos de discusiones dogmáticas, como por ejemplo, la de la subdivisión entre carga objetiva y subjetiva de la prueba y carga material y carga formal. Sobre la primera, véase entre otros, para el caso venezolano: Rengel-Romberg, *op. cit.*, pp. 292-294 y 319-324; Mejía Betancourt, *op. cit.*, p. 167. Respecto a la última, en general: Ortells Ramos, *op. cit.*, pp. 397-398. Con relación a todas estas controversias terminológicas y sus críticas, puede verse la posición de Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 142-144, 186-187 y 427-439, quien opta por distinta terminología y enfoque. En todo caso, respecto al fundamento de la carga de la prueba se apunta que el rigor de la exigencia para el juzgador de decidir la controversia en todos los casos se complementa con la regla atinente a que la parte debe soportar la falta de demostración de aquellas demostraciones de hecho cuya realidad no consta mediante su admisión o notoriedad (Morón Palomino, *op. cit.*, p. 277).

yan sido adecuadamente demostradas por la actividad probatoria de las partes¹⁰. Se trata entonces de una situación, si no excepcional, al menos no la más usual, ni en todo caso la ideal para el ordenamiento procesal.

Y no es la más deseada porque lo que se pretende en el proceso es que el juez decida sobre las pretensiones de las partes con arreglo a lo alegado y debidamente probado, con el fin de obtener un pronunciamiento apegado en lo posible a la realidad¹¹. Tómese en cuenta el fin inmediato del proceso, que es la composición de la litis, la satisfacción de pretensiones, o dicho de otro modo, la resolución de la controversia planteada, así como el fin mediato, a saber: la preservación de la paz social mediante la aplicación del Derecho. En otros términos, un propósito inmediato de interés usualmente privado o particular conjuntamente como un fin mediato de interés general.

II. NOCIONES SOBRE LAS REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SU APLICACIÓN SEGÚN LAS DIVERSAS CLASIFICACIONES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS (CONCESORIOS, HABILITANTES O AUTORIZATORIOS, APROBATORIOS, ABLATORIOS)

Como otras tantas nociones originariamente procesales, la carga de la prueba ha sido adoptada en el procedimiento administrativo¹², en este último tributario en muchos aspectos del proceso judicial, al punto de seguir discutiéndose sus criterios de distinción. Mas en todo caso, lo importante a nuestros efectos es que tal categoría ha sido extrapolada en líneas generales al procedimiento administrativo, pero con diversas matizaciones, provenientes también del Derecho Procesal¹³. Una de ellas, la que distingue a quién se atribuye tal carga no tanto

¹⁰ En palabras de Morón Palomino, *op. cit.*, p. 281: <<...la regla de la carga de la prueba es de aplicación subsidiaria en el sentido de que el juzgador, antes de acudir a ella, debe agotar las posibilidades que le ofrezca el ordenamiento para lograr un resultado positivo en la tarea concierne a la averiguación de la verdad>>. En similar sentido: Devis Echandía, *op. cit.*, p. 424, quien añade que la carga de la prueba es una regla de juicio dirigida al juez para decidir el fondo cuando falta la prueba de los hechos que fundamentan las pretensiones o la excepciones (*Ibidem*, p. 425). Puede verse también, para el proceso administrativo: Blanquer, David: *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 215-218.

¹¹ No obstante que acudir a las reglas de la carga de la prueba puede no ser lo más deseado, conviene destacar que su existencia es imprescindible para que el juez pueda decidir en todos los casos sin incurrir en absolucón de instancia y por ende en denegación de justicia. Véanse al respecto los comentarios de, entre otros: Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 450-451, quien señala que tal instituto procesal es aplicable incluso en los procesos inquisitivos.

¹² Discrepando parcialmente de las tesis mayoritarias y sosteniendo que más que trasladar la categoría de la carga procesal al procedimiento administrativo debe partirse de la regla de que la Administración Pública habrá de basar sus decisiones en hechos ciertos valorados, basados en el principio de buena fe: Hernández G., José Ignacio: *Lecciones de Procedimiento Administrativo*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. (FUNEDA). Caracas, 2012, pp. 208-213. En similar sentido en el caso español, por ejemplo: Garrido Falla, Fernando y José M. Fernández Pastrana: *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1999)*. Civitas. Tercera edición. Madrid, 2000, pp. 319-320. Véase también: Blanquer, *op. cit.*, pp. 237-238.

¹³ En ese sentido, véase recientemente por ejemplo en el caso venezolano: González Betancourt, Gina: "La prueba en el procedimiento administrativo: énfasis en la distinción de los principios rectores que la diferencian de la prueba judicial". *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Ve-*

sobre la base de quién afirma la existencia o inexistencia de determinado hecho, sino más bien a quién beneficia o perjudica considerar demostrada tal afirmación. Y en tal caso atribuyéndola más bien, y aquí comienza cierta especificidad, dependiendo del tipo de procedimiento administrativo de que se trate.

En ese sentido, y sin dejar de considerar que los principios procedimentales imponen a la Administración Pública una posición constitucional distinta a la del juez¹⁴, se parte de adoptar la clasificación del procedimiento administrativo según se esté ante aquellos que tienen por finalidad el dictado de actos administrativos que en caso de acoger lo pedido amplían la esfera jurídico-subjetiva del solicitante, concediendo derechos, removiendo obstáculos para su ejercicio o reconociendo su cabal desenvolvimiento (concesorios, autorizatorios, habilitantes, aprobatorios, etc.), o más bien la contraria; a saber, la limitación de los derechos o intereses de la persona (procedimientos ablatorios), o incluso la imposición de un castigo consistente en algo lesivo a esa esfera jurídico-subjetiva (procedimientos sancionadores).

Pues bien, basándose en tal categorización, en los primeros, la carga de la prueba corresponderá al solicitante, o en términos más precisos, a la parte que inicia el procedimiento administrativo cuyo propósito es la emisión de un acto administrativo que lo favorecerá en su situación jurídica¹⁵. Mientras que en los segundos, la carga probatoria la tendrá la Administración Pública que sustancia y decide el procedimiento, sea que este se haya iniciado de oficio o a instancia de otra parte¹⁶. Tal atribución de la carga probatoria según el tipo de procedimiento obedece básicamente entonces, en términos quizá algo simples, a la máxima que afirma que esta se asigna a quien tiene interés en que una determinada afirmación de hecho se considere demostrada, puesto que la misma le beneficiará¹⁷.

Una última acotación. Se trata del caso de los llamados procedimientos administrativos triangulares o trilaterales, en los que la Administración Pública debe decidir una controversia entre particulares de forma parcialmente semejante en cuanto a su propósito al del juez en un asunto privado pero de ninguna manera equiparable en cuanto a su posición constitucional y

nezolano Núm. 14. Caracas, 2018, p. 110. Disponible en línea marzo de 2020: http://www.ulpia-no.org.ve/revistas/bases/artic/texto/REDAV/14/REDAV_2018_14_93-142.pdf.

¹⁴ De allí que se afirme, por ejemplo, en opinión que como ya se adelantó de la que se hace eco un sector de la doctrina venezolana: <<Se ha dicho al respecto que el principio de oficialidad modula de forma importante la carga de la prueba, que no se reparte del mismo modo que en el proceso judicial común, sino que pesa esencialmente sobre la Administración, en la medida en que ésta viene expresamente obligada por la Ley a abrir un período de prueba, siempre que exista contradicción sobre los hechos>> (Garrido Falla y Fernández Pastrana, *op. cit.*, pp. 319-320).

¹⁵ De allí que en los procedimientos administrativos iniciados y sustanciados de oficio por la Administración y regidos por el principio inquisitivo, lógicamente la carga de la prueba corresponderá a esta (González Betancourt, *op. cit.*, p. 99). Véase también: Araujo-Juárez, José: *Derecho Administrativo General. Procedimiento y recurso administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2010, p. 97.

¹⁶ Así por ejemplo, se señala que la regla general en el procedimiento administrativo es que, en virtud de su carácter inquisitivo, la carga de la prueba le corresponde a la Administración Pública, pero ello tiene sus variaciones según el tipo de procedimiento (Brewer-Carías, Allan R.: *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. El procedimiento administrativo*. Volumen IV. Civitas Thomson Reuters-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013, pp. 33, 46-47, 98, 235-236, 303, 406-407 y 801-802).

¹⁷ Aunque Couture, *op. cit.*, pp. 240-242, se refiere a la carga de la prueba como <<imperativo del propio interés>> del sujeto, también enfatiza el carácter problemático de todo el tema. Véanse también, entre otros: Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 142-143; Gimeno Sendra, Moreno Catena y Sala Sánchez, *op. cit.*, p. 102. pp. 735-738.

por ende con efectos diversos a los propios de la sentencia judicial. Ante la hipótesis de ese último tipo de procedimientos, las reglas de la carga de la prueba serán bastante semejantes a las clásicas para el proceso judicial dispositivo. La carga se distribuirá a cada parte en lo atinente a las afirmaciones fácticas que provengan de cada una y que determinen el *thema probandi* de la controversia¹⁸.

Expuestas de forma sucinta esas muy básicas premisas acerca de la carga de la prueba –prescindiendo en detalle de controversias doctrinarias– y su aplicación en el procedimiento administrativo, procede ahora revisar su aplicación en el caso del ordenamiento jurídico bajo estudio, lo que se hace a continuación.

III. LA CARENCIA DE REGULACIÓN LEGAL ESPECÍFICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO. SU REEMPLAZO POR LOS POSTULADOS DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA EN APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES

En el caso del ordenamiento jurídico venezolano, el tema de la carga de la prueba no encuentra regulación ni en la legislación procedimental administrativa general (más allá de algunas pautas indirectas) ni tampoco en la más reciente ley procesal administrativa¹⁹. Por tanto, en el Derecho positivo hay que acudir a la legislación procesal general, bajo una lectura en clave constitucional y convencional²⁰.

Así las cosas, la doctrina y la jurisprudencia tradicionales han adoptado la posición usual esbozada en el sub-epígrafe previo, en cuanto a entender que en los procedimientos administrativos que tienen por fin la emisión de actos administrativos que benefician al particular al ampliar su esfera de derechos e intereses, la carga de demostrar que se cumplen los requisitos fácticos para que la petición prospere corresponde a quien insta a la Administración Pública en ese sentido. Mientras que al contrario, si se trata de la imposición de actos administrativos que restringen derechos o intereses causando una situación indeseable al particular, la carga probatoria en cuanto a la verificación de los supuestos de hecho exigidos por el ordenamiento para que tal acto formal se produzca, corresponde a la Administración Pública²¹.

¹⁸ Véase para el procedimiento administrativo español, entre otros: González Navarro, *op. cit.*, pp. 735-738; González Pérez, Jesús: *Manual de procedimiento administrativo*. Civitas. Madrid, 2000, pp. 320-321. En el caso venezolano, entre otros: González Betancourt, *op. cit.*, pp. 122-127.

¹⁹ Consúltese entre otros: González Betancourt, *op. cit.*, pp. 133-134. En general, el régimen probatorio de las leyes procesales administrativas no difiere demasiado del Derecho Procesal Común, como señala y critica Hutchinson, Tomás: *Derecho Procesal Administrativo*. Tomo III. Rubinzol-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2009, pp. 35-38.

²⁰ Una visión general del asunto en el caso venezolano la aporta Hernández-Mendible, Víctor Rafael: *El derecho constitucional a la prueba en los procesos administrativos*. En: Canónico Sarabia, A (Coord.): Actualidad del contencioso administrativo y otros mecanismos de control del Poder Público. V Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita 2013. Editorial Jurídica Venezolana-Centro de Adiestramiento Jurídico (CAJO). Caracas, 2013, pp. 525-562.

²¹ Cfr. por ejemplo: Brewer-Carías, Allan-Randolph: *La carga de la prueba en el Derecho Administrativo*. Cuaderno de Trabajo Número 23. Instituto de Filosofía del Derecho. Universidad del Zulia. Venezuela, 1978, pp. 30-32. Disponible en línea marzo de 2020: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II.4.100.pdf>; más recientemente del mismo autor: *Tratado... Volumen IV*, pp. 617-621 y 809-810. Puede consultarse también, entre otros: Araujo-Juárez, *op. cit.* pp. 278-280; Meier E., Enrique: *El procedimiento administrativo*

Y en tercer lugar, si se está en presencia de procedimientos administrativos triangulares o trilaterales, la carga de la prueba corresponderá a quien alegue el acaecimiento de los hechos que configuran el fundamento fáctico de sus peticiones, planteadas ante la Administración con el fin de que esta resuelva una controversia entre partes²². Por supuesto, aquí entrarán las correspondientes matizaciones respecto a los hechos constitutivos, modificativos, impeditivos y extintivos²³, así como lógicamente el tema de la negación de los hechos, según se trate de una negación indefinida o general o bien de una negación respecto a circunstancias concretas en tiempo y lugar²⁴. Mas no es el caso detallar aquí lo planteado por la doctrina venezolana, que básicamente no difiere de los postulados comunes²⁵.

En el supuesto de estos últimos procedimientos administrativos (triangulares), entrarán en juego entonces mediante la aplicación analógica, tanto las reglas de la prueba de las obligaciones establecidas en la legislación civil general como la contenida en el Código de Procedimiento Civil²⁶.

No hay apoyo directo en el Derecho positivo, en cambio, para el caso de los procedimientos administrativos bilaterales. Ante tal ausencia, las soluciones antes descritas se basan en una práctica amparada por las máximas ya referidas, en cuanto a que la carga de probar los hechos constitutivos de una situación jurídica favorable (adquisición de la titularidad o del ejercicio de derechos, remoción de obstáculos para que ello ocurra, validación *a posteriori*) corresponde a quien será el beneficiario. De tal suerte que incumbirá al solicitante del acto

ordinario. Editorial Jurídica Alva, S.R.L. Caracas, 1992, pp. 245-251; Urosa Maggi, Daniela: *Inicio y sustanciación del procedimiento administrativo ordinario. Las garantías de los particulares durante estas fases*. En: Actualización en procedimiento Administrativo. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, pp. 27-28; Herrera Orellana, Luis Alfonso: *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*. En la obra colectiva: *Manual de Práctica Forense. Contencioso Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2009, p. 125; Kiriakidis Longhi, Jorge: *Las Pruebas en el Proceso Administrativo. Consideraciones sobre el Derecho Probatorio en los Procedimientos Administrativos y el Contencioso Administrativo de Anulación, con especial referencia a los principios de carga de la prueba y libertad probatoria*. En la obra colectiva: *Derecho contencioso-administrativo: Libro homenaje al profesor Luis Henrique Farías Mata*. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto-Venezuela, 2006, pp. 274-275 y 283-284; Kiriakidis Longhi, Jorge: *El régimen de las pruebas en el Derecho Procesal Administrativo. La carga de la prueba, el objeto de la prueba y los medios de prueba en los procedimientos administrativos y el contencioso administrativo de anulación*. En la obra colectiva: *100 años de enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009- FJCP-UCV-Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila-Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA)*. Caracas, 2011, pp. 988-990; con alguna matización: Leal Wilhelm, Salvador: *Teoría del procedimiento administrativo*. Vadell Hermanos editores. Valencia-Venezuela, 2011, pp. 177-179.

²² Cfr. entre otros: Araujo-Juárez, *op. cit.* pp. 278-279.

²³ Véase entre otros: Morón Palomino, *op. cit.*, pp. 278-280; Couture, *op. cit.*, p. 245; Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 465-472 y 492-493. Cfr. para el caso venezolano: Rengel-Romberg, *op. cit.*, pp. 294-301. Para el proceso administrativo: Blanquer, *op. cit.*, pp. 218-236; MORENILLA Allard, Pablo: *La prueba en el proceso contencioso administrativo*. Editorial Edijus. Zaragoza-España, 1997, pp. 201-213.

²⁴ Cfr. entre otros: Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 210-214 y 507-509.

²⁵ Véase, tempranamente: Brewer-Carías, *La carga...*, pp. 28-29.

²⁶ Sobre el tema en el proceso en general pueden verse entre otros: Ortells Ramos, *op. cit.*, p. 400; Couture, *op. cit.*, p. 243. Para el caso venezolano, especialmente el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil Venezolano. Véanse los comentarios a este, de entre otros: Rengel-Romberg, *op. cit.*, pp. 300-301. Véase también para el proceso administrativo, entre otros: Kiriakidis, *Las pruebas...*, p. 272.

favorable demostrar que en el supuesto concreto concurren las exigencias fácticas correspondientes para su obtención, haciendo la ya aludida salvedad respecto a la matización que implican los principios de oficialidad e inquisitivo propios de todo procedimiento administrativo.

En cambio, para el supuesto de los procedimientos ablatorios, los principios y reglas constitucionales y convencionales del Debido Proceso resultan especialmente aplicables. Directamente en el caso de los procedimientos administrativos sancionadores, en atención al artículo 49 de la Constitución, y por extensión a los procedimientos que restringen derechos en general. De allí que frente a una potencial situación jurídica desfavorable, la regla será que corresponderá a la Administración Pública sustanciadora la carga de probar los hechos constitutivos de la actuación ablatoria, en virtud de la existencia de los Derechos convencionales y constitucionales procesales, especialmente de la llamada presunción de inocencia.

Expuesto brevemente lo anterior²⁷, que no difiere de los lineamientos generales en materia de procedimiento administrativo²⁸, procede esbozar a continuación el problemático tema de las relaciones entre las iniciativas probatorias del juez (contencioso administrativo en nuestro caso) con las referidas reglas a la carga probatoria, tanto en sede administrativa como en la ulterior judicial.

IV. BREVE REFERENCIA A LOS LÍMITES DE LAS INICIATIVAS PROBATORIAS DEL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON LAS REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Es constante en los ordenamientos procesales modernos regidos por el principio dispositivo, otorgar al juez, en su condición de director del proceso, iniciativas probatorias de diversa índole. Y ello, en opinión mayoritaria, en modo alguno desdice de la prevalencia de ese principio dispositivo ni los transforma en procesos inquisitivos²⁹, toda vez que el *thema decidendum* sigue siendo el planteado por las pretensiones de las partes³⁰. De allí que se hable de una nueva concepción del proceso dispositivo, o bien de elementos inquisitivos en este, o incluso de una mixtura entre ambos³¹.

²⁷ Para el caso de los procedimientos administrativos de segundo grado, específicamente los originados en la interposición de recursos administrativos, en principio la carga de la prueba corresponderá al recurrente, pero ello tiene sus peculiaridades. Véase: Brewer-Carías, *La carga...*, pp. 36-37.

²⁸ Véase por ejemplo para el caso del procedimiento administrativo español: Gimeno Sendra, Moreno Catena y Sala Sánchez, *op. cit.*, p. 103.

²⁹ Aun cuando autorizada doctrina sostiene que esta posición solo es admisible desde el punto de vista *lato* de la noción del principio dispositivo, pero que la facultad probatoria es exclusiva de las partes de acuerdo con el sentido estricto de este (Devis Echandía, *op. cit.*, p. 80).

³⁰ *Cfr.* Vescovi, *op. cit.*, p. 52. Véase para el caso venezolano: Rengel-Romberg, *op. cit.*, pp. 231-234. No obstante, este autor apunta que la distribución de la carga de la prueba es propia del principio dispositivo y no del inquisitorio (*ibidem*, p. 288). En similar sentido respecto a esto último: Cortes Domínguez, Valentín, Gimeno Sendra, Vicente y Víctor Moreno Catena: *Derecho Procesal Civil*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 177-178; Couture, *op. cit.*, pp. 240-241. En el Derecho Administrativo venezolano, puede verse entre otros: Brewer-Carías, *La carga...*, pp. 25-26.

³¹ *Cfr.* Vescovi, *op. cit.*, pp. 54 y 219. A procesos mixtos se refiere Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 80-81 como la tendencia codificadora, para concluir en que el proceso totalmente dispositivo ya no existe. Sin embargo, hay que tener en cuenta, en todo caso, que esas iniciativas probatorias son excepcionales en el proceso civil, como apunta para el caso venezolano, por ejemplo Rengel-Romberg, *op. cit.*, p. 220, aun cuando reconoce el progresivo acercamiento del sistema probatorio civil al penal (*Ibidem*, p. 230). Para el proceso administrativo venezolano, pueden verse las consideraciones de, entre otros: Linares Martínez, Aurilivi: *Los poderes del juez contencioso-*

En el supuesto del proceso administrativo³², la presencia más o menos marcada -según el caso- del interés general, como elemento subyacente a muchas controversias que se ventilan en él, determina la existencia y regulación, incluso con mayor énfasis, de iniciativas probatorias judiciales que pueden ejercerse *motu proprio*³³, y que al menos en el ordenamiento venezolano, exceden ampliamente las tradicionales del juez civil (los conocidos <<autos para mejor proveer>>)³⁴.

administrativo en materia probatoria: ¿simple espectador o director del proceso? En: Hernández-Mendible, V (Dir.): Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Tomo II. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, pp. 1.385-1.401. Afirmando la naturaleza inquisitiva del contencioso administrativo en el caso de pretensiones de nulidad de actos administrativos: Mejía Betancourt, *op. cit.* pp. 157-158. En similar sentido respecto al contencioso en general: Badell Madrid, Rafael: *Consideraciones generales sobre la jurisdicción contencioso administrativa*. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Número 159. Caracas, 2019, p. 272. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/disponible-a-texto-completo-el-boletin-nro-159-julio-diciembre-2019-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales/>. Para el caso español puede verse, entre otros: Cháves García, José Ramón: *La prueba contencioso-administrativa: análisis dogmático y jurisprudencial*. Editorial Universitat. S.A. Madrid, 2007, pp. 78-79.

³² Respecto a la primacía del principio dispositivo combinado con iniciativas probatorias judiciales en el proceso administrativo pueden verse, por ejemplo, en el proceso administrativo costarricense: Milano Sánchez, Aldo: *La actividad procesal en el Código Procesal Contencioso Administrativo*. En: Jiménez Meza, Manrique, Jinesta Lobo, Ernesto, Milano Sánchez y Óscar González Camacho: *El nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*. Poder Judicial. San José, Costa Rica, 2006, p. 314. En el ordenamiento guatemalteco: Calderón M., Hugo H.: *El proceso contencioso administrativo en Guatemala*. En: Rodríguez-Arana Muñoz, J. y García Pérez, M. (Coord.): *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Iberoamérica*. Colección Derecho Público Iberoamericano N° 1. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 289. Respecto a las iniciativas probatorias en el régimen federal mexicano: Esquivel Vázquez, Gustavo Arturo: *El Derecho contencioso administrativo en México*. En: Rodríguez-Arana Muñoz, J. y García Pérez, M. (Coord.): *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Iberoamérica*. Colección Derecho Público Iberoamericano N° 1. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, pp. 339-340. En el Derecho argentino puede consultarse entre otros: Hutchinson, *op. cit.*, pp. 39-40. En el Derecho español, pueden verse entre otros: Blanquer, *op. cit.*, pp. 172-177; Morenilla Allard, *op. cit.*, pp. 50-58. Para el caso venezolano, consúltense entre otros: Kiriakidis, *Las pruebas...*, pp. 276-278, Kiriakidis L., *El régimen...*, p. 1.004-1.006; Linares Martínez, *op. cit.*, pp. 1.395-1.404 y 1.412. En contra y afirmando la prevalencia del principio inquisitivo también en sede judicial: Silva Bocaney, José Gregorio: *Anotaciones sobre la prueba en el proceso administrativo II*. En: Canónico Sarabia, A (Coord.): *Actualidad del contencioso administrativo y otros mecanismos de control del Poder Público*. V Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita 2013. Editorial Jurídica Venezolana-Centro de Adiestramiento Jurídico (CAJO). Caracas, 2013, p. 495; parcialmente en contra también: Mejía Betancourt, *op. cit.*, pp. 183-185 y 197. La polémica ha sido tradicional en el contencioso administrativo venezolano, como se evidencia al revisar a: Brewer-Carías, *La carga...*, pp. 40-41. Véase del mismo autor, más recientemente: *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. La Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Volumen VI. Civitas Thomson Reuters-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013, pp. 256-260.

³³ Véase entre otros: Hutchinson, *op. cit.*, pp. 39-41, 56 y 123-127; Blanquer, *op. cit.*, pp. 238-240; Morenilla Allard, *op. cit.*, pp. 59-65 y 141-156.

³⁴ Para el caso español, se señala que las diligencias probatorias finales acordadas por el juez solo son en apariencia de oficio, puesto que se trata de medios de prueba aportados por las partes pero cuya práctica fue inútil por razones ajenas a la voluntad de estas (Ortells Ramos, *op. cit.*, p. 397). En similar sentido para el caso venezolano: Rengel-Romberg, *op. cit.*, pp. 384-388. Véase también; Kiriakidis L., *El régimen...*, p. 1007; Mejía Betancourt, *op. cit.*, pp. 168-169.

Usuales en la ley venezolana desde hace décadas³⁵, tales potestades del juez han encontrado regulación de una manera amplia en cuanto a su extensión y parca en cuanto a sus límites en el Derecho positivo vigente. De allí que, de forma similar a lo acaecido en otros ordenamientos, pero quizá con especial pertinencia en el venezolano, cabe plantearse el asunto de la no siempre fácil armonización entre las reglas de la carga de la prueba atribuidas a cada parte y las iniciativas probatorias del juez contencioso administrativo³⁶.

Se trata de un asunto que ha ocupado a la doctrina, y cuya reseña excede el objeto de estas páginas. Por tanto, basta con limitarse a resumir señalando que si bien no cabe una objeción apriorística a la existencia de tales iniciativas, las mismas deben ejercerse:

Primero: De forma excepcional (pues de lo contrario harían nugatorias las reglas de la carga de la prueba, como ya se señaló)³⁷;

Segundo: Con mesura, de forma tal de no ampliar las ya amplias prerrogativas procesales de la Administración Pública que de por sí la colocan en una situación de ventaja frente a su contraparte particular;

Tercero: Cuidando de no alterar en lo posible las reglas de la carga probatoria; y

Cuarto: Solo en aquellos casos en que resulten extremadamente necesarias debido, de forma concurrente, tanto a la marcada insuficiencia probatoria para decidir –carencia no imputable a las partes–³⁸ como a la presencia justificada de un interés público concreto de especial relevancia estrechamente vinculado con el objeto de la controversia.

³⁵ Véanse entre otros: Brewer-Carías, *La carga...*, pp. 41-42; Brewer Carías, *Tratado... Tomo VI*, pp. 259 y 386-387; Linares Martínez, *op. cit.*, pp. 1401-1402.

³⁶ Pues no debe olvidarse, como regla general, que la prueba es un acto de parte y no del juez (Rengel-Romberg, *op. cit.*, p. 219). Aparentemente en contra se muestra Linares Martínez, *op. cit.*, p. 1.387, quien afirma que tales iniciativas pueden emplearse incluso ante la negligencia de las partes. No obstante la misma autora expone que el juez puede hacer uso de tales potestades <<...sin suplantar a ninguna de las partes>> (*Ibidem*, p. 1.385) aunque a su vez admite que el juez puede cambiar y sustituir planteamientos y defensas sin modificar la pretensión (*Ibidem*, p. 1.410), así como reconoce su carácter excepcional (*Ibidem*, pp. 1.400 y 1.411).

³⁷ Parcialmente en contra, en cuanto a sostener que las iniciativas probatorias judiciales son perfectamente admisibles en general, incluso en el proceso civil: Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 81-83 y 112.

³⁸ *Cfr.* Morón Palomino, *op. cit.*, p. 281. En este punto coincide al menos parcialmente la posición de un amplio sector de la doctrina con la de Devis Echandía, *op. cit.*, p. 445, en el sentido de que este último admite que la iniciativa probatoria judicial (que él entiende no es excepcional en el actual proceso civil) solo puede darse ante insuficiencias probatorias que no sean consecuencia de la conducta obstruccionista, ímproba, desleal e ilícita de la parte que tenga en su poder el aportar la prueba. Aparentemente en contra para el proceso administrativo venezolano: Linares Martínez, *op. cit.*, p. 1387. Este punto –que además se relaciona con tema del principio de la facilidad y disponibilidad de la prueba (véase Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 120-123 y 138-139) es importante retenerlo, pues sobre él se volverá al estudiar el caso del proceso administrativo venezolano y la conducta procesal tanto de la Administración Pública como del juez contencioso administrativo. Vale aquí la pena citar la interrogante formulada que se relaciona con lo que más adelante se expondrá: <<¿puede la Administración ulteriormente en el proceso administrativo producir la prueba que no produjo antes en sede administrativa? ¿Puede demostrar tardíamente el sustento fáctico de su comportamiento? Mucho depende de si uno quiere privilegiar la verdad objetiva en cualquier etapa del proceso, en cuyo caso puede admitir la introducción de pruebas hasta en la etapa de sentencia en las más altas instancias, o si prefiere reafirmar el debido proceso en sede administrativa, caso en el cual condenará a la decisión administrativa que no fue, al momento de su dictado, sustentada en un sustento fáctico y probatorio razonable y suficiente>> Consideramos que se trata

Ese breve marco dogmático resulta pertinente con el objeto de encuadrar el análisis del uso que le viene dando la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana a sus iniciativas probatorias. Ello pasa a tratarse en los siguientes epígrafes con una hipótesis preliminar, a saber: el uso de las iniciativas probatorias del juez contencioso-administrativo venezolano, representado en este caso por su máxima instancia, no solo es que *no* se ajusta a ninguno de los parámetros antes expuestos y que permiten sostener que en algunos casos su empleo estaría justificado.

Es mucho más grave que eso. Su reiterado y abusivo ejercicio, en primer término, altera las reglas de la carga probatoria en el contencioso administrativo, colocando en una injustificada situación de desventaja a la contraparte, incluso lindando con la indefensión. Y en segundo lugar, es tan extremo que en algunos supuestos termina desnaturalizando también –en una suerte de modificación sobrevenida– las reglas de la carga de la prueba en los procedimientos administrativos que resultan sometidos a revisión judicial en virtud de la interposición de las diversas pretensiones procesales que derivan de tales procedimientos.

La pretendida justificación de ese proceder de la máxima instancia de la Justicia Administrativa venezolana vendría dada por la invocación ritual del artículo de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el cual dispone:

Artículo 39

Auto para mejor proveer

En cualquier estado de la causa el Juez o Jueza podrá solicitar información o hacer evacuar de oficio las pruebas que considere pertinentes. Este auto será inapelable. Las partes podrán hacer observaciones sobre las actuaciones practicadas.

No obstante, como ya se expresó, es evidente que la aplicación de tal dispositivo legal, como la de cualquier otro, está sujeto a los criterios interpretativos propios de la disciplina, incluyendo los elementos lógico y teleológico. Y además de ello, en la hipótesis de esta disposición en concreto, a los lineamientos antes expuestos, dada su condición de norma -si no excepcional- al menos no de aplicación indiscriminada.

Veámoslo con más detalle a continuación valiéndonos del estudio de casos concretos.

V. LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA E INMOTIVADA DE LAS REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA POR LA PRÁCTICA JUDICIAL VENEZOLANA RECIENTE. EL ABUSO DE LAS INICIATIVAS PROBATORIAS COMO VÍA PARA FAVORECER INDEBIDAMENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ALGUNOS EJEMPLOS

1. *La alteración de las reglas jurisprudenciales de la carga de la prueba ante la negligencia de la Administración Pública en remitir oportuna y adecuadamente el expediente administrativo*

Como ya se apuntó, la legislación procesal administrativa venezolana no regula el tema probatorio más allá de señalar los lapsos correspondientes en los diversos procedimientos. Así pues, la mayoría de los asuntos que en otros ordenamientos encuentran previsión en las

más bien de una pregunta retórica a la luz del principio de supremacía constitucional (Gordillo, Agustín: *La prueba en el Derecho Procesal Administrativo*. En: Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA)-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1995, pp. 313-314. En casi idéntico texto: Hutchinson, *op. cit.*, pp. 59-60.

leyes respectivas, en este siguen regulándose, aparte de por los principios y reglas del Código Procesal Civil a tenor del reenvío que hace el artículo 31 de la LOJCA, básicamente por criterios jurisprudenciales.

Es esa la hipótesis para el tema del expediente administrativo, que recoge lo que la ley denomina también los antecedentes administrativos³⁹. Reiterando las regulaciones previas, la LOJCA se limita a prever que en el proceso para la tramitación de las pretensiones de nulidad de actos administrativos, una vez admitida la demanda se solicitará el expediente administrativo, agregando la previsión de sancionar con multa al funcionario que omita o retarde dicha remisión (artículo 79)⁴⁰.

Ante el silencio legislativo⁴¹, se mantienen entonces los criterios jurisprudenciales previos desarrollados por la jurisprudencia contencioso-administrativa de fines del pasado siglo, basados en principios similares a lo que en otros ordenamientos tienen asidero en el Derecho positivo. Criterios sistematizados en una decisión de la década pasada, que además agregó –en una cuestionable ejercicio cuasi normativo– una serie de <<regulaciones nuevas>> cuya pertinencia ha sido criticada por la doctrina⁴², toda vez que las mismas favorecen la posición procesal de la Administración Pública autora del acto cuya declaración de nulidad se solicita.

A los fines de este trabajo, los puntos más relevantes de tal desarrollo jurisprudencial son:

³⁹ Respecto al expediente administrativo en el Derecho venezolano, pueden verse entre otros: Pellegrino Pacera, Cosimina G.: *Algunas consideraciones sobre el procedimiento administrativo y el expediente administrativo*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello Núm. 64. Caracas, 2009, pp. 32-36. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/64/UCAB_64_2010_11-39.pdf; Pellegrino Pacera, Cosimina G.: *Otras consideraciones sobre el expediente administrativo*. Anuario de Derecho Público Núm. 6. Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Caracas, 2012, pp. 261-277. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/ADPUB-MONTEAVILA/6/ADPUB_2012_6_261-278.pdf; Sosa Gómez, Cecilia: “Valor jurídico del expediente Administrativo”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* Núm. 5, Caracas, 2015, pp. 197-225. <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2015/09/Cecilia-Sosa-Go%C3%ACmez.pdf>; Mejía Betancourt, *op. cit.*, pp. 163-180.

⁴⁰ Muy diferente al caso de las previsiones del proceso administrativo español, que se ocupa de este tema. Lo explica así Blanquer, *op. cit.*, p. 262: <<Hasta tres trincheras crea la Ley para proteger al recurrente frente al incumplimiento por la Administración de la obligación de remitir el expediente completo (las multas coercitivas, la información al Ministerio Fiscal y el rechazo del escrito de contestación a la demanda)>>. El autor detalla el asunto en: *Ibidem*, pp. 262-264). Véase también: Cháves García, *op. cit.*, pp. 76-77. Una orientación similar a la española, en cuanto a supeditar la admisión de la demanda contentiva de la pretensión procesal administrativa de nulidad de actos administrativos al recibo del expediente administrativo, se encuentra en una propuesta de *lege ferenda* para el caso boliviano, en: Serrate Paz, José Mario: *El contencioso administrativo en Bolivia*. En: Rodríguez-Arana Muñoz, J. y García Pérez, M. (Coords.): *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Iberoamérica*. Colección Derecho Público Iberoamericano N° 1. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, pp. 77-78.

⁴¹ Ausencia regulatoria criticada por Mejía Betancourt, *op. cit.*, pp. 179-180, dados los múltiples inconvenientes que genera.

⁴² Véase por ejemplo: Figueiras Robisco, Alejandra: *Las nuevas normas creadas por los jueces sobre el expediente administrativo en los juicios Contenciosos-Administrativos*. Anuario de Derecho Público Núm. 1. Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Caracas, 2007, pp. 411-416.

1. El expediente administrativo es el resultado de la recopilación completa y cronológicamente ordenada, de la documentación de todos los actos que tuvieron lugar en la tramitación del procedimiento de formación del acto administrativo cuya declaración de nulidad se solicita; así como también de la documentación del procedimiento de revisión del acto administrativo si este tuvo lugar. Esa regla jurisprudencial se deriva del régimen contenido en ley procedimental venezolana, que en líneas generales es común en Iberoamérica.
2. El envío oportuno de ese expediente administrativo es carga procesal de la Administración Pública que sea parte –según la personificación sustantiva y procesal con que actúe en el proceso judicial contentivo de la pretensión de nulidad⁴³.
3. En consecuencia, el incumplimiento de esa carga procesal llevará al juez contencioso administrativo la convicción de que los hechos afirmados por la parte actora son ciertos⁴⁴, salvo prueba que se deduzca de otros medios incorporados al proceso judicial durante su tramitación⁴⁵. Se trata pues, de una presunción *iuris tantum*⁴⁶.
4. El envío del expediente administrativo puede hacerse por la Administración en cualquier estado de la causa judicial, hasta luego de la presentación de los informes o conclusiones, fase inmediatamente previa a la sentencia definitiva. No opera el principio de la preclusión procesal en estos casos. Se trata de una regla incorporada por la jurisprudencia de la actual Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que no encuentra asidero ni en los precedentes previos ni en el Derecho positivo, y que coloca a la Administración Pública en una situación ventajosa sin que exista una clara justificación, no digamos legal, si no al menos conceptual para ello⁴⁷.

⁴³ Sostiene la doctrina por su parte que: <<... *el expediente administrativo constituido por el conjunto de actuaciones previas dirigidas a formar la voluntad administrativa deviene en la prueba documental que sustenta la decisión de la Administración; sólo a ésta le corresponde la carga de incorporar al proceso los antecedentes administrativos*>> (Sosa Gómez, *op. cit.*, p. 209). En similar sentido: Mejía Betancourt, *op. cit.*, pp. 195-196.

⁴⁴ Véase también: Sosa Gómez, *op. cit.*, pp. 212-213; Perozo Quintero, Isdel: “Aspectos probatorios en el contencioso administrativo”. *Revista de Derecho Administrativo* N° 7. Editorial Sherwood. Caracas, 1999, p. 173-174.

⁴⁵ En anterior ocasión señalamos al respecto: <<*El fundamento de este criterio jurisprudencial estriba en el principio de accesibilidad y facilidad de la prueba, toda vez que, siendo que la misma está disponible para la Administración y no así para el demandante, es lógico que si el órgano o ente demandado no pone a disposición del juez y de su contraparte los medios probatorios que tiene en su poder, habrá de asumir consecuencias adversas desde el punto de vista procesal, como necesaria solución (y prevención) ante su posible conducta desleal o, por decir lo menos, negligente*>> (Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: “Notas sobre algunos criterios recientes de la Sala Político-Administrativa en la aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Parte Final)”. *Revista de Derecho Público* N° 129. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, p. 276).

⁴⁶ Respecto a la remisión del expediente administrativo al juez contencioso administrativo como carga de la Administración Pública, puede verse además de lo ya citado, en la doctrina española, entre otros: Cháves García, *op. cit.*, pp. 243-244. En la doctrina venezolana, entre otros: Kiriakidis, *op. cit.*, pp. 278-280; Kiriakidis L., *El régimen...*, p. 996-997. Agrega Silva Bocaney, *Anotaciones...*, p. 398, que su falta de envío oportuno genera una presunción en contra de la Administración Pública demandada y favorable a la pretensión del actor. Para el caso español, lo explica así Blanquer, *op. cit.*, p. 253: <<*Teniendo en cuenta el principio de buena fe procesal (la carga de la prueba pesa sobre quien tiene más facilidad de aportar las pruebas), es lógico que se imponga a la Administración la obligación de facilitar la reconstrucción de la “intrahistoria” del acto o disposición impugnados. La igualdad del combate jurídico se quebraría si una parte tuviera a su disposición todos los datos y no los facilitara al demandante*>>.

⁴⁷ Véase al respecto: Figueiras Robisco, *op. cit.*, p. 416. Señala Silva Bocaney, *Anotaciones...*, p. 399, que el criterio jurisprudencial de la Sala Político-Administrativa, en cuanto a aceptar el envío

Pero lo cierto es que en los últimos años, a la máxima instancia de la Justicia Administrativa venezolana no le ha parecido adecuado atenerse a sus propios criterios, por lo que ha avanzado más en el favorecimiento procesal de la Administración Pública. Y ello lo ha hecho empleando dos modalidades. Primero: mediante la práctica de solicitar los antecedentes administrativos varias veces y durante las diversas etapas del proceso, incluso en la oportunidad de dictar sentencia definitiva; y más grave aún si se quiere, en segunda instancia, conociendo en alzada de una causa en virtud de la interposición de un recurso de apelación. Y segundo: solicitando *a posteriori* recaudos y documentos que deberían haber estado en ese expediente administrativo remitido por la Administración Pública.

Veámoslo con más detalle a continuación.

A. *Mediante la solicitud reiterada del expediente administrativo en la tramitación de pretensiones de nulidad de actos administrativos*

En lo atinente a la antes referida y muy cuestionable práctica de la máxima instancia de la Justicia Administrativa venezolana de usar sus potestades de iniciativa probatoria frente a la omisión o reticencia de la Administración Pública en el envío adecuado y oportuno del expediente administrativo, señalamos en anterior oportunidad:

<<Múltiples ejemplos de esta práctica se evidencian en la labor jurisdiccional de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que ha llegado a solicitar el expediente o los antecedentes administrativos hasta siete (7) veces. Resultado de ello, es que lo que debería ser una carga procesal de la Administración, cuyo incumplimiento origina que el juez establece una suerte de presunción *iuris tantum* en cuanto a dar por ciertos los hechos afirmados por la parte demandante y cuya constatación (o refutación) correspondía hacerse fundamentalmente con la revisión del contenido de los antecedentes administrativos del caso, salvo que del examen del expediente judicial existan medios probatorios que lo lleven a otra convicción, termina siendo suplida por la actividad del juez, en franco detrimento a la igualdad procesal y en contravención a la propia naturaleza y finalidad de la iniciativa probatoria del juez contencioso-administrativo>>⁴⁸.

La situación, lejos de haber cambiado, más bien parece haberse agudizado. Baste al respecto con referir algunos –la revisión no fue exhaustiva sino a título de ejemplos– de los autos mediante los que la Sala Político-Administrativa solicita, o bien los antecedentes administrativos repetidas veces, en la oportunidad de dictar sentencia definitiva (en 2 ocasiones: autos para mejor proveer número 32 del 28/02/13 y 131 del 26/09/13; en 3 ocasiones, autos para mejor proveer números 65 del 08/06/11, 113 del 15/10/11, 7 del 2/02/12, 67 del 6/06/12, 2 del 5/02/15; en 4 ocasiones, autos para mejor proveer números 80 del 8/07/11 y 119 del 19/09/12; y en 5 ocasiones, auto para mejor proveer número 4 del 30/01/13)⁴⁹; o bien la remi-

del expediente administrativo en cualquier etapa del proceso, inclusive hasta después del acto de informes, puede resultar lesiva al derecho a la defensa del particular, lo cual se agrava si se recibe en el proceso de segunda instancia (*Ibidem*, p. 400). De lo que concluye que se trata de una ventaja indebida para la Administración Pública, considerando además que para la fecha en que se interpone la pretensión, el expediente administrativo se encuentra debidamente sustanciado y terminado, por lo que no hay razón alguna para aceptar la demora en su envío en lapsos distintos a los legales.

⁴⁸ Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: *Problemas fundamentales del contencioso administrativo venezolano en la actualidad*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2013, pp. 186-187.

⁴⁹ Esa práctica ya la habíamos comentado previamente también en: Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: "Notas sobre algunos criterios recientes de la Sala Político-Administrativa en la aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Parte Final)". *Revista de Derecho Público* N° 129. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, pp. 276-277.

sión del expediente administrativo conociendo de la causa en alzada o segunda instancia –y en algunos casos también varias veces– (autos para mejor proveer números 76 del 30/06/11, 15 del 8/02/12, 36, 38 y 39 del 25/04/12, 44 y 45 del 8/05/12, 53 y 54 del 16/05/12, 57 del 16/05/12, 64 del 30/05/12, 70 del 13/06/12, 84 del 4/07/12, 104 del 1/08/12, 118 del 14/09/12, 126 del 9/10/12, 136 del 28/11/12, 150 del 12/12/12, 156 del 19/12/12, 33 del 12/03/13, 54 del 10/04/13, 169 del 20/11/13, 170 del 20/11/13 y 182 del 11/12/13, 71 del 4/06/14 y 85 del 2/07/14)⁵⁰.

Cabe señalar que esa práctica no obedece a cambio jurisprudencial alguno en este asunto. La Sala Político-Administrativa ha reiterado recientemente su criterio tradicional en cuanto a que el envío del expediente administrativo es carga procesal de la Administración Pública, cuyo incumplimiento por tanto puede causarle indeseables efectos procesales. Así lo ha señalado, por ejemplo, tan recientemente como puede verse en la decisión 255 del 22/05/19, en la cual asevera:

<<Ahora bien, el expediente administrativo está constituido por el conjunto de actuaciones previas que están dirigidas a formar la voluntad administrativa, y deviene en la prueba documental que sustenta la decisión de la Administración. Por tanto, **sólo a ésta le correspondería la carga de incorporar al proceso los antecedentes administrativos; su no remisión constituye una omisión que pudiera obrar en contra de la Administración y crear una presunción favorable a la pretensión de la parte accionante.**

En este sentido, **se insiste en que la remisión de los antecedentes administrativos es una carga procesal de la Administración, cuya omisión puede acarrear consecuencias negativas para ésta como parte que es en el proceso**, pues no puede el juzgador apreciar en todo su valor el procedimiento administrativo, así como tampoco las razones de hecho y de derecho que fundamentaron la decisión>> (resaltado añadido).

Resultado obligado de tal proceder, palmariamente contradictorio con la última sentencia citada, es en el mejor de los casos colocar en una situación de notable ventaja a quien ha incumplido reiteradamente lo que el propio órgano judicial concibe como una carga procesal, desnaturalizando la razón de ser de esa categoría adjetiva. Y en el peor, sumir en un estado de casi absoluta indefensión al particular contraparte de la Administración Pública, que hasta la última fase de la causa, incluso en segunda instancia, estará sometido al riesgo de que la entera situación probatoria del juicio sea modificada por el proceder unilateral del juez⁵¹, con todas las consecuencias gravosas respectivas⁵². No creemos que la búsqueda de una pretendida verdad material justifique entonces la vulneración de derechos constitucionales procesales de manera tan evidente.

⁵⁰ Encontramos que en solo dos casos el Tribunal justifica tal petición aduciendo que el juez *a quo* no solicitó en su oportunidad el expediente administrativo (autos números 42 del 2/05/12 y 149 del 22/11/12). En los demás, este había sido oportunamente pedido –e incluso varias veces– y la Administración Pública simplemente no había cumplido con su carga ni los funcionarios con su deber.

⁵¹ Y es que para el caso de las pretensiones de nulidad de actos administrativos particulares, compartimos lo aseverado por la doctrina, en cuanto a que: <<...*el expediente administrativo constituye la piedra angular, desde punto de vista de la Administración, para el control judicial*>> (Pellegrino Pacera, *Algunas consideraciones...*, p. 33).

⁵² En tales casos, el Tribunal suele establecer un lapso de cinco días de Despacho (laborables) contados a partir de la recepción del expediente administrativo, para que las partes formulen sus observaciones, lo cual es obvio que no puede considerarse un plazo mínimamente suficiente y por tanto resulta irrazonable. Tómese en cuenta que no es inusual que los expedientes administrativos tengan varios centenares de páginas. Así por ejemplo véase el auto para mejor proveer de la Sala Político-Administrativa número 144 del 23/10/13.

B. *Mediante la solicitud de recaudos y documentos que debían cursar en el expediente administrativo en la tramitación de pretensiones de nulidad de actos administrativos*

Pero además de lo descrito en el sub-epígrafe previo, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia emplea sus potestades oficiosas de iniciativa probatoria para solicitar -también llegado el proceso a la fase de emitir sentencia de fondo- recaudos de diversa índole que debían estar en el expediente administrativo enviado por la Administración Pública en etapas previas. El asunto se agrava porque en tales casos esa solicitud se hace estando el proceso judicial en la segunda instancia. En otros términos, el Juez hace uso de iniciativas probatorias en una etapa en la que incluso está restringida la amplitud de medios de prueba que pueden hacerse valer en plazos preclusivos (artículo 91 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

A continuación algunos ejemplos de ello:

Para pronunciarse respecto al alegato de prescripción del cobro de una obligación tributaria, el juzgador –conociendo en apelación– solicita a la Administración Tributaria envíe una serie de actos administrativos (planillas de liquidación de impuestos contra las que se ejerció recurso jerárquico –alzada– desestimado en vía administrativa), como se evidencia del auto para mejor proveer número 67 del 22/06/10.

De forma similar, en otro juicio y también conociendo en alzada, el órgano judicial, al constatar que el expediente recibido está manifiestamente incompleto, solicita a la Administración Tributaria <<...copia certificada de las actuaciones del expediente administrativo relacionado con el presente caso que no fueron consignadas a los autos...>>, ello con el propósito de <<...conocer con exactitud el alcance y naturaleza de las decisiones administrativas objetadas y el contexto jurídico en el cual fueron adoptadas...>> (auto para mejor proveer número 19 del 23/02/11. También solicita recaudos constatando que el expediente administrativo no está completo, por ejemplo en el auto para mejor proveer número 95 del 23/07/14.

Con el fin de pronunciarse también en apelación, el tribunal solicita a la Administración Tributaria el envío de las actas fiscales que dieron fundamentación a la imposición de multas al recurrente en el procedimiento administrativo, así como <<... cualesquiera otras no especificadas previamente, que guarden relación con el procedimiento de verificación efectuado por la Administración Tributaria en el caso de autos...>>, señalando garantizar con ello la tutela judicial efectiva (auto para mejor proveer número 130 del 24/10/12.

En otra causa, el órgano judicial también pide el envío de una serie de recaudos contentivos de datos respecto a diversas situaciones jurídicas, incluyendo el cumplimiento de requisitos formales por parte de entidades jurídicas y el inicio y tramitación de procedimientos administrativos sancionadores (auto para mejor proveer número 100 del 26/06/13), en un proceso judicial mediante el cual se demanda la declaración de nulidad de una serie de actos de imposición de multas y de obligaciones tributarias. Cabe reiterar que toda esa información se solicita en etapa de sentencia en el proceso de segunda instancia.

En el caso de pretensiones de nulidad frente a una serie de actos de contenido ablatorio y sancionador en materia tributaria, el Tribunal, conociendo en alzada (consulta obligatoria), solicita el envío de la documentación que recoge una serie de actuaciones administrativas mencionadas pero no contenidas en el expediente administrativo recibido, vinculadas con pruebas evacuadas por la Administración Tributaria en el procedimiento administrativo. Cabe resaltar que se trata de actos referidos como motivos de los actos recurridos pero que no fueron tampoco consignados en el proceso judicial (auto para mejor proveer número 126 del 14/08/13).

En otra oportunidad, ante la constatación por parte del Tribunal de que el expediente administrativo se encuentra incompleto, en un proceso judicial que conoce en segunda instancia y en el cual se demanda la nulidad de actos tributarios de contenido ablatorio, solicita nuevamente a la Administración Tributaria el envío de la totalidad del referido expediente (auto para mejor proveer número 95 del 23/07/14).

En todos esos casos se están vulnerando no solo los criterios jurisprudenciales respecto al envío oportuno y adecuado del expediente administrativo como carga procesal de la Administración Pública, sino que además, cabe plantear la hipótesis de que sobrevenidamente se estaría alterando la regla general atinente a que la carga de la prueba en los procedimientos administrativos de naturaleza ablatoria corresponde a la Administración Pública. No otra cosa parece poder concluirse de la activa búsqueda de elementos probatorios que no constan en autos por la negligente conducta procesal de la Administración Pública en el mejor de los casos, o sencillamente, porque no se incorporaron en su oportunidad al expediente de tramitación del procedimiento administrativo respectivo.

Por último, en la tramitación de una pretensión de nulidad de un acto administrativo que ordena la ocupación temporal de un bien inmueble con el fin de realizar un estudio de factibilidad del mismo para el desarrollo de proyectos de construcción de viviendas, el órgano judicial solicita repetidamente a la Administración Pública el envío del expediente administrativo por auto del 16/02/16, así como los resultados de la realización de ese estudio por autos del 07/03/17 y 17/01/18. Y luego de ello, mediante auto para mejor proveer número 6 del 13/02/19, de nuevo el máximo tribunal contencioso administrativo solicita una información adicional a la Administración Pública, esta vez, con el fin de que informe respecto la situación actual del inmueble ya aludido y a la vez que remita <<... [d] el respectivo estudio final en el cual se haya analizado la factibilidad o no del terreno en cuestión>>. Con ello el órgano judicial busca con especial denuedo que se incorporen a los autos elementos de prueba –incluso nuevos– que justifiquen *retroactivamente* el proceder de la Administración Pública en sede administrativa, actuaciones lesivas a los derechos de un particular y que están siendo impugnadas ulteriormente en sede judicial.

Todas estas órdenes judiciales van pues, dirigidas a suplir las carencias y omisiones probatorias de la Administración Pública, derivadas del incumplimiento de sus cargas legales de remitir el expediente administrativo debidamente conformado según los principios y reglas jurídicas correspondientes, en cuanto a su completitud y ordenación cronológica. O peor aún, se está ante negligencias administrativas producto de la previa vulneración de las reglas básicas de tramitación de los procedimientos administrativos en cuanto a la adopción de las diligencias requeridas para adoptar una decisión basada en el soporte fáctico y jurídico requerido (principios de eficacia, eficiencia y buena Administración, entre otros). El resultado es también, por esta vía, soslayar las deficiencias en la defensa del ente público demandado, que deberían haber determinado que operara entonces la regla jurisprudencial en contra de quien incumplió la carga, salvo que el examen del expediente judicial determinara otra conclusión.

Y es que cabe enfatizar que, en los procesos judiciales contra actos de contenido ablatorio, pedir recaudos que incluso pueden ser posteriores a la culminación del procedimiento administrativo que originó tales actos, implica entonces replantear en sede judicial lo que debió analizarse en sede administrativa antes de que se emitiera el pronunciamiento de la Administración Pública. Por consiguiente, también aquí se corre el serio riesgo de alterar sobrevenidamente las cargas probatorias procedimentales, siempre en favor de los entes públicos.

No se agotan aquí las tendencias a favorecer procesalmente a la Administración Pública acudiendo a las iniciativas probatorias del juez, sin sopesar que tales actuaciones pueden influir incluso en ciertos en lo que se decidió con antelación en sede administrativa, modifi-

cando las reglas de la carga probatoria en un modo casi retroactivo. A continuación se muestran otros ejemplos similares del proceder de la máxima instancia de la Justicia Administrativa venezolana en la tramitación de diversos tipos de pretensiones.

2. *La alteración de las reglas de la carga de la prueba en pretensiones de condena interpuestas por la Administración Pública mediante la solicitud de documentos*

Así por ejemplo, puede referirse la iniciativa aprobatoria ejercida en la oportunidad de pronunciarse respecto a solicitud de medida cautelar de secuestro (apoderamiento judicial de un bien concreto) sobre un inmueble, planteada por la República en su condición de parte demandante en una pretensión de condena (resolución de contrato). La pretensión tuvo como causa el supuesto incumplimiento contractual de un ente no estatal y privado, y en la incidencia del caso la Sala Político-Administrativa, haciendo uso de su potestad de iniciativa probatoria, solicita a la parte demandante que presente: 1) El documento registrado mediante el cual fue adquirido la propiedad del inmueble objeto de la demanda y 2) Los contratos celebrados por la empresa demandada con terceros, y que justamente serían la causa del incumplimiento alegado por la parte actora para fundamentar su demanda de resolución contractual (auto para mejor proveer número 17 del 23/02/12).

En otros términos, el órgano judicial pide a la parte demandante aporte los medios probatorios requeridos, en primer lugar, para demostrar la presunción de buen derecho o *fumus boni iuris* requerida con el fin de acordar la medida cautelar pedida, lo que de por sí implica que el juez está supliendo la carga probatoria del actor en ese incidente cautelar. Pero en segundo término, y lo que es más grave, el juez está pidiendo a la parte demandante *los instrumentos fundamentales de la demanda*, esto es, de los que deriva inmediatamente el derecho reclamado.

Téngase en cuenta que se trata de una demanda de resolución contractual en la que la parte actora alega como *causa petendi* el incumplimiento de las cláusulas de un comodato por parte de la demandada; incumplimiento que se configuraría porque esta última, beneficiaria de ese préstamo de uso, a su vez habría celebrado diversos contratos con terceros sobre el inmueble en cuestión (comodatos, arrendamientos y concesiones). Así las cosas, cabe concluir que los instrumentos fundamentales de la demanda no son otros que los pedidos por el juez al actor en la incidencia cautelar⁵³, y que por tanto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 33.6 de la LOJCA, debían haber sido presentados por este *al momento de la presentación de la demanda*. En caso contrario, la demanda debía resultar inadmitida de acuerdo con lo establecido en el artículo 35.4 *eiusdem*, a reserva del empleo de las potestades judiciales reguladas en el artículo 36 del referido texto legal y que configuran una suerte de Despacho saneador⁵⁴.

⁵³ Consideramos que no parecen haber dudas respecto a que en una demanda de resolución de contrato de comodato, al menos el documento que acredita la titularidad del inmueble objeto de esa convención es un documento fundamental de la demanda (Cfr. Rengel-Romberg, *op. cit.*, pp. 42-43).

⁵⁴ **Artículo 33 Requisitos de la demanda.** El escrito de la demanda deberá expresar: 6. Los instrumentos de los cuales se derive el derecho reclamado, los que deberán producirse con el escrito de la demanda. **Artículo 35 Inadmisibilidad de la demanda.** La demanda se declara inadmisibile en los supuestos siguientes: 4. No acompañar los documentos indispensables para verificar su admisibilidad. Comentando la norma se señala: <<En los procesos de demandas de contenido patrimonial, se formula una pretensión de condena, que debe ir acompañada del instrumento contractual (...) si se trata de una reclamación cuyo título regula una relación jurídica bilateral>> (Hernández-Mendible, Víctor Rafael: *Las condiciones de admisibilidad de las demandas y el contenido*

En conclusión, se trata del uso de una iniciativa probatoria para suplir una carga de la parte demandante, por supuesto un ente público (en este caso la República), carga cuyo incumplimiento no solo es que debió haber determinado la desestimación de la solicitud de medida cautelar, sino antes, incluso quizá la propia declaración de inadmisibilidad de la demanda o pretensión principal.

Continuemos revisando otras formas mediante las cuales la Justicia Administrativa venezolana emplea sus potestades oficiosas en materia de pruebas para favorecer al Poder Público.

3. *La creación ex officio de contrapruebas frente a medios probatorios desfavorables a la Administración Pública*

Lo expuesto en el título de este sub-epígrafe se verificó en el auto para mejor proveer número 88 del 12/06/13. En ese proceso, parte del objeto de la controversia se refirió a la demostración de la existencia de una situación jurídica de suspensión de la relación laboral (*rectius*: funcionarial o de empleo público) acaecida a la demandante cuando fue objeto de la sanción de destitución de su condición de juez. Esa situación administrativa constituye el supuesto fáctico de los argumentos destinados a cuestionar entonces la legalidad de la sanción impuesta, habida cuenta de que, según afirmó la actora, en el procedimiento administrativo que originó el acto cuestión no se tomó en cuenta ni esa suspensión (permiso) ni tampoco la situación de salud en que se encontraba la sancionada.

Pues bien, sin entrar a revisar la hipotética procedencia de la pretensión planteada en esos términos, lo cierto es que para demostrar la concurrencia de los supuestos de hecho que habrían dado lugar a tal situación administrativa, la parte actora había consignado en autos las certificaciones médicas que a su decir demostraban su incapacidad física temporal para desempeñar sus funciones, emanadas de la institución pública oficial con competencia general para emitir tales actos, a saber, el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL).

Ante ello, en la oportunidad de dictar decisión de fondo, la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa, señalando actuar en aras de garantizar la tutela judicial efectiva, acuerda en su lugar la práctica de varias diligencias probatorias. Entre otras, solicita información al máximo jerarca de la referida institución pública de salud, a fin de que informe si el médico que aparece como firmante de la referida certificación se encontraba facultado para realizar tal actuación o <<...de qué título derivó el ejercicio de esa competencia>>. Pero no solamente el juez decide averiguar *motu proprio* si el funcionario en cuestión tenía la competencia en razón del tiempo para realizar lo que hizo, si no que ordena además que la institución envíe el Manual descriptivo de cargos vigente para la fecha en que se emitió el acto y que refleje las funciones inherentes al cargo desempeñado por el funcionario en cuestión.

Luce evidente que la actuación del juez es la que en todo caso hubiera correspondido a la contraparte de la parte demandante, en cuanto a cuestionar la prueba que aparentemente le desfavorece argumentando que la misma carecería, si no de veracidad, al menos sí de validez

del auto de admisión en el proceso administrativo. En: Brewer-Carías, A.R. y V.R. Hernández-Mendible (Dirs.): El contencioso administrativo y los procesos constitucionales. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 287). Cabe señalar que en materia procesal civil, la regla general es también que si los documentos fundamentales no se presentan con la demanda, no se admitirán después (*Cfr.* Rengel-Romberg, *op. cit.*, pp. 44-45).

jurídica, en este caso, mediante la producción de una suerte de contraprueba⁵⁵. Contraprueba que vendría dada por la demostración de la incompetencia del funcionario para dictar el acto en cuestión, es decir, la certificación de incapacidad física temporal.

El asunto es que tal contraprueba no provino de las partes durante el debate procedimental originario, ni siquiera del posterior judicial. Viene del juez actuando ya en fase de dictar el fallo de mérito, lo que implica que con ella, lejos de garantizarse la tutela judicial efectiva, se está dejando en estado de indefensión a la parte actora que tenía la expectativa de que sus pruebas fueran valoradas tal cual habían sido aportadas sin aparente contradicción hasta ese momento. Contraprueba que además, no se pretende incorporar a los autos como consecuencia de algún cuestionamiento formulado por la parte demandada en el proceso respecto a la validez o eficacia jurídica de la fuente o del medio probatorio aportado por su contraparte.

Se trata por el contrario de una iniciativa probatoria oficiosa, y como ya se señaló, no se desprende del contenido del auto en cuestión que ese asunto hubiera sido objeto de controversia en el debate procesal. De tal suerte que el juez, *por su iniciativa propia*, decidió poner en cuestionamiento una prueba que, al menos en apariencia y a reserva de un análisis y valoración detallados en el fallo de mérito, no mostraba signos que dieran lugar a dudas o reservas en cuanto a su validez formal, máxime tratándose de actos emanados de un funcionario público. Y ese cuestionamiento además, lo lleva no solo a poner en duda el acto en sí en cuanto a su validez derivada de una eventual incompetencia temporal del funcionario. Es que además, la Sala Político-Administrativa parece desconfiar también de la información que pueda aportarle el máximo jerarca del ente público en cuestión, por lo que le solicita que le envíe el instrumento que respalde lo que le vaya a responder.

Podrían agregarse algunas consideraciones vinculadas con la adecuación o no de tal proceder judicial con varios principios de la actividad administrativa plasmados en el ordenamiento jurídico venezolano (buena fe, honestidad, transparencia, lealtad institucional, entre otros) así como también a los del proceso judicial. Pero nos limitaremos a señalar que en este caso, además, la máxima instancia de la Justicia Administrativa se esfuerza denodadamente en enervar una prueba aportada justamente en una pretensión de nulidad de un acto dictado por el Poder Judicial, específicamente, por el propio Tribunal Supremo de Justicia. Quizá ello ayude a explicar –que no a justificar– la clara asunción de una conducta procesal propia de una parte y no de un juez⁵⁶, en detrimento de una la contraparte.

En resumen, varias de las iniciativas probatorias concretas adoptadas por la máxima instancia de la Justicia Administrativa venezolana son tan amplias y desproporcionadas en su intento de favorecer a la Administración Pública parte en el proceso judicial de que se trate, que incluso terminan alterando –en una suerte de modificación sobrevenida– las reglas de la carga de la prueba en el procedimiento administrativo que dio lugar a las actuaciones posteriormente sometidas a control judicial. La afectación no solo de los Derechos Constitucionales Procesales de las desaventajadas contrapartes de los entes públicos, sino incluso del principio de seguridad jurídica, están a la vista.

⁵⁵ Sobre el concepto de contraprueba, se señala que es aquella que tiende a inducir en el ánimo del juez la duda sobre la veracidad de los hechos alegados y probados por la contraparte, es decir, demostrar la imposibilidad de la prueba practicada por la contraparte (Cortes Domínguez, Gimeno Sendra y Moreno Catena, *Derecho Procesal Civil...*, p. 159)

⁵⁶ Valga aquí recordar la siguiente advertencia doctrinaria: <<Podemos reconocer aquí el riesgo de una posible actuación parcial del juez, que se concretaría si éste practicase sus poderes en el interés exclusivo de una de las partes>> (Linares Martínez, *op. cit.*, p. 1387).

Culminemos esta reseña con otras prácticas usuales en la tramitación de pretensiones por parte de la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana.

4. *La sustitución del deber de decidir con arreglo a lo alegado y probado en autos por la práctica de pedir opinión o preguntar a la Administración Pública como parte procesal*

Cerramos esta revisión con otra modalidad del indebido uso de iniciativas probatorias por parte de la máxima instancia de la Justicia Administrativa venezolana, en las que incluso en ciertos supuestos se terminan alterando las reglas de la carga de la prueba en los procedimientos administrativos que originaron los actos o actuaciones sometidos a revisión. Se trata de varios tipos de causas judiciales en las que el juez, en lugar de decidir un asunto con arreglo a lo alegado y probado en autos, decide pedir una opinión, o sencillamente, pregunta a la Administración Pública sobre determinada situación jurídica (no meramente fáctica) relevante para el caso controvertido.

El primero de esos casos y que parece ser bastante común, se produce en aquellas hipótesis en las que el juez debe emitir un pronunciamiento respecto a si tiene o no potestad jurisdiccional para decidir un asunto, o contrariamente, si este último debe ser conocido por la Administración Pública. Tales situaciones se dan, por ejemplo, en aquellos supuestos en que se produce la terminación de una relación de trabajo amparada por normas de estabilidad absoluta o inamovilidad laboral, que desde hace un tiempo han pasado de ser regímenes especiales del Derecho Individual o Colectivo del Trabajo según las circunstancias, para convertirse en la práctica en la regla en el mercado de trabajo venezolano, con los perniciosos efectos prácticos bien conocidos.

Consecuencia de esa anómala situación jurídica es que lo que debería ser la regla, a saber, la terminación de la relación de trabajo por voluntad de una de las partes con las consecuencias legales correspondientes cede antes las limitaciones imperativas que obstaculizan o impiden esa finalización de manera prácticamente indiscriminada. Y una de las medidas que tienden a garantizar la aplicación de ese régimen es la existencia de órganos administrativos con competencia para calificar si esas relaciones de trabajo se encuentran o no sometidas al régimen en teoría excepcional pero común en la actualidad, y de verificarse por ellos tal sometimiento, ordenar la reincorporación obligatoria del trabajador⁵⁷.

Visto ello, es común entonces que se planteen controversias respecto a si el cuestionamiento de la finalización unilateral de la relación laboral corresponde ser conocido por los jueces del trabajo o bien por esos órganos administrativos, y en tales hipótesis, el competente para pronunciarse sobre si el Poder Judicial tiene o no jurisdicción es la Sala Político-

⁵⁷ Respecto a ese asunto, véanse entre otros: Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: *El control judicial de la actividad administrativa de contenido laboral*. 4ª edición actualizada. Cuadernos de Derecho Público N° 1. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2013, así como la bibliografía allí citada; Canónico Sarabia, Alejandro: *El control jurisdiccional sobre la actividad e inactividad de la Administración del Trabajo y la vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. En: Hernández-Mendible, V.R. (Dir.): *La actividad e inactividad administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Colección Estudios Jurídicos N° 96. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, pp. 485-516. Más recientemente: Aponte A., Jonás E.: "Autotutela Administrativa vs. Intervención Judicial. Reflexiones a la luz de las Providencias Administrativas de las Inspectorías del Trabajo". *Revista Derecho y Sociedad* Núm. 15. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. Caracas, 2019, pp. 125-139. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/15/deryso_2019_15_125-139.pdf.

Administrativa del máximo Tribunal⁵⁸. Pronunciamiento que vendrá determinado, en la gran mayoría de los casos, por establecer previamente si el vínculo que tenía la parte demandante con su empleador, en el supuesto de que este haya sido la Administración Pública, era de índole laboral o funcionarial. Ello, toda vez que si se trata de una relación funcionarial o estatutaria (empleo público), no será aplicable el régimen antes referido ni la Administración Laboral tendrá competencias para dictar un pronunciamiento previo en sede administrativa.

Pues bien, parece haberse impuesto como tendencia más o menos reciente, que en controversias de esa índole en las que el demandado es un ente público, el órgano judicial, antes de emitir un pronunciamiento, además de solicitar información a la parte accionada, pide un informe a la Administración Pública *preguntando justamente lo que ella debe decidir*, esto es, si la relación jurídica existente entre las partes era de índole laboral o funcionarial. Lo que implica entonces pedir la opinión de una de las partes justamente respecto a lo que es el *thema decidendum*; con lo que incluso, en realidad no se está ejerciendo ninguna iniciativa probatoria respecto a verificar algún hecho o afirmación fáctica.

Así, puede mencionarse el auto para mejor proveer número 103 del 1/10/12, cuyo texto dispone:

<<Cabe destacar que la solicitud de autos fue ejercida contra el Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario, y no se evidencia del expediente si la mencionada trabajadora era funcionaria pública, lo que conllevaría a que se encuentre dentro del supuesto contemplado en el último aparte del artículo 6° del Decreto N° 8.732 del 24 de diciembre de 2011 (...), que excluye de la aplicación del Decreto de inamovilidad laboral a los funcionarios públicos.

Por lo tanto esta Sala, para resolver el tema referido a la jurisdicción, en aras de la tutela judicial efectiva (...) acuerda oficiar al **MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA EL SERVICIO PENITENCIARIO** para que *informe si la relación jurídica que mantenía la ciudadana (...) con ese organismo Ministerial era regulada por normas de la legislación laboral o de naturaleza estatutaria (...)*>> (cursivas añadidas).

Como ejemplos adicionales de tan censurable práctica, baste con citar los siguientes autos para mejor proveer: 23 del 07/03/12, 62 del 24/05/12, 99 del 25/07/12, 110 del 14/08/12, 147 del 04/12/12, 50 del 02/04/13, 67 del 24/04/13, 69 del 08/05/13, 99 del 19/06/13, 107, 153 del 06/11/13, 34 del 12/03/14, 109 del 02/10/14 y 149 del 03/12/14⁵⁹.

Cabe señalar que además, la Sala Político-Administrativa ya ha decidido casos *ateniéndose en su motivación únicamente a la información aportada por la Administración Pública*, como se evidencia por ejemplo de las decisiones 1.225 del 06/11/13 y 1.475 del 17/12/13.

Pero no solo en asuntos fronterizos con el Derecho Laboral y con los procedimientos administrativos vinculados con él, en lo que respecta a la determinación de la potestad jurisdiccional para conocerlos y resolverlos, la Justicia Administrativa venezolana no duda en <<preguntar>> a la Administración Pública demandada sobre con el objeto de la controversia.

⁵⁸ Artículos 6, 59 y 63 del Código de Procedimiento Civil, 26.20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 23.20 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

⁵⁹ En otra ocasión, el juez ha ido más allá preguntado directamente a la parte demandada, una Administración Pública, respecto a la duración de una relación laboral a los fines de determinar <<...si el solicitante al momento del presunto despido se encontraba amparado por la inamovilidad laboral...>> (auto para mejor proveer número 23 del 06/02/14). O bien, ha solicitado al empleador público que informe la fecha de inicio y terminación de la relación laboral que tuvo con la parte actora (auto para mejor proveer número 28 del 20 de febrero de 2014).

Así por ejemplo, en una pretensión de condena pecuniaria derivada de una relación laboral, el Juez Administrativo solicitó varias veces a la Administración Pública demandada le enviara los documentos que acreditaran los pagos por una serie de conceptos reclamados por la parte actora (auto para mejor proveer número 5 del 02/02/12). En otros casos, le ha preguntado a la Administración Pública si pagó o no, así como las razones por las cuales no habría pagado una serie de deudas reclamadas por un particular también en una pretensión de condena pecuniaria derivada de un vínculo de naturaleza laboral (auto para mejor proveer número 109 del 10/07/13). En tales supuestos, el intento en ese último caso de suplir la carga de la Administración Pública demandada no solo probatoria, sino incluso en cuanto a alegación, es evidente.

Asimismo, ha preguntado la autoridad judicial al demandado en etapa de decisión, en una pretensión de condena frente a la inactividad administrativa, derivada en el caso de la falta de ejecución de una serie de Decretos de expropiación, si los órganos administrativos competentes habían actuado o no, aun cuando en el proceso había sido solicitado además el expediente administrativo de tales procedimientos (sentencia 803 del 04/06/14). A pesar, por supuesto, de que el proceso judicial previo había tenido fases de alegaciones y pruebas. Similar proceder se evidencia en el auto para mejor proveer número 149 del 03/12/14. En esos últimos casos de pretensiones de condena frente a la inactividad administrativa, preguntar a la Administración Pública demandada si actuó o no o en sede administrativa y por qué no lo hizo, implica prácticamente pedir su opinión respecto a la orientación que habrá de tener la sentencia de mérito. Y además, tratar de mostrar una justificación sobrevenida a la previa falta de actividad en los correspondientes procedimientos administrativos.

Cerramos este sub-epígrafe con un caso curioso, en el cual la Sala Político-Administrativa decidió crear una nueva prerrogativa procesal a favor de los entes públicos, al interrogar a una Administración Pública si tenía interés en proseguir en la ejecución de una medida cautelar de embargo de bienes muebles propiedad de un particular. Vale la pena transcribir lo que opina el juez respecto a la conducta procesal del ente público demandante y quien había solicitado y obtenido que se acordara la tutela preventiva:

<<...la negligencia evidente en este proceso, pues la medida de embargo se acordó el 21 de mayo 2008 y la ejecución de dicha medida depende de la actividad procesal de quien la solicita, advirtiéndole que las cautelares se caracterizan siempre por la urgencia (a la cual no ha atendido el Instituto solicitante)...>>

Como puede verse, la medida cautelar había sido decretada *casi seis años antes*, pues el auto para mejor proveer número 34 es del 12/03/14. Pero a pesar de que el órgano judicial concluye que la misma no había sido llevada a cabo por la negligencia del ente público, decide preguntarle si le interesa o no el asunto, en lugar de aplicar las consecuencias jurídico-procesales del caso. Consideramos que huelgan mayores comentarios al respecto.

REFLEXIÓN FINAL

Un respetable sector de la doctrina nacional⁶⁰, ante los abusos y desviaciones en que ha incurrido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia desde su nacimiento, ha

⁶⁰ Así por ejemplo: Hernández G., José Ignacio: “¿Se justifica el control concentrado de constitucionalidad en Venezuela? Algunas notas sobre los límites y riesgos derivados de la Justicia Constitucional”. En: *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal & IV de Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Carlos Ayala Corao*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo-Universidad Monteávila-ACIENPOL. Caracas, 2017, pp. 521-542. Del mismo autor: “¿Se justifica preservar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia? Apuntes para una reforma de

planteado como posible vía solución en el futuro la supresión de esta, o al menos la eliminación de varias de sus competencias constitucionalmente asignadas, en una futura modificación de la Carta Magna. *Mutatis mutandis*, podría pensarse entonces en algo similar en el caso de la máxima instancia de la Justicia Administrativa.

No nos inclinamos por tales vías. En primer lugar, porque se trataría en última instancia de un cambio más nominal que real, toda vez que hay cometidos que en cualquier Estado Constitucional de Derecho deben ser ejercidos siempre de una forma u otra, y en nuestra tradición constitucional, han de serlo por las máximas instancias judiciales. Y es que es bien sabido que el control jurisdiccional del Poder Público es una *conditio sine qua non* para la configuración, existencia y funcionamiento de nuestros sistemas políticos y jurídicos, si aspiran a desarrollarse en democracia.

Así pues, podrá llamarse Sala, Corte o Tribunal Constitucional, pero su posición y funciones constitucionales serán similares en el fondo, prescindiendo de aspectos técnicos y organizativos de detalle que, sin dejar de tener interés, no son determinantes. Lo mismo puede predicarse de la Justicia Administrativa, que habrá de existir con su nombre y regulación actual, o bien con otros similares.

De allí que, sin negar la conveniencia al ejercicio de reflexionar con visión prospectiva sobre la posición de la Sala Constitucional, así como respecto a la regulación de sus potestades en la Carta Magna, consideramos que *no hubiera tenido mayor diferencia en la trayectoria práctica de ese órgano el haber ostentado constitucionalmente unas competencias de más o de menos*. Ello, toda vez que el desviado ejercicio de sus funciones nunca se basó realmente en una frase mal colocada (habrá sido una excusa complementaria en todo caso), o en una deficiencia de técnica normativa por parte del Constituyente, o bien en una incongruencia del sistema de control de la constitucionalidad⁶¹; *si no en la defensa a ultranza de un proyecto político radicalmente contrario a los valores de la propia Constitución*. La auto-atribución de funciones y vías procesales que ese Juzgado ha seguido como práctica desde su creación creemos que así lo confirma. Y a partir del 2016, el marco normativo dejó ya de tener toda importancia, incluso en lo formal.

El problema esencial reside, a nuestro entender, más en las personas que conforman las instituciones públicas, y no tanto en la forma y los poderes jurídicos explícitos de estas últimas. Veintiséis constituciones (la mayoría nominales) frente a un muy precario desempeño de las instituciones en ellas creadas, suprimidas y modificadas, en nuestra historia constitucional de dos siglos ya, parecen apuntalar esa conclusión⁶².

Por supuesto que los temas de diseño constitucional y legal son importantes, pero con limitarse a abordarlos no se resolverá mucho si se mantienen las deficientes prácticas culturales y sociales centradas en la selección de los altos cargos de la judicatura considerando la

la Justicia Constitucional". *Revista de la Facultad de Derecho* Núm. 71. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2016-2017, pp. 119-150. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/71/UCAB_2016-2017_71_119-150.pdf.

⁶¹ De hecho, si se compara con la forma en que se redactaron, discutieron y aprobaron muchas disposiciones constitucionales, el tema de la Jurisdicción Constitucional (regulada en el Título VIII, Capítulo I), brilla por sus méritos. De allí que, sin negar las críticas que pueda merecer, esa regulación luce mucho más satisfactoria, incluso en lo formal, que buena parte del restante texto de la Carta Magna.

⁶² Véase: Brewer-Carías, Allan R.: *Historia Constitucional de Venezuela*. Editorial Alfa. Caracas, 2008.

afinidad política o ideológica, o incluso contubernios más cuestionables, antes que los méritos académicos, la formación profesional y el desempeño ético. Esas malas prácticas, agravadas y generalizadas en las dos últimas décadas hasta un paroxismo que hoy alcanza lo grotesco, producto de la progresiva implantación del autoritarismo, es lo que ha producido la inexistencia fáctica de los mecanismos jurídicos formales de control del Poder Público en Venezuela, tanto los administrativos⁶³ como los jurisdiccionales.

En el caso de la Judicatura, institución de especial transcendencia y a la vez de fragilidad frente a ese tipo de maniobras, dado lo delicado de su propósito constitucional, el resultado no podía ser otro que el terminar convirtiendo a la Justicia Administrativa en la defensora más acérrima de la Administración Pública, renegando de su razón de ser⁶⁴.

Se está en presencia, a no dudarlo, de un asunto cuya envergadura trasciende los mecanismos formales y se hunde en las raíces de la génesis, evolución y desempeño de nuestras sociedades iberoamericanas, y que por ende no se resolverá, ni por cambios en el régimen constitucional, ni de forma rápida y sencilla⁶⁵.

Se tratará más bien de ir evolucionando en lo posible hacia la consolidación de formas de pensar y actuar más cónsonas con el modelo de una sociedad moderna y democrática (y por tanto abierta y plural). Hacia generalizar pues, un modo de vida que considere que el prestigio, el respeto y la influencia, y por tanto las credenciales para el desempeño de las altas dignidades públicas, deben venir de la trayectoria y los méritos, antes que del aprovechamiento ilegítimo de los vínculos políticos, económicos, familiares o personales, entre otros⁶⁶.

⁶³ Cfr. nuestro trabajo: *La inconstitucional designación de los titulares de los órganos de control de la Administración Pública venezolana y algunas de sus consecuencias*. En: Rodríguez Arana, J., Delpiazzo, C., Da Silva Filho, J.A., Valim, R. y Rodríguez, M. (Coords.): *Control administrativo de la actividad de la Administración*. Volumen II. XVIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. São Paulo, Brasil, 2019, pp. 383-415, así como la bibliografía allí citada.

⁶⁴ Véase por ejemplo, nuestro trabajo: “La Justicia Administrativa venezolana actuando como defensora política de la Administración Pública: El estadio final en la negación de su función constitucional”. *Revista Tachirensis de Derecho* 5/2019 edición digital y 30/2019 edición ordinaria. Número extraordinario *in memoriam* Dr. Jesús González Pérez. Universidad Católica del Táchira. Venezuela, 2019, pp. 33-58, así como la bibliografía allí citada.

⁶⁵ Para cuando se escriben estas líneas, el “Contralor General de la República” ha dado declaraciones públicas en las que señala haber instruido a todos los órganos del sistema nacional de control fiscal para que realicen inspecciones a empresas y comercios que venden alimentos con el fin de combatir la especulación e imponer las sanciones a que haya lugar. Basta una lectura rápida a las normas constitucionales que regulan al sistema nacional de control fiscal –el nombre de este sistema de por sí elocuente– para evidenciar que tales prácticas nada tienen que ver con el cometido constitucional de este. No es pues un problema del marco normativo, palmariamente claro en este asunto, no desde 1999, sino desde 1938 con rango legal y desde 1947 con rango constitucional.

⁶⁶ Puesto que en nuestras sociedades no tendemos a relacionar poder y respetabilidad con puntualidad y productividad, como señala en su obra ya clásica: Rangel, Carlos: *Del Buen Salvaje al Buen Revolucionario*. Monte Ávila Editores. Caracas, 1976, p. 261. Se trata de un tema que excede con mucho a lo aquí abordado. En todo caso, pueden verse en este punto las reflexiones del autor sobre todo en los sub-epígrafos: *El morbo de la esclavitud* y *El desprecio por el trabajo* (*Ibidem*, pp. 259-264).

Ardua tarea esta, en la que al Derecho solo le corresponderá un lugar instrumental y modesto, pero que debe comenzar cuanto antes, iniciando en el mismo momento en que se recupere la posibilidad de vivir en un Estado de Derecho, por el respeto a las normas vigentes en la selección de los integrantes del Poder Judicial⁶⁷. Y muy especialmente, de los Magistrados del máximo Tribunal⁶⁸, con el fin de contar con administradores de Justicia que no se pretende sean arcángeles ni que no tengan posiciones ideológicas, pero sí que decidan con razonable sujeción al Derecho antes que a los intereses de una facción.

⁶⁷ Sobre el punto, véanse para el caso venezolano recientemente por ejemplo: Araujo-Juárez, José: “Estado de justicia e independencia judicial. “Homenaje a los 80 del Maestro A.R. Brewer-Carías”. *Revista de Derecho Público* N° 157-158. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2019, pp. 10-44.

⁶⁸ Véanse por ejemplo, los trabajos e informes de ACCESO A LA JUSTICIA en su portal electrónico: *Informe sobre el perfil de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia*. Disponible en: <https://www.accesoaljusticia.org/informe-sobre-el-perfil-de-los-magistrados-del-tribunal-supremo-de-justicia/>; *El 50% de los magistrados del TSJ no cumple los requisitos*. Disponible en: <https://www.accesoaljusticia.org/el-50-de-los-magistrados-del-tsj-no-cumple-los-requisitos/>