



Compilación de Contenido

MÓDULO 04: POTESTAD INVESTIGATIVA

Docente:

- Adanelis Maza

Fundamentos de la Potestad Investigativa

Disposiciones constitucionales y jurídicas en las cuales se fundamenta la potestad investigativa

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Artículo 25: relacionado con la nulidad de todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la ley.

Artículo 139: relacionado con la responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la Constitución o de la ley.

Artículo 141: establece que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Artículos 287 y 289: relacionados con la competencia de la Contraloría General de la República de controlar, vigilar y fiscalizar los fondos y bienes públicos; así como, de las operaciones relativas a las mismas; y las atribuciones que tiene para ejercerla, entre éstas, el inspeccionar, fiscalizar e iniciar las investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público.

Artículo 163. Cada Estado tendrá una Contraloría que gozará de autonomía orgánica y funcional. La Contraloría del Estado ejercerá, conforme a esta Constitución y a la ley, el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes estatales, sin menoscabo del alcance de las funciones de la Contraloría General de la República. Dicho órgano actuará bajo la dirección y responsabilidad de un Contralor o Contralora, cuyas condiciones para el ejercicio del cargo serán determinadas por la ley, la cual garantizará su idoneidad e independencia, así como la neutralidad en su designación, que será mediante concurso público.

Artículo 176. Corresponde a la Contraloría Municipal el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes municipales, así como las operaciones relativas a los mismos, sin menoscabo del alcance de las atribuciones de la Contraloría General de la República, y será dirigida por el Contralor o Contralora Municipal, designado o designada por el Consejo mediante concurso público que garantice la idoneidad y capacidad de quien sea designado o designada para el cargo, de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRySNCF)

Artículo 77: consagra la potestad de investigación de los órganos de control fiscal, la cual comprende las facultades para realizar las actuaciones que sean necesarias, a fin de verificar la ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal, determinar el monto de los daños causados al patrimonio público, si fuere el caso; así como la procedencia de acciones fiscales.

Artículo 79: contempla el carácter reservado del procedimiento, excepto para quienes resulten imputados de los hechos objeto de investigación; así como el acceso inmediato al expediente (debido proceso).

Artículo 80: relacionado con la suspensión en el ejercicio del cargo, de los funcionarios sometidos a un procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades.

Artículo 81: relacionado con los resultados de la investigación que deben plasmarse en un informe en el cual se ordenará el archivo de las actuaciones o el inicio del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades.

Igualmente el ejercicio de la potestad investigativa se rige por lo previsto en las Secciones I y II del Capítulo XI “De las Potestades, Investigación, de las Responsabilidades y de las Sanciones” del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del sistema nacional de Control Fiscal.

Características de la Potestad Investigativa

Procedimiento Administrativo

Es un procedimiento llevado a cabo por un órgano administrativo, y por consiguiente se rige por los principios que regulan el derecho administrativo sancionatorio.

Como consecuencia de esa característica, la potestad investigativa se rige por lo previsto en la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativos, en todo lo no previsto en la LOCGRSNCF o en su Reglamento.

- Preparatorio:

La potestad investigativa es una fase previa o preparatoria al inicio del procedimiento destinado a producir el acto administrativo de carácter definitivo, es decir, el resultado de la potestad investigativa, contenido en el informe, es un insumo que, una vez evaluado, sirve de fundamento para iniciar el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, siendo allí donde se procede a realizar la imputación al interesado legítimo y donde se pronuncia la decisión a que haya lugar.

Todos los actos que se materializan en el procedimiento investigativo (informes definitivos de actuaciones fiscales, solicitudes de información, de certificaciones, autos de inicio, notificaciones, el informe de resultado), jurisprudencialmente, han sido calificados como actos de mero trámite o de sustanciación, no susceptibles de impugnación, por cuanto, posteriormente, van a formar parte del procedimiento de determinación de responsabilidades, de ser el caso, y en cuya definitiva sí podrá ser recurrido.

Es preciso hacer referencia a la Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de fecha 10-12-2004, con ocasión de la acción de amparo constitucional interpuesta contra decisión de la Contraloría General de la República (P.I. 07-02-PI-2003-020), que señaló, entre otros, lo siguiente:

“... en lo que respecta a los actos de trámites o preparatorios la doctrina calificada en la materia ha establecido que ellos son **irrecurribles** en sede jurisdiccional, en virtud de que no tienen plenos efectos jurídicos, no resuelven el fondo del asunto que debe decidir la administración y no

causan indefensión ni prejuzgan sobre la decisión de fondo que tome la administración...”

- Reservado

De conformidad con lo previsto en el artículo 79 de LOCGRySNCF, todas las actuaciones realizadas con la finalidad de verificar la ocurrencia de actos, hechos u omisiones, son reservadas, excepto para los que formalmente resulten interesados legítimos e informados de los hechos que, presumiblemente, comprometen su responsabilidad, momento a partir del cual tendrá inmediatamente acceso al expediente para realizar todas las actuaciones tendentes a su defensa.

En tal sentido, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo ha sentenciado lo siguiente: “el legislador previó como regla general, para el caso de los procedimientos investigativos, que se siga ante el órgano de control fiscal, el carácter reservado de las investigaciones a que se refiere el artículo 77 (...) sin embargo, como excepción a dicha regla estableció, para el caso de que en dichas investigaciones se imputen determinados actos, hechos u omisiones a una persona, la obligación de informar de manera específica y clara, de los hechos que se le imputan” (Sentencia de Orden 10/12/2004).

- Inquisitivo

Doctrinariamente se habla de que, como derivado fundamental del principio inquisitivo, en todo procedimiento administrativo la Administración está obligada a probar los hechos, correspondiéndole la carga de la prueba, y como consecuencia de esta obligación, de impulsar el procedimiento y de la declaración expresa de la responsabilidad de los funcionarios, de ser el caso.

El principio inquisitivo impone, a los órganos de control fiscal, el deber de esclarecer oficiosamente la realidad fáctica, para garantizar de esa manera que sus decisiones de fondo sean adoptadas en forma justa. Resulta así que su cometido no puede quedarse en la simple aplicación de las leyes ante un material probatorio dado, sin posibilidad alguna, motu proprio, de adelantar inquisiciones propias que lo lleven a formar su conciencia y a adquirir el grado de convicción necesario para la comprobación de los hechos irregulares y los presuntos responsables, pues a él no lo mueven intereses privados, como a las partes, sino uno público, de

mayor jerarquía, cual es la realización de la justicia, como fin esencial del Estado.

El Debido Proceso

El debido proceso es un derecho complejo aplicable tanto a las actuaciones judiciales como administrativas, mediante el cual se pretende asegurar la solución justa de una controversia.

El debido proceso tiene su fundamento en el principio de igualdad ante la ley, dado que el debido proceso significa que ambas partes en el procedimiento administrativo, o en el proceso judicial, deben tener igualdad de oportunidades, tanto en la defensa de sus respectivos derechos como en la producción de las pruebas destinadas a acreditarlos.

El Debido Proceso no sólo garantiza la actuación del derecho material sino que impone límites esenciales a la actuación del Estado. Es un derecho de todos, que encierra dentro de sí un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el interesado o procesado, y es también uno de los principios fundamentales del Estado Democrático y Social de derecho, vinculado a otros derechos fundamentales, como son la tutela judicial efectiva y al respeto de la dignidad de la persona humana.

En relación con el debido proceso, es necesario revisar el contenido y alcance de la Sentencia Nro. 001242 del 13-02-2002 de la Sala Político Administrativa, que, entre otros asuntos, establece:

“...Forma parte de este fundamental derecho y garantía, constatar que la actividad del funcionario, en el ejercicio de su potestad sancionatoria y disciplinaria, se ajustó a los principios fundamentales y superiores que rigen esta materia, es decir, al principio de legalidad formal, mediante el cual, la facultad de sancionar se atribuye a la Administración Pública con suficiente cobertura legal; al principio de legalidad material, que implica la necesidad de que los presupuestos de la sanción o pena estén previstos en la ley; el principio de proporcionalidad de la sanción administrativa; el principio de la tutela efectiva y el derecho a la presunción de inocencia, entre otros”.

Este precepto es fundamental para el ejercicio de la Potestad Investigativa; así como para cualquier proceso judicial en Venezuela, en el marco de nuestra Constitución, por cuanto previene el respeto a los derechos individuales y exige una recta actuación de la Administración en el ejercicio de su potestad punitiva. Erigiéndose en un instrumento de protección contra el abuso de poder.

El debido proceso, por lo tanto, significa el derecho irrenunciable de toda persona a un proceso justo, equitativo e imparcial, aplicable a todos aquellos que se hallen en una situación similar.

La Sentencia N° 05 del 24-01-2001, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ratifica la doctrina hasta ahora expuesta, en los términos siguientes:

...“El derecho a la defensa y al debido proceso constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos. El derecho al debido proceso ha sido entendido como el trámite que permite oír a las partes, de la manera prevista en la Ley, y que ajustado a derecho otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas”....

Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución, Capítulo III, De los Derechos Civiles, del Título III, De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes, que reza:

El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, en consecuencia:

1. La defensa y asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en la Constitución y en la ley.
2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.
3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable, determinado

- legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad. Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.
4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la Ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas a tal efecto.
 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.
 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.
 8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo, el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

Seguidamente se analizarán cada uno de los ordinales que consagra el artículo 49 de la Carta Magna.

Forma parte fundamental de este derecho y garantía, constatar que la actividad del funcionario, en el ejercicio de su potestad sancionatoria, la realizó ajustada a los principios fundamentales y superiores que rigen esta materia (principio de legalidad formal, mediante el cual, la facultad de sancionar se atribuye a la administración pública; y al principio de legalidad material, que implica la necesidad de que los presupuestos de la sanción o pena estén previstos en la ley; el derecho a la presunción de inocencia, entre otros (sentencia spa-tsj del 07/02/2002).

El Derecho a la Defensa

El numeral 1 del artículo 49 del Texto Constitucional consagra el derecho que tiene toda persona a la defensa y a la asistencia jurídica. Lo que se persigue con esta disposición constitucional es garantizar que la persona que es objeto de una investigación, tenga derecho, desde el comienzo de la misma, de contar con el asesoramiento de un profesional del derecho que lo asista o represente a lo largo de la investigación y del proceso, de lo contrario, se viola la garantía del debido proceso, al colocar al sujeto en estado de indefensión, con lo cual se vicia de nulidad todo lo actuado.

En el ámbito de la Potestad Investigativa, en razón de este principio, debe preservarse al interesado legítimo su derecho a conocer con suficiente anticipación los hechos investigados, es decir, la razón, motivo o explicación de los hechos investigados, así como la normativa en cuya contravención se actuó, debiendo otorgársele el tiempo requerido para preparar adecuadamente su defensa. Ello de conformidad con lo previsto en el artículo 79 de la LOCGRySNCF

En relación con el derecho a la defensa, es necesario revisar el contenido y alcance de la Sentencia sobre la violación del derecho a la defensa, Nro. 01541 del 04-07-2000 de la Sala Político Administrativa, que, entre otros asuntos, establece:

“...Se estima que la Administración no podría ejecutar lícita y válidamente un acto administrativo de efectos particulares contentivo de una sanción disciplinaria, sin su previa notificación, porque de lo contrario, su actuación resultaría irrita y arbitraria, pues sólo a través de la notificación, el administrado adquiere el debido conocimiento del asunto”.

Luego de practicada la notificación podrían computarse los lapsos de caducidad para la interposición de los recursos, tanto en sede administrativa como en sede jurisdiccional, porque de lo contrario, se violaría el derecho a la defensa como garantía de los administrados, correspondiente al debido proceso de las actuaciones administrativas consagrado en el numeral 1 del artículo 49 de la Carta Fundamental de 1999, por cuanto, no se le notificaron al interesado, aquellos actos que afecten su esfera jurídica.

La motivación de los actos administrativos prevista en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no es más que la materialización de la garantía del derecho a la defensa, correspondiente al debido proceso de la actuación administrativa consagrado en el numeral 1 del artículo 49 de la Carta Magna, en razón de lo cual, en caso de que no se contenga y ésta a su vez, produzca la lesión del derecho a la defensa, ocasiona la nulidad absoluta del acto administrativo en cuestión.

La violación del derecho a la defensa se produce cuando los interesados no conocen el procedimiento que pueda afectarles, se les impide su participación en él o el ejercicio de sus derechos, se les prohíbe realizar actividades probatorias, o no se les notifican los actos que les afectan, lesionándoles o limitándoles el debido proceso que garantizan las relaciones de los particulares con la Administración Pública.

Como consecuencia del Estado de Derecho, constituye un derecho fundamental que nadie puede ser juzgado o condenado sin ser oído, motivo por el cual los órganos de control fiscal, cuando ejercen la potestad investigativa, están obligados, por cuanto se trata de una regla, de un principio, que concierne también al procedimiento administrativo, a informar a los legítimos interesados, en forma suficientemente clara y precisa, tal como lo dispone el artículo 79 de la LOCGRySNCF, los hechos objeto de la investigación y su vinculación con los mismos, de modo que puedan ejercer adecuadamente su derecho a la defensa, promoviendo los alegatos y pruebas que estimen conveniente para la defensa de sus derechos e intereses y para contribuir al esclarecimiento de los hechos.

Otros Derechos Fundamentales

Presunción de inocencia

El segundo ordinal del artículo 49 Constitucional, consagra la presunción de inocencia, de la cual se desprende el derecho que tiene toda persona inculpada de la comisión de un delito o interesada por una investigación que realiza un órgano de control fiscal, a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Este principio exige que una persona no pueda ser declarada responsable si no existe prueba plena en su contra. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente declararla responsable, sino absolverla.

Es por ello, que la carga de la prueba corresponde a la Administración, de allí que los órganos de control fiscal deben demostrar la existencia de los actos, hechos u omisiones que se le atribuyen a un sujeto sometido a una investigación, y adicionalmente, tienen que dar al investigado el trato y consideración de no autor a lo largo del procedimiento, hasta tanto sea declarada su responsabilidad.

Órgano investigador competente e imparcial

El tercer derecho estipula el derecho que tiene toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez (en el caso civil o penal) o un órgano competente establecido con anterioridad por la ley para llevar el caso, de manera independiente e imparcial, en la sustanciación de cualquier investigación o por alguna acusación formulada contra ella.

La **independencia** alude a que los órganos competentes, en su investigación, están obligados a dar respuesta a las pretensiones que se les presenten, únicamente con arreglo al derecho, sin que existan otros condicionamientos a tal efecto.

La **imparcialidad** implica que las instancias que conozcan cualquier proceso no deben emitir opiniones anticipadas sobre la forma en que lo conducirán, el resultado del mismo, o mantener compromisos con alguna de las partes. La garantía de imparcialidad permite contar con órganos que aseguren a las personas que sus controversias serán decididas por un ente que no tiene ningún interés personal con el problema y que mantendrá una posición objetiva al momento de resolverlo.

Se considera órgano competente aquel que, de acuerdo con determinadas reglas previamente establecidas (territorio, materia, cuantía, etc.), es el llamado a conocer y resolver una controversia. En el caso de la potestad investigativa y de los procedimientos administrativos sancionatorios y resarcitorios, los órganos de control fiscal, previstos en el artículo 26 de la LOCGRySNCF, son los competentes para investigar y declarar la responsabilidad administrativa o formular el reparo a los funcionarios, empleados y obreros; así como a los particulares a que se refiere el numeral 12 del artículo 9 de la misma ley.

Para determinar el órgano de control fiscal competente para llevar a cabo el procedimiento de potestad investigativa debe analizarse si el órgano de

control fiscal externo o interno que pretende realizar la investigación está facultado para ejercer sus funciones de control en el ente u organismo donde ocurrieron los actos, hechos u omisiones objeto de la investigación.

Igualmente, debe tomarse en consideración lo previsto en el artículo 97 de la LOCGRySNCF, conforme al cual las investigaciones y procedimientos para la determinación de responsabilidades en los que se detectaren elementos de convicción o prueba que pudieran dar lugar a la formulación de reparos, a la declaratoria de responsabilidad administrativa o a la imposición de multas a funcionarios de alto nivel de los entes u organismos a que se refieren los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la LOCGRySNCF, que se encuentren en el ejercicio de sus cargos, deben remitirse a la Contraloría General de la República, a fin de que ésta continúe la investigación, decida el archivo de las actuaciones o inicie el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades. Por consiguiente, de configurarse tal supuesto, se produciría una incompetencia sobrevenida del órgano de control fiscal que lo imposibilita para continuar conociendo la investigación iniciada.

En el caso de los órganos de control fiscal interno, debe tenerse presente que su competencia se circunscribe al ente u organismo del cual forma parte, por lo que sólo puede ejercer sus funciones de control en organismos o entidades distintas, en el supuesto que hayan sido expresamente autorizado para ello por el Contralor General de la República, en atención a la competencia que le confiere el parágrafo único del artículo 26 de la LOCGRySNCF.

De igual manera, el interesado legítimo tiene derecho a conocer la identidad de quien lo juzga, en función de garantizar la imparcialidad de los órganos y personas competentes.

Derecho de abstenerse de declarar en causa propia.

El quinto ordinal del artículo constitucional en comento, consagra el derecho a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni a declararse culpable, y a declarar libre de apremio y de coacción, y prohíbe a las autoridades ejercer presión directa o indirecta, física o psicológica sobre una persona, a fin de hacerle confesar su participación en delitos, faltas o infracciones y adicionalmente, que sólo pueda considerarse válida su confesión cuanto ésta sea hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Es por ello que, cuando se llama a comparecer a un ciudadano cuya presunta participación en los hechos objeto de la investigación consta en las actas del expediente, debe imponérsele del contenido del citado precepto constitucional que lo exime de declarar en causa propia, de sus familiares, o de su cónyuge o concubino, por lo que tiene el derecho de abstenerse de rendir declaración en tales supuestos. Esta formalidad debe constar en el acta de la declaración, levantada por los funcionarios debidamente acreditados para tal actividad.

Previsión del delito, falta o infracción en leyes preexistentes.

El sexto ordinal del artículo bajo análisis dispone que: ninguna persona podrá ser sancionada por actos, hechos u omisiones que no se encuentren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

La Constitución y el Código Orgánico Procesal Penal (COPP) establecen como principio axiomático del derecho venezolano que: “nadie puede ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente”. El principio de reserva legal se expresa diciendo “nullun crimen, nula poena sine lege” (*ningún crimen, ninguna pena sin ley*).

Este principio, que rige tanto al derecho penal como al derecho administrativo, constituye una limitación a la potestad punitiva de los órganos y entes que conforman el Poder Público, por cuanto dicha potestad sólo puede ser ejercida con base en normas de rango legal preexistente (*lex previa*), que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) las conductas que acarreen responsabilidad.

La mención a la ley preexistente está referida a que nadie puede ser sancionado por delitos, infracciones o faltas que no se encuentren previstas como tales para el momento de su ocurrencia.

En el caso de la potestad investigativa que compete a los órganos de control fiscal, ésta sólo podrá ejercerse cuando hubieren ocurrido actos, hechos u omisiones que den lugar a la formulación de reparos o que hayan sido expresamente consagrados como supuestos generadores de responsabilidad administrativa en los artículos 91 y 92 de la LOCGRySNCF, 164 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP) o en otras leyes.

Cuando el Constituyente señala que se trata de una ley preexistente, debe entenderse que se trata de una ley formal, vale decir, emanada del Órgano Legislativo Nacional, por formar esta materia (previsión de delitos, faltas e infracciones) parte de la reserva legal. Es decir, de aquellas materias cuya regulación ha sido atribuida, con carácter exclusivo, al Poder Legislativo Nacional.

Igualmente, este principio excluye toda posibilidad de que la analogía y la costumbre puedan ser consideradas como fuente de los delitos, faltas e infracciones.

No ser juzgado dos veces por el mismo hecho

En relación con el derecho de que el interesado legítimo absuelto por una sentencia firme no sea sometido a nuevo juicio por los mismos hechos juzgados con anterioridad, la Corte Interamericana ha precisado que este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos, a que no vuelvan a ser juzgados por esos mismos hechos.

El artículo 20 del COPP consagra el principio de única persecución, en el sentido de que nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Sin embargo, admite excepcionalmente una nueva persecución penal en dos casos:

- a) Cuando la primera fue intentada ante un tribunal incompetente, que, por este motivo, concluyó el procedimiento; y
- b) Cuando la primera fue desestimada por defectos en su promoción o en su ejercicio.

En estas dos excepciones al principio “non bis idem” (no dos veces por la misma causa), establecidas en el COPP, no hubo en el primer juicio un pronunciamiento de fondo que resolviera el mérito de la acción, de allí que se admite la validez del segundo juicio contra el presunto autor del hecho.

Error judicial

El octavo derecho dice que toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular, de exigir la responsabilidad personal del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

Este derecho ofrece a la persona que ha sido víctima de un error judicial o de un retardo u omisión injustificados, de solicitar al Estado el restablecimiento de la situación jurídica lesionada por la actuación judicial.

La Potestad Investigativa

Siguiendo las disposiciones constitucionales y legales y reglamentarias previstas, los órganos de control fiscal mencionados en el artículo 26 de la LOCGRySNCF, desarrollan la Potestad Investigativa, a partir de un proceso de auditoría, inspección y cualquier tipo de revisión fiscal llevado a cabo en el ejercicio de sus competencias de control. A tal fin, se pueden identificar las siguientes fases o etapas:

1. Determinación y sustentación de hallazgos de auditoría.

El equipo auditor, durante la fase de ejecución de la auditoría, a través de la aplicación de las pruebas sustantivas y de control que realiza, encuentra hallazgos que dejan ver el distanciamiento de la condición encontrada respecto a los criterios de funcionamiento o normas que aplican a la ejecución de los procesos del organismo auditado, en razón de lo cual investiga la causa y efectos del mismo y desarrolla su hallazgo, dejando ver la condición encontrada, criterio incumplido, causas y efectos, con pruebas o evidencias suficientes, pertinentes y competentes que demuestran inequívocamente el hecho.

Cuando la condición encontrada guarda relación con alguno de los ilícitos administrativos establecidos en la normativa que regula la materia, el informe debe pasar a revisión del abogado actuante, a fin de formalizar la potestad investigativa.

2. Valoración preliminar del Informe definitivo de la actuación.

El abogado designado determinará si alguno de los hallazgos encontrados y debidamente sustentados con pruebas suficientes, competentes y pertinentes, está tipificado como ilícito administrativo y, en consecuencia, definirá si se amerita o no el ejercicio de la potestad investigativa; cuyos resultados se valorarán a fin de determinar si se da inicio al procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades; o si por el contrario, se ordenará su archivo.

3. Apertura del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Investigativa.

Si como consecuencia del ejercicio de las funciones de control, tras la valoración jurídica de los hechos descritos en los informes de auditoría o de investigaciones, surgieren elementos de convicción y prueba que dieren lugar a la apertura de un procedimiento de investigación para la determinación de posibles responsabilidades administrativas o reparos, el Órgano de Control Fiscal, representado por la Dirección Sectorial o dependencia administrativa que realizó la auditoría o investigación, iniciará el procedimiento mediante el "Auto de Proceder" motivado, que se notificará inmediatamente a los interesados y se abrirá un expediente.

4. Fase de Promoción de Pruebas

Una vez abierto el expediente y realizadas las notificaciones, se otorgará a los legítimos interesados un lapso de 10 días hábiles más el término de la distancia, para promover los alegatos y pruebas que estime para su defensa y, en caso de promoverse algún tipo de actividad probatoria, debe evacuarse dentro de un lapso de quince (15) días hábiles posteriores al lapso anterior.

5. Fase de Informe de Resultados de la Potestad Investigativa

Una vez concluido el lapso probatorio, e incluidos en el expediente los alegatos y pruebas consignados por los interesados; así como las evacuadas, de ser el caso, la dependencia de control posterior que realizó la auditoría o investigación, elabora un Informe de Resultados, que será incorporado al expediente y remitido para su análisis, a la dependencia encargada de la determinación de responsabilidades, a los fines de que determine, vistos los hallazgos de la actuación fiscal, las pruebas recabadas, alegatos y pruebas aportadas por los interesados, si se da inicio o no a las acciones fiscales a que hubiere lugar, de ser éstas procedentes".

La dependencia encargada de la determinación de responsabilidades, de es ahora la responsable de valorar preliminarmente el expediente y determinar si hay elementos de convicción y prueba que ameriten la continuación del proceso de determinación de responsabilidades, o si procede el archivo por no ser suficientes los elementos de convicción y prueba, o por razones de economía procesal.

Resumen

La facultad que poseen los órganos de control fiscal para realizar, dentro del ámbito de su competencia, las actuaciones necesarias para verificar la ocurrencia de actos, hechos u omisiones presuntamente contrarios a una disposición legal o sublegal vinculada con el manejo, custodia o administración de fondos o bienes públicos; determinar el monto de los daños causados al patrimonio público y, si fuere el caso, identificar a los presuntos responsables, se conoce como potestad de investigación.

El debido proceso, aplicable tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas, se trata de un derecho complejo que encierra dentro de sí, un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos que se desprenden de la interpretación de los ocho ordinales que consagra el artículo 49 de la Carta Fundamental para el interesado legítimo, entre los que destacan:

- El derecho a acceder a la justicia.
- El derecho a ser oído.
- El derecho a la articulación de un proceso debido.
- El derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos.
- El derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial.
- El derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho.
- El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.
- El derecho a la ejecución de las sentencias.
- El derecho a ser informado de los hechos por los que se le investiga.
- Derecho a promover y desvirtuar pruebas.
- Derecho a acceder al expediente.
- Derecho a que se oigan y analicen sus alegatos y pruebas.

De las Pruebas

Las pruebas constituyen un elemento fundamental en la Potestad Investigativa, no sólo porque a través de ellas se garantiza el derecho constitucional a la defensa que asiste a los administrados, sino además porque permiten llegar a resultados eficientes y efectivos en la Potestad Investigativa.

Por otra parte, en concordancia con los postulados del debido proceso, es fundamental que los órganos de control fiscal tomen previsiones en la realización de sus actuaciones, de modo que no atenten contra ninguno de los derechos ni garantías constitucionales.

Principios Probatorios

Necesidad de la Prueba

Es una noción concreta que indica lo que efectivamente debe ser probado en un proceso determinado, habida cuenta que es posible, en un caso específico, que haya hechos que deban ser probados y otros que no ameriten prueba alguna. Esa noción o conocimiento es puramente práctico, pues, por encima de precisiones teóricas, cada uno en el proceso debe saber lo que debe ser probado, y en un sistema de prueba libre como el que nos rige, saber lo que debe ser probado es un problema de sentido común más que jurídico.

Conforme al enunciado de este principio, los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión deben estar demostrados con pruebas aportadas al proceso por el órgano de control o por cualquiera de los interesados. Este principio se encuentra recogido en las siguientes disposiciones normativas:

Código de Procedimiento Civil (CPC)

Artículo 12. “Los Jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones, el Juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad.

Debe atenderse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados.

El Juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia. En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe."

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA)

Artículo 53. "La administración, de oficio o a instancia del interesado, cumplirá todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir, siendo de su responsabilidad impulsar el procedimiento en todos sus trámites."

Artículo 54. "La autoridad administrativa a la que corresponda la tramitación del expediente, solicitará de las otras autoridades u organismos los documentos, informes o antecedentes que estime convenientes para la mejor resolución del asunto."

Artículo 69. "En el procedimiento sumario, la administración deberá comprobar de oficio la verdad de los hechos y demás elementos de juicio necesarios para el esclarecimiento del asunto."

Los órganos de control fiscal no pueden declarar responsable a un administrado si antes no demuestran la existencia de los ilícitos administrativos.

Contradicción de la Prueba

Consiste en la posibilidad que el ordenamiento procesal le confiere en un proceso, a cada parte, para cuestionar, criticar o refutar el medio probatorio utilizado por la parte contraria para demostrar sus afirmaciones.

Toda prueba debe permitir su evaluación y posible objeción por parte de cualquiera de los interesados, se trata del control de la prueba.

La contradicción de la prueba se realiza a través de dos actividades diferentes, la primera consiste en poner de manifiesto el vicio que existe en el medio probatorio en cuestión, que lo hace inhábil, inidóneo, extemporáneo, inconducente, impertinente, inútil, etc. La segunda actividad se verifica realizando otra prueba sobre el mismo objeto, que arroje un resultado diferente al obtenido originalmente; esta situación es conocida como "contraprueba", toda vez que, es una prueba diferente pero del mismo hecho que se quiere probar con el medio criticado.

En el procedimiento de Potestad Investigativa, el principio de contradicción de la prueba se verifica cuando el administrado (interesado legítimo) evalúa las pruebas que le son presentadas por el órgano de control fiscal y ejerce sobre ellas el control de la prueba, pudiendo cuestionarlas, criticarlas o refutarlas.

Libertad de la Prueba

Consiste en la posibilidad, legalmente consagrada, de crear convicción en el proceso sobre la veracidad o falsedad de cualquier clase de hechos, a través de cualquier medio lícito, libremente valorados sin más limitaciones que las reglas de la lógica y las máximas de experiencia.

En el ordenamiento jurídico venezolano rige el principio de la libertad probatoria, toda vez que las partes se pueden valer de cualquier tipo de prueba, siempre que no esté expresamente prohibida.

El principio de la libertad tiene como límite la moralidad, utilidad y pertinencia de la prueba. Dicho principio se encuentra regulado en la siguiente normativa legal:

Código de Procedimiento Civil (CPC)

Artículo 395. "Son medios de prueba admisibles en juicio, aquéllos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República.

Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones.

Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de prueba semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez."

Código Orgánico Procesal Penal (COPP)

Artículo 198. "Libertad de Prueba. Salvo previsión expresa en contrario de la ley, se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba, incorporado conforme a las disposiciones de éste Código y que no esté expresamente prohibido por la ley.

Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas. Un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse, directa o indirectamente, al objeto de la investigación, y ser útil para el descubrimiento de la verdad. Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando haya quedado suficientemente comprobado con las pruebas ya practicadas.

El tribunal puede prescindir de la prueba cuando ésta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio."

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA)

Artículo 58. "Los hechos que se consideren relevantes para la decisión de un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba establecidos en los Códigos Civil, de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal o en otras leyes."

En el procedimiento de Potestad Investigativa rige el principio en cuestión, el cual se encuentra recogido en la *LOCGRySNCF*, en los términos siguientes:

Artículo 100. "Salvo previsión expresa en contrario de la Ley, se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la solución del caso por cualquier medio de prueba que no esté expresamente prohibido por la Ley."

Unidad de la Prueba

Es la suma de todos los elementos probatorios traídos al proceso por las partes, los cuales deben ser valorados individualmente y en su relación con los demás (concatenación de la prueba) a fin de poderse formar una visión general y realizar un análisis global de toda la prueba.

Significa que el cúmulo de pruebas del proceso forma una unidad, independientemente de quien la ha aportado al juicio, y como tal, debe ser examinada por el funcionario decisor.

Tal principio se halla plasmado en el CPC, en los términos siguientes:

Artículo 508. "Para la apreciación de la prueba de testigos, el Juez examinará si las deposiciones de éstos concuerdan entre sí y con las demás pruebas, y estimará cuidadosamente los motivos de las declaraciones y la confianza que merezcan los testigos por su edad, vida y costumbres, por la profesión que ejerzan y demás circunstancias, desechando en la sentencia la declaración del testigo inhábil, o del que pareciere no haber dicho la verdad, ya por las contradicciones en que hubiere incurrido, o ya por otro motivo, aunque no hubiese sido tachado, expresándose el fundamento de tal determinación."

Artículo 509. "Los Jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aún aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cual sea el criterio del Juez respecto de ellas."

Comunidad de la Prueba

Este principio es consecuencia de la unidad de la prueba y propugna que una vez aportado en un proceso un medio probatorio, éste va a conformar un todo unívoco con las demás probanzas, constituyendo la materia probatoria sobre la que se basará la decisión final.

Consiste en que todo aquel que sea parte en un proceso, puede servirse de las pruebas aportadas por las otras partes, al tiempo que los demás también pueden servirse de las que haya aportado éste.

En el campo de la Potestad Investigativa se tiene que una vez que las pruebas han sido incorporadas al proceso, dejan de pertenecer a la parte

que las produjo y son adquiridas para éste, pudiendo cada parte aprovecharse de las producidas por la contraparte, y a su vez valorarlas, aún en perjuicio de aquel que las produjo.

Lapso Probatorio

Los actos procesales deben cumplirse en la oportunidad determinada por la Ley para ello. A tal efecto, se citan los siguientes artículos:

Artículo 202 del CPC: “Los términos o lapsos procesales no podrán prorrogarse ni abrirse de nuevo después de cumplidos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, o cuando una causa no imputable a la parte que lo solicite lo haga necesario.

Parágrafo Primero: En todo caso en que el curso de la causa quede en suspenso por cualquier motivo, la causa reanudará su curso en el mismo estado en que se encontraba al momento de la suspensión.

Parágrafo Segundo: Pueden las partes de común acuerdo, suspender el curso de la causa por un tiempo que determinarán en acta ante el Juez.”

Artículo 125, numeral 9 del COPP:

“Los términos o lapsos procesales no podrán prorrogarse ni abrirse de nuevo después de cumplidos, sino en los casos expresamente determinados por Ley.”

La consagración de tal principio tiene por finalidad garantizar a las partes, la seguridad de que las diversas actuaciones judiciales que puedan tener lugar en el proceso, no podrían verificarse sino en las oportunidades determinadas, ya sea antes, dentro o después del término señalado para cada caso” (Sentencia del 19/05/1982, Extinta Corte Suprema de Justicia).

Este principio comporta como excepción, el denominado auto para mejor proveer. En el caso de la Potestad Investigativa llevada a cabo por los órganos de control fiscal, el lapso probatorio es aquel posterior a la elaboración del auto de proceder, la formación del expediente y la notificación a los legítimos interesados, que de acuerdo con el Reglamento de la LOCGRSNCF se le otorga un lapso de 10 días hábiles para promover y, de ser el caso, 15 días para evacuar.

Carga de la Prueba

En lo referente a la carga de la prueba en materia administrativa es importante determinar a quién corresponde acreditar y probar los hechos.

En materia de procedimientos sancionatorios, la carga de la prueba corre íntegramente a cargo de la Administración Pública. Sea que se inicie de oficio o por denuncia de parte, la Administración está obligada a probar los hechos que van a dar origen al acto que se va a dictar.

El artículo 69 de la LOPA, es preciso al expresar que en el procedimiento sumario, la Administración deberá comprobar de oficio la verdad de los hechos y demás elementos de juicio necesarios para el esclarecimiento del asunto.

Ahora bien, los procedimientos constitutivos de los actos administrativos constituyen una actuación de la Administración, por lo que, en ellos, la carga de la prueba corresponde a la propia Administración, sin embargo, ello no es óbice para que los interesados aporten elementos de convicción que los favorezcan y prueben los mismos.

En cuanto a los procedimientos de impugnación de los actos administrativos ya dictados, que no es el caso de la Potestad Investigativa, que es sólo una fase de investigación para un proceso posterior de determinación de responsabilidades, la situación varía en cuanto a la carga de la prueba, ya que, en estos casos, el acto ya está dictado, y es un interesado quien lo impugna. Por tanto, poseen una presunción de legitimidad, legalidad y veracidad que da lugar a la inversión de la carga de la prueba, recayendo ésta en el interesado impugnante.

Los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, por tanto corresponde a su destinatario, quien se considera lesionado por dichos actos, producir la prueba en contrario de esa presunción.

En el ámbito de la Potestad Investigativa rige en general, el principio dispositivo, y la carga de la prueba corresponde a los órganos de control fiscal.

Objeto de la Prueba

Se define como aquello que debe ser probado, es decir, como el “*tema probandum*”. También como la sustancia cuerpo o cosa sobre la que se practica una experticia o que es por si misma prueba material. La expresión objeto se utiliza en su sentido más directo, es decir, como destinatario de la actividad cognoscitiva, como cosa a ser examinada.

Igualmente, se define el objeto de la prueba como todo aquello a lo que puede accederse por medio de los sentidos, es decir, aquello sobre lo que recae la actividad cognoscitiva. Por ejemplo, cuando se dice que un documento es objeto de prueba, pueden darse distintas connotaciones, que el documento va a ser sometido a una experticia para saber si presenta tachados o la clase de tinta con la que fue escrito. O que el contenido de ese documento, su texto, está siendo comprobado por otros medios probatorios, tales como testigos u otros documentos.

Asimismo, cuando se afirma que tales hechos no fueron objeto de prueba, lo que se entiende es que no se promovió prueba alguna para demostrarlos, pero cuando se dice que estos hechos no pueden ser objeto de prueba, lo que se está significando es que no hay manera de probarlos.

¿Qué debe ser probado?

- Todos los hechos hay que probarlos.
- Los hechos controvertidos deben ser probados, es decir, aquellos que indican o aportan elementos para comprobar o para esclarecer la condición encontrada en la fase de auditoría o investigación realizada por los órganos de control fiscal, en contraposición con los criterios manejados por el órgano auditado o auditor.
- Son también hechos controvertidos y, por tanto, deben ser probados, aquellos que aportan elementos para esclarecer las causas o efectos derivados de la condición o desviación encontrada.
- Cualquier hecho que genere controversia entre las partes investigada e investigadora, debe ser probado.

¿Qué no debe ser probado?

- Las Máximas de Experiencia: aquellos juicios hipotéticos de contenido general, sacados de la experiencia, sean leyes tomadas de las

distintas ramas de la ciencia, o de simples observaciones de la vida cotidiana.

Son reglas de la vida y de la cultura general formadas por inducción. No precisan ser probadas por ser un conocimiento común de lo que generalmente acontece.

En el campo de la Potestad Investigativa, el funcionario del órgano de control fiscal que evalúa tiene la facultad de integrarlas, al ser parte de su experiencia de vida, a las normas adecuadas para resolver la controversia.

- Los hechos notorios: son aquellos que causan cognición pública, que forman parte de la historia venezolana, o que son consecuencia de la acción de las leyes naturales. En tal sentido, el artículo 506 del CPC establece: "...Los hechos notorios no son objeto de prueba."
- Los hechos admitidos y los hechos presumidos por derecho: aquellos sobre los que gravita una presunción *iuris et de iure* (no admite prueba en contrario).

Sistema de Apreciación de la Prueba

La valoración o apreciación de la prueba constituye una operación fundamental en todo proceso y, por tanto, también en la potestad investigativa llevada a cabo por los órganos de control fiscal.

Es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria, consistente en aquella operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido.

Mediante la misma se trata de determinar la eficacia o influencia que los datos o elementos probatorios aportados al proceso, mediante los oportunos medios de prueba, tendrán en la formación de la convicción del Juez.

El fin de la actividad valorativa del Juez no necesariamente coincide con el fin de la prueba, pues, éste podrá no alcanzarse, pero siempre la apreciación de la prueba habrá logrado su objetivo, es decir, conocer el resultado de la prueba, su eficacia. La doctrina distingue dos sistemas en atención a la valoración o apreciación de la prueba:

a) El sistema de la prueba legal, tasada o tarifa legal; y b) el sistema de la íntima convicción, libre convicción o de la libre valoración (sana crítica). En este sistema, el Juez debe valorar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, del criterio racional o humano, es decir, de acuerdo con las reglas de la lógica, la psicología, la sociología y la experiencia.

Causas de Inadmisión de las Pruebas

Para la admisión de una prueba, ésta debe estar directamente referida al asunto en controversia, y aportar luces al esclarecimiento de la verdad o determinar el daño.

En el campo de la Potestad Investigativa sólo serán admitidas aquellas pruebas que estén vinculadas con los asuntos investigados y que aporten elementos de juicio para esclarecer la verdad y, además, que se hayan obtenido lícitamente.

Son causas de inadmisión de pruebas en la Potestad Investigativa las siguientes:

- **La Impertinencia:** se da cuando, lo que el medio probatorio aporta, no tiene relación alguna con lo que se quiere probar.

La impertinencia de las respectivas pruebas es un motivo general de inadmisión. Ésta ocurre cuando los hechos objeto de tales pruebas son posteriores o sobrevenidos; o cuando se estima que no tienen conexión ni relación con los hechos controvertidos. Este motivo de inadmisibilidad no está referido a la ilegalidad ni a la inconducencia de las pruebas, sino a la vinculación o conexión de los hechos que se pretenden probar con los medios probatorios propuestos.

Es importante la relación que debe existir entre los hechos alegados en las pruebas y los medios que evidencien la veracidad o falsedad de tales hechos, razón por la cual, las pruebas promovidas y aportadas por las partes, deben guardar relación con el hecho que pretenden probar, ya que de lo contrario, ante la evidente falta de relación entre las pruebas promovidas por las partes y los hechos por ella alegados, el órgano de control fiscal, al momento de decidir sobre su admisión o no, deberá declarar que las mismas son inadmisibles, debido a que no puede llevar a ninguna convicción una

prueba que no guarda relación con los hechos planteados en la potestad.

- **La Ilícitud:** también llamada ilegalidad, se refiere a las pruebas obtenidas con violación al debido proceso, cuando existe una prohibición expresa o si se obtienen mediante coacción o violación de los derechos fundamentales. El órgano de control fiscal deberá verificar preliminarmente, la relación de los hechos que pretenden probarse y la legalidad o no de su obtención, y en caso de que haya manifiesta ilegalidad, deberá declarar inadmisibles las pruebas que a tal efecto fueron promovidas. En consecuencia, lo ilícito nunca podrá configurar un fundamento legal de valoración.

Evidencias

Durante la fase de ejecución la auditoría o investigación, el equipo de auditoría se aboca a la obtención de evidencias, mediante la aplicación de distintos procedimientos y técnicas de auditoría. La evidencia es información específica obtenida durante la labor de auditoría o investigación, a través de distintas técnicas, entre las que destacan la observación, inspección, entrevista, examen y control perceptivo. La actividad de auditoría se dedica a la obtención de la evidencia, dado que ésta provee una base racional para la formulación de juicios u opiniones. El término evidencia incluye documentos, fotografías, análisis de hechos efectuados por el auditor u otros y, en general, todo material usado para determinar si los criterios de auditoría son alcanzados.

Medios Probatorios

Medio probatorio es la manera en que son introducidas las pruebas al proceso. Son todos aquellos instrumentos a través de los cuales se llevan los hechos al expediente.

Los principales medios probatorios son los siguientes:

- a) Prueba Documental o escrita (1355 al 1386 CCV, 429 al 450 CPC).
 - Del Instrumento Público (1357 y 1362 CCV).
 - Del Instrumento Privado (1357 al 1379 CCV).
- b) Prueba de Testigo (1387 al 1393 CCV, 477 al 501 CPC).
- c) De la confesión (1400 al 1405 CCV 403 al 419 CPC).
- d) Del juramento (1406 al 1421 CCV, 420 al 428 CPC).

- e) De la experticia (1422 al 1427 CCV, 451 al 471 CPC).
- f) De la Inspección Judicial (472 al 476 CPC)
 - Inspección Ocular (1428 al 1430 CCV).

Los medios probatorios permiten obtener las pruebas necesarias para comprobar suficientemente el hallazgo que amerita de la formalización de la Potestad Investigativa, estos medios son los mismos utilizados por el auditor o investigador del órgano de control fiscal para sustentar los hallazgos en su proceso de auditoría, inspecciones y cualquier tipo de actuación fiscal, y durante la fase probatoria en la potestad Investigativa. Los medios probatorios más utilizados en la potestad investigativa son:

Prueba Documental

Documento es todo medio material donde se recojan manifestaciones de voluntad, se muestren imágenes representativas de un estado de cosas pasadas o se deje constancia de la ocurrencia de ciertos actos o hechos.

Existen tres tipos de documentos:

Público: es aquel emanado de un funcionario público facultado por la ley para darle fe pública (Jueces, Registradores, y Notarios Públicos). El artículo 1357 del Código Civil dispone: "Instrumento público o auténtico es aquel que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado".

En cuanto a su valor probatorio, el documento público hace plena fe, tanto entre las partes como respecto de terceros, mientras no sea declarado falso, de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber efectuado, visto u oído, siempre que estuviere facultado para hacerlos constar. Asimismo, hace plena fe de la verdad de las declaraciones formuladas por los otorgantes sobre la realización del hecho jurídico a que se contrae el instrumento, salvo que se demuestre la simulación.

Los documentos públicos o auténticos pueden ser impugnados únicamente por la vía de la tacha de falsedad contemplada en el artículo 1380 del Código Civil.

Privado: está representado por todo acto celebrado por las partes, sin intervención de las autoridades a las cuales la ley les otorga la facultad de dar fe pública. En él, sólo interviene la voluntad de las partes en celebrar un

determinado negocio jurídico. Es necesario que dicho documento esté suscrito por sus autores a los fines de hacerlo valer frente a la otra parte.

Los documentos privados no tienen ningún valor probatorio hasta tanto no sean reconocidos por la parte frente a la cual se opone. La parte contra quien se promueva en un proceso un instrumento privado como emanado de ella o de algún causante suyo, deberá manifestar si lo reconoce o lo niega. El silencio de ésta, se entenderá como un reconocimiento del contenido del documento.

Los documentos privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, tienen entre las partes como respecto de terceros, la misma fuerza probatoria que el instrumento público en lo que se refiere al hecho material de las declaraciones; y hacen plena fe, hasta prueba en contrario, de la verdad de esas declaraciones.

La vía para impugnar los documentos privados es la del desconocimiento (artículo 1365 CCV y 445 al 450 CPC). En este caso, la parte que produjo el instrumento debe probar su autenticidad.

Administrativo: aquel que emana de los funcionarios de la Administración Pública en el ejercicio de las funciones que la ley les atribuye. Constituye una categoría de documentos de naturaleza distinta al documento privado y al documento público.

Los documentos administrativos constituyen una tercera categoría de documentos que por contener una declaración administrativa emanada de un funcionario de la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones poseen una presunción de veracidad, legitimidad y autenticidad que es consecuencia del principio de ejecutoriedad y ejecutividad de los actos dictados por la Administración. La extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político- Administrativa, en decisión de fecha 28 de mayo de 1998, dispuso: "(...) Esta especie de documentos – los administrativos- conforman una tercera categoría dentro del género de la prueba documental, y por tanto, no pueden asimilarse plenamente a los documentos públicos, ni a los documentos privados. La especialidad de los antecedentes administrativos radica, fundamentalmente, en que gozan de una presunción de legitimidad, autenticidad y veracidad, pero tal presunción puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

Se distinguen así, esta especie de documentos de los instrumentos públicos, que sólo pueden ser impugnados mediante la tacha de falsedad; y de los meros documentos privados, que pueden ser, incluso desconocidos en contenido y firma por el adversario."

En el proceso de auditoría, inspecciones y cualquier tipo de revisión fiscal, el auditor aporta "pruebas documentales", trayendo al expediente comunicaciones, oficios, actas, etc., es decir, documentos que comprueben las actuaciones de los funcionarios públicos en ejercicio de su competencia o funciones propias, para ello aportarán al expediente copias, debidamente certificadas, de tales documentos. Durante la fase probatoria, estos documentos serán revisados por las partes interesadas, y pueden ser objeto de cuestionamiento o de solicitud de nuevas pruebas para ser incorporadas al proceso. Como principio general, los documentos y actos administrativos tienen valor de documento público, siempre que en ellos se deje constancia de hechos jurídicos por un funcionario público que declare haber efectuado, visto u oído esos hechos, para lo cual tenía competencia expresa. (Artículo 1359 del CCV).

- *Informes o Dictámenes*: en materia administrativa los Informes o Dictámenes son actos administrativos que contienen una declaración de juicio, bien científico, técnico o jurídico, emanado de un órgano de la Administración en función consultiva, distinto del órgano que instruye y decide el procedimiento. Su objeto no es una declaración de voluntad sino de juicio y se debe producir sobre hechos que ya están en el expediente.

Este tipo de prueba o medio probatorio se deriva de que a la Administración se le plantean las más diversas cuestiones de carácter científico que exigen realizar labores del mismo tipo, bien sea ciencias naturales o sociales y evaluar información científica, por lo que se requiere el juicio u opinión fundada sobre hechos que necesitan ser explicados científicamente.

El artículo 54 de la LOPA, establece la obligación de la administración de solicitar documentos, informes que se consideren convenientes y necesarios para resolver el asunto en cuestión, también podrán solicitarse a instancias del interesado.

El mencionado artículo prevé las solicitudes que con base en el principio de colaboración, la administración realiza por sí misma a

otros órganos del Poder Público en cualquiera de sus niveles los documentos y datos que reposen en los archivos correspondientes. La solicitud sólo puede ser hecha por el órgano administrativo que va a decidir y en cuanto a sus efectos probatorios, los informes y dictámenes son documentos administrativos y tienen el valor de tales.

Prueba de Informes

La prueba de informes se encuentra consagrada en el artículo 433 del CPC, el cual establece la obligación para ciertas entidades, como Oficinas Públicas, Bancos, Asociaciones Gremiales, Sociedades Civiles o Mercantiles e instituciones similares, aunque no sean parte en juicio, de suministrar los informes y copias de documentos, libros, archivos u otros papeles en que consten hechos litigiosos, cuando así lo soliciten las partes.

Los requisitos para la procedencia de la prueba de informes son los siguientes:

- Que se trate de hechos litigiosos, es decir, controvertidos en el proceso.
- Que dichos hechos consten en documentos, libros, archivos u otros papeles. La prueba de informes es un medio autónomo y principal del que pueden servirse las partes en el proceso, cuando deseen demostrar la existencia de hechos que constan en documentos, libros, archivos o papeles de las Oficinas Públicas, Bancos, sociedades civiles o mercantiles, asociaciones gremiales e instituciones similares, aunque éstas no sean parte en el juicio.

La Extinta Corte Suprema de Justicia, en decisión de fecha 11 de marzo de 1990, dispuso que la misma constituye un medio de prueba principal que permite incorporar al proceso recaudos públicos y privados, siempre que los mismos consten en documentos, libros, archivos o papeles que se hallen en las entidades a que alude el artículo 433 del CPC, criterio ratificado al sostener que la prueba de informes es un medio de prueba autónomo.

En el proceso de auditoría, inspecciones y cualquier tipo de revisión fiscal, el auditor aporta “pruebas de informes” cuando incorpora al expediente informes realizados por terceros que comprueban fehacientemente hechos o actos que consten en documentos, libros, archivos u otros papeles que se hallen en poder o custodia de ellos, o copia certificada de los mismos.

Durante la fase probatoria, los informes son un medio de prueba por el cual pueden ser requeridos, por parte del interesado, e incorporados al proceso, a oficinas públicas, bancos, asociaciones gremiales, sociedades civiles o mercantiles e instituciones similares, aunque no sean parte en el juicio, datos concretos sobre hechos o actos litigiosos que consten en documentos, libros, archivos u otros papeles que se hallen en ellas, o copia de los mismos.

Prueba de Exhibición

La prueba de exhibición está contemplada en el artículo 436 del CPC que prevé la posibilidad, para la parte que deba servirse de un documento que se encuentra en manos de otra parte u de un tercero, de solicitar su exhibición.

La promoción de la prueba de exhibición está sujeta a ciertos requisitos que condicionan su admisibilidad. El citado artículo exige que el promovente acompañe copia del documento cuya exhibición pretende o en su defecto, la afirmación de los datos que conozca acerca del contenido del mismo. Es necesario que el solicitante acompañe también un medio de prueba que constituya por lo menos presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de otro interesado en el proceso u de un tercero.

No se requiere una prueba plena, basta que sea presuntiva, de que el instrumento está en poder del otro, que parezca creíble tal posesión o tenencia."

El artículo 437 del CPC dispone: "El tercero en cuyo poder se encuentren documentos relativos al juicio, está igualmente obligado a exhibirlos, salvo que invoque justa causa a juicio del Juez".

Prueba Pericial o Experticia

La prueba pericial o de expertos es una prueba personal e indirecta que consiste en un dictamen, informe u opinión que rinde una persona experta en una materia determinada, sobre personas, cosas o situaciones relacionadas con los hechos del proceso, y que se someten a su consideración por iniciativa de las partes o por disposición oficiosa de los órganos de control.

El artículo 1422 del Código Civil establece que la experticia es la comprobación de aspectos técnicos y no la interpretación del texto del

documento o del instrumento y, según lo aclara el artículo 331 del CPC, la experticia sólo tiene por objeto cuestiones de hecho y no interpretaciones.

Se refiere a la búsqueda, a través de un informe o declaración de un experto competente que aporta su conocimiento en determinada materia o aspecto técnico sobre la cual las partes interesadas no pueden emitir un juicio profesional.

La experticia o peritaje puede versar sobre cualquier materia técnica o especializada en la que el órgano de control o los interesados no posean un conocimiento profesional de la misma.

Durante la fase probatoria no constituye por sí sola un medio de prueba, sino un procedimiento de la verificación de un hecho ofrecido como prueba o destinado a la aportación de elementos necesarios para su apreciación. Esta prueba no se efectúa sino sobre puntos de hecho y debe versar sobre aquéllos en los que el juez no está en condiciones de comprobar personalmente mediante la inspección ocular, debido a que para su apreciación se requieren conocimientos especiales.

Prueba Testimonial

El testimonio es el medio de prueba que consiste en tratar de comprobar o refutar la ocurrencia de ciertos hechos a través de las manifestaciones que realizan determinadas personas, distintas del interesado legítimo, a las que denominamos testigos. Asimismo, puede definirse el testimonio como la manifestación que realiza un tercero en el proceso ante un funcionario legalmente facultado para recibirla.

Pueden ser testigos en el proceso, todos aquellos terceros que estén en capacidad de aportar un conocimiento útil al proceso, bien porque hayan presenciado directamente un evento, o porque hayan conocido de él por otros medios.

En la etapa de Potestad Investigativa, el funcionario de control aporta "pruebas testimoniales" al expediente con las actas contentivas de declaraciones, tomadas con las formalidades requeridas, de funcionarios o de terceros, formalmente certificadas y firmadas por las partes intervinientes; en las cuales se describan las partes involucradas y los aspectos tratados que comprueben o aporten elementos sobre las

actuaciones de los funcionarios públicos en ejercicio de su competencia o funciones propias.

Durante la fase probatoria, las testimoniales son un acto jurídico efectuado con pleno conocimiento de causa y que debe ser levantado en un acta formalmente realizada para su incorporación debida al expediente.

La declaración del testigo en la fase de Potestad Investigativa será recogida por escrito, mediante un acta en la que se exprese día, hora y lugar de la comparecencia, la identificación plena del testigo, el asunto de que se trata, la expresión de que éste ha sido juramentado, el contenido de su exposición y las preguntas que el funcionario actuante le hubiere formulado.

La declaración del interesado legítimo en la fase de Potestad Investigativa será recogida por escrito, mediante un acta en la que se exprese día, hora y lugar de la comparecencia, la identificación plena de éste, el asunto de que se trata, el señalamiento de que el mismo ha sido impuesto del precepto constitucional consagrado en el artículo 49, en el cual se le exime de declarar contra si mismo, el contenido de su exposición y las preguntas que el funcionario actuante le hubiere formulado, funcionario actuante o ante el cual se rinde la declaración, después de lo cual los intervinientes firmaran el acta.

Resumen

Se considerará prueba todo elemento de convicción sustentado durante o después de la auditoría, con la utilización de técnicas y prácticas propias de ella, que comprueba suficientemente el hecho o hallazgo.

Las pruebas son fundamentales para el ejercicio de la Potestad Investigativa, sin embargo, para conseguirlas el auditor debe tomar las previsiones para no atentar contra ninguno de los derechos enumerados en la sesión anterior.