

II. OFICIOSIDAD E INSTANCIA DE PARTE

24. Los principios informativos	135
25. Principios administrativos	138
26. Principios procesales	142
27. Principios técnicos	147
28. El concepto de oficialidad	156
29. La instancia de parte	164

CAPÍTULO II

OFICIOSIDAD E INSTANCIA DE PARTE

24. *Los principios informativos*

El derecho, como orden coactivo es una idea que comparten diversas corrientes, lo mismo los formalistas de la teoría pura que los institucionalistas.³⁶⁰ Este orden resulta una disposición de las cosas conforme a un principio que le unifica (para Renard, la justicia).

El concepto de orden ha servido para tipificar al derecho, con el agregado de la obligatoriedad en las relaciones sociales que se dan dentro del grupo humano y la existencia del grupo mismo.³⁶¹

Ahora bien, si la noción de orden no es un objeto intuible en el espacio sino algo ideal y, tratándose del derecho, significa meramente su existencia,³⁶² resulta que la definición del derecho se puede encontrar con independencia de este dato.³⁶³

Quedarían como ineliminables la obligatoriedad y las relaciones sociales. Entonces, bastará decir que el derecho es el imperativo social, para contener en su descripción todo cuanto pertenezca a este orden. En efecto, el imperativo es un deber ser hacia el futuro, no una relación de pasado, y la relación es una referencia de datos que sostiene un ser, el cual, en el orden jurídico es la vida social. El derecho no existe para el hombre aislado, incomunicable, pues carecería de sentido un imperativo que, por hipótesis, exige una instancia que manda y otra que obedece. El imperativo hacia sí mismo es simple propósito.

El imperativo relaciona las conductas, porque socialmente sólo éstas pueden ser objeto de su regulación. Como este relacionar no proviene de las cosas sino de los hombres, es algo artificial, algo que se atribuye

³⁶⁰ Georges Renard, *Introducción filosófica al estudio del derecho*, Bs. As. 1947, Trad. Santiago Cunchillos Manterola, t. I, p. 95.

³⁶¹ Helmut Coing, *Fundamentos de filosofía del derecho*, Barcelona, 1961, Trad. Juan Manuel Mauri, p. 32.

³⁶² Coing, pp. 32-3.

³⁶³ Que se aplica por igual a la metafísica de las cosas, de los valores, etcétera, de manera que apenas se alude a su pertinencia: lo que pertenece al derecho es del orden jurídico.

o remite a la conciencia del destinatario. Para que el derecho tenga efectividad necesita de un justificante, de una razón de ser. En algunas teorías, la finalidad es la justicia, en otras la seguridad, algunos abogan por la certeza y no faltan los que invocan el orden escuetamente.

Sea cualquiera la elección que se haga al crear un imperativo social, interesa ahora que siempre se tendrá presente una meta. Para el total jurídico, se han propuesto los fines mencionados; entonces, la regulación que persiga su consecución tendrá frente a sí un principio o un conjunto de principios. El alcance que se dé al término principios es determinante para la sistematización positiva, porque no será igual ver en ellos la causa en cualquiera de sus acepciones,³⁶⁴ que la meta o punto de arribo final.

Además de lo anterior, los principios del derecho no son los atinentes a cada rama, ni los de éstas corresponden a los tipos: conjunto de casos generales.³⁶⁵ Es verdad que la noción de principios fue obscurecida en muchas ocasiones y que a partir de la filosofía cartesiana se llegó a formular un sistema a título de axiomas racionales y se habló de los derechos a la vida, la libertad, la propiedad y otros;³⁶⁶ sin embargo tales conceptos no eran metas sino materias a regular más o menos restrictivamente.

Se pueden asimilar los principios a las garantías, y así se observa cuando José Lois Estévez³⁶⁷ considera que el principio de causalidad garantiza la uniformidad de la naturaleza y la existencia de una causa primera, haciendo posibles las predicciones científicas y las nociones suprasensibles.

También cabe estimar a los principios en el sentido de premisas teóricas que potencialmente encierran en sí innumerables conclusiones prácticas, como enseña Piero Calamandrei.³⁶⁸ Y es factible entender con Robert Wyness Millar³⁶⁹ que son las generalizaciones establecidas por la teoría respecto de los métodos jurídicos, las cuales fijan y delimitan los conceptos fundamentales que dan forma y carácter a dichos sistemas.

³⁶⁴ Cfr. Alejandro Díez Blanco, *La filosofía y sus problemas*, Barcelona, 1960, p. 202.

³⁶⁵ Coing, p. 33.

³⁶⁶ Juan Manuel Terán, *Filosofía del derecho*, México, 1952, p. 283.

³⁶⁷ *Estudios sobre los fundamentos de una nueva ciencia jurídica*, Santiago de Compostela, 1954, p. 170.

³⁶⁸ Chiovenda. *Recuerdo de juristas*, Bs. As. 1959, Trad. Santiago Sentís Melendo, p. 44.

³⁶⁹ *Los principios formativos del procedimiento civil*, Bs. As. 1945, Trad. Catalina Grossmann, p. 43.

Asimismo, existen apreciaciones sobre los principios que, sin caracterizarlos, aplican algunas de las notas expuestas, como cuando Hernando Devis Echandía,³⁷⁰ afirma que existen dos categorías de principios fundamentales de la ciencia procesal, las que sientan las bases generales del derecho procesal y las que miran a la organización del proceso. Sin estos principios, agrega, la vida en la comunidad se haría imposible en forma civilizada, pues fundamentan la vida misma del Estado como organización jurídica y de la sociedad.

En todas las opiniones consideradas hay puntos de coincidencia, de modo que puede sostenerse que en ellas se estima que los principios son nociones generales, fundadoras, abstractas y unificadoras. Naturalmente deberá decidirse si se opta por estimarlos como causas o como fines, pero no parece ya dudarse de que unos miran al derecho en su totalidad y otros a parcialidades jurídicas.

Propiamente, sobre el tema se ha especulado limitadamente; es cierto que en toda obra jurídica se emplean los vocablos principios fundamentales, esenciales, básicos, etcétera; mas no existe un propósito definitorio, sino que se observa una postura común de dar por sentado que se conocen los alcances de estos términos.

Quizás por ello se llame principios a lo que son normas básicas, y garantías a lo que son principios. Por ejemplo, la regla del debido proceso legal se califica unas veces como derechos del hombre, otras como declaraciones, y muchas más como garantías individuales.

Al revisar las constituciones, se observan preceptos llamados parte dogmática, por contraposición a la orgánica y a la legislación constitucional propiamente dicha.³⁷¹ Teóricamente, las calificadas de garantías o declaraciones de derechos, tienen un sentido diferente a los preceptos que estructuran la organización estatal, y distinto de aquellas normas que incluidas en la Constitución, vienen a regular directamente ciertas materias: política, educación, derecho laboral, culto público, materia económica, civismo y nacionalidad, técnica legislativa, nuevos Estados, zonas federales, salubridad e higiene nacionales, y hasta procedimientos y juicios: amparo y responsabilidad de los funcionarios.

La distinción de estos capítulos de una constitución positiva (en el caso la mexicana), obedece al diferente sentido de la regulación. En lo tocante a las garantías o declaraciones de derechos, cabalmente se están implantando ciertos principios jurídicos: irretroactividad en la apli-

³⁷⁰ *Nociones generales...*, p. 47.

³⁷¹ Fausto E. Vallado Berrón, *Sistemática constitucional*, México, 1965.

cación de las leyes, el debido proceso, las formalidades del acto o resolución administrativos, las razones de ocupación de la propiedad, las condiciones para efectuar la privación de la libertad, etcétera.

En cambio, en la estructuración orgánica se hace distribución de competencias y órganos; y en las leyes constitucionales se dictan soluciones concretas a ciertos problemas estatales, sociales o individuales.

El capítulo de las declaraciones tiene un claro sentido orientador. Es la postulación de metas o fines que deben perseguir las leyes emanadas de los órganos creados en la parte estructural de la ley eminente. Estos principios son, pues, informaciones, tienen un significado de orientación y no un contenido de solución como las leyes insertadas en la Constitución. Por ellos se habla de límites y condiciones infringibles. No se trata de que la Constitución resulte un catálogo de la legislación nacional, ni siquiera la base de la pirámide kelseniana, sino apenas la reunión de esos capítulos, entre los que destaca el concerniente a la declaración de principios.

Pero la orientación que es propia de esas declaraciones, no resulta igual a la que viene especificada para cada rama jurídica. Aquí se opera la unificación normativa por los principios que caracterizan la homogeneidad de la materia (penal, procesal, civil, etcétera).

Algunas veces, como sucede en los códigos civiles, los principios se exteriorizan en artículos; otras, en cambio, discurren implícitos en la normatividad general de los códigos o en la particular de las instituciones. En los últimos supuestos, el legislador persigue un propósito que se infiere del diseño, de la línea respetada en las soluciones concretas, como cuando se intenta defender el núcleo familiar, a través de un conjunto de disposiciones que sucesivamente van atendiendo a la potestad, el deber de alimentos, la obligación de respetar, las facultades de administración, etcétera. Ello no impide ni la existencia de los principios, ni la posibilidad de su descubrimiento. En ciertas leyes, se observa la preponderancia de la voluntad: principio individualista, otras su sujeción: principio socialista.

25. Principios administrativos

La equivocidad en cuanto al significado de los principios ha provocado la confusión entre finalidad y valoración. Para la corriente jusnaturalista, se trataba de verdaderos ideales que desde lo alto gobernaban los casos específicos. Pero al perderse el concepto escolástico de la natu-

raleza, los nuevos partidarios del derecho natural han quedado sin principios ciertos susceptibles de aplicación práctica.³⁷²

Sin embargo, el abandono de la posición valorativa, con la que se intentaba aplicar una medida inmutable a cada cuestión concreta, no ha afectado la existencia de los principios. Lo único que ha cambiado es el significado, de modo que no se niega que el orden social deba acomodarse a la igualdad, ni que el gobernado debe poseer una pretensión absoluta de protección estatal, al bien común, a la ponderación de los intereses y demás.

Pero los principios no pueden ser normas generales potencialmente concretizables. Hay un límite, dice Forsthoff,³⁷³ en que interviene la decisión, el arbitrio que diferencia la potestad incontrollable de la actividad discrecional regulada normativamente.

El arbitrio conformador se realiza por la intervención directa, la participación activa de los órganos administrativos en las funciones de la vida social.³⁷⁴ Así se mira en las empresas de transporte y suministros, y en la creciente participación en la actividad económica que ahora tiene el Estado.³⁷⁵

Esta intervención conformadora, que puede explicar el intervencionismo de Estado, se aparta de la tradicional intervención prohibitiva o premisiva originadora de la relación administrativa directa entre el gobernante y el gobernado, en cuanto la conformadora repercute en las relaciones entre los gobernados. Aquí parecen derogados viejos principios jurídicos, como el de la libertad burguesa y, en lugar de preponderar la protección jurídica, se entroniza la solución por negociaciones a través de gremios o asociaciones: principio del *do ut des*.³⁷⁶

Marginalmente, esto viene a demostrar que la normatividad constitucional no puede ser considerada como la estructuración básica, pues la estructura moderna del Estado no se apoya solamente en la distinción entre norma general y mandato individual, sino que incluye la intervención colectiva.³⁷⁷

Ahora bien, es necesario tener en cuenta la nueva estructuración administrativa para determinar cuáles principios clásicos subsisten, y qué nuevos principios informan esta actividad. La parte del derecho administrativo tradicional, que puede restringirse al aspecto policial (en

³⁷² Forsthoff, *op. cit.*, p. 111.

³⁷³ *Op. cit.*, p. 113.

³⁷⁴ Producción, comercio, distribución de bienes.

³⁷⁵ Empresas de carácter público y mixto.

³⁷⁶ Forsthoff, p. 117.

³⁷⁷ Forsthoff, p. 117.

su acepción más amplia), conserva inalterable el principio de la libertad individual, sólo susceptible de afectación dentro de los cauces de una legalidad constitucional. En este campo, la Administración se limita a controlar y regular la conducta individual. Pero el otro sector de la Administración conformadora,³⁷⁸ que estructura la vida social con finalidades propias de la colectividad como tal, ha de aplicar principios sociales.

Es en este sentido que puede admitirse el término justicia social: regulación de la conducta social según el principio del bien general. Es de acuerdo con este principio que la interpretación jurídica cambia de la literalidad al sentido;³⁷⁹ pero de todo ello se sigue, también, el que el derecho administrativo, integrado con multitud de normas,³⁸⁰ resulta un cuerpo incompleto si le contrasta con la codificación civil.

Vienen en auxilio de la interpretación administrativa los principios particulares.³⁸¹ Se efectúa aquí, lo mismo que acontece en todas las ramas, una interpretación que no parte del centro de la norma, sino que atiende fundamentalmente a la institución,³⁸² y mira al sentido, a la intencionalidad de la regulación, no a su concreta disposición, sino a su objetivo en conjunto.

La revisión doctrinaria de los principios lleva, como estaba apuntado, a campos disímolos y así, al hablar de las características de la Administración absolutista, se explica que seguía el principio de la colegiación.³⁸³ Con ello no se hace sino una equívoca aplicación del concepto, pues se le toma como medida de valoración a la manera escolástica. Si para organizar a la administración se prefiere el predominio de la forma colectiva,³⁸⁴ con ello no se responde al principio jurídico en su correcta significación, sino a un valor técnico.

En otros extremos, en cambio, se acude a verdaderos principios, como cuando se invoca la equidad como vigente en el ordenamiento positivo para las relaciones consuetudinarias.³⁸⁵

En la misma línea se encuentra el principio de la igualdad, sobre

³⁷⁸ Terminología de Forsthoff.

³⁷⁹ Tal principio, por lo demás, es aplicable al derecho administrativo tanto como al civil: efectos institucionales.

³⁸⁰ Leyes, reglamentos, ordenanzas.

³⁸¹ Orientaciones para el conjunto normativo especial.

³⁸² Forsthoff, pp. 238-9.

³⁸³ Forsthoff, p. 47.

³⁸⁴ *Id.*, p. 55.

³⁸⁵ Delegación de funciones, facultad no escrita que ha venido a requerir la delimitación jurisprudencial y científica, o las indemnizaciones de derecho público no reguladas legislativamente, cfr. Forsthoff, p. 210.

todo cuando se observa el campo de los contratos calificados de derecho público que, para cierta parte de la doctrina siguen siendo de derecho privado o común.³⁸⁶ Sobre el particular debe indicarse que los principios, como ha podido confirmarse en el contraste de las ideas de justicia individual y social, pueden tener soluciones opuestas. Así, considerando la contratación, especialmente de obras y servicios públicos, se habla del principio de desigualdad, en cuanto la Administración conserva una posición privilegiada, imponiendo sus decisiones y llevándolas a cabo con o sin la voluntad del particular, interpretando los contratos, rescindiéndolos, resolviéndolos o anulándolos.³⁸⁷ Frente a ese principio, todavía se postula el de igualdad para sostener que se viola en la dicha contratación³⁸⁸ y que, por ende, sería un procedimiento arbitrario, regular situaciones generales por medio de contrataciones diferenciadoras y no por normas jurídicas.

El caso no es insólito sino todo lo contrario, de modo que recientemente se ha visto regular impuestos y contribuciones a base de convenios de cuota fija o de regularizaciones fiscales, lo que indudablemente viola ese principio de igualdad que sólo puede quebrarse en el ámbito de los derechos disponibles.³⁸⁹ La igualdad se rompe cuando a un importador se le reduce la cuota asignada cuando el monto de las importaciones permanece inalterable; pero se respeta si la autoridad explica que ha aumentado el círculo de importadores que participan en la oportunidad.³⁹⁰

En fin, atendida la función administrativa en su sentido de servicio de la empresa de gobierno, destaca el principio de oficialidad, por cuanto los actos que le caracterizan se cumplen sin requerimiento de los administrados. Este principio es típicamente preponderante en los actos de ejecución y en los de gobierno y políticos.^{390-bis}

Pero la oficialidad no es sinónima de actividad irrestricta, su posibilidad se encuadra en la competencia, en el conjunto de atribuciones

³⁸⁶ Gonzalo Retana Sandi, "La jurisdicción contencioso-administrativa en Costa Rica y su reforma", en *Revista del Colegio de Abogados*, julio, 1966, p. 7.

³⁸⁷ Aunque posteriormente pueda acudir al proceso administrativo.

³⁸⁸ Forsthoff, p. 374.

³⁸⁹ Administrativamente: concesiones.

³⁹⁰ Forsthoff, p. 680.

^{390 bis} Para la jurisprudencia francesa, dice Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, México 1944, p. 95, son actos de gobierno los actos del Ejecutivo en relación con el Parlamento, la declaración del estado de sitio, los actos de ejecución de un convenio diplomático y los actos de guerra; sin embargo, para el autor, el acto de gobierno debe considerarse como un acto que jurídicamente no se diversifica de los administrativos, de manera que lo característico es su procedencia de un órgano político o porque por medio de él se afecte un derecho político de los ciudadanos.

conferidas al órgano. Por lo mismo, sobre ella se encuentra el llamado principio de legalidad.

La función del Estado³⁹¹ se realiza bajo un orden jurídico. Ello significa que ningún órgano puede tomar una decisión individual que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada.

Es la norma la que funda las decisiones individuales, y este principio tiene en los Estados de Derecho un carácter casi absoluto, ya que sólo quedan fuera las facultades discrecionales, cuyo sector se encuentra más o menos delimitado.³⁹² Lo contrario a la legalidad se considera despotismo,³⁹³ el cual no tiene cabida en un régimen constitucional de estructuración por distribución de competencias.³⁹⁴

Es igualmente tema de discusión el caso de la delegación de facultades, y no sólo con referencia a los ejemplos de las autoridades administrativas, sino también frente a la hipótesis de las llamadas facultades extraordinarias que Fraga estima como fuente de derecho administrativo semejante a la legislación de emergencia.³⁹⁵

26. Principios procesales

Al referirse a las reglas directrices de las instituciones procesales, Millar³⁹⁶ les llama indistintamente máximas o principios. Naturalmente, no se trata verdaderamente de máximas o consejos obtenidos de la experiencia, sino de postulados que se busca conseguir con cierta regulación positiva.

Pero no está totalmente alejada de la realidad histórica la denominación de Millar, y así se ven mezcladas con los verdaderos principios esas máximas y otras reglas técnicas. Basta para el caso, recorrer la obra de Adolfo Wach,³⁹⁷ para encontrar mencionados como principios la técnica contumacial,³⁹⁸ el derecho de juramento,³⁹⁹ la disposición de las

³⁹¹ Dice Fraga, *op. cit.*, p. 155.

³⁹² Con tendencias hacia la restricción por vía de la justificación.

³⁹³ Fraga, p. 156.

³⁹⁴ Sin embargo, ante las facultades reglamentarias, no siempre explícitas en la ley constitucional, como sucede en México, surge la duda de si el principio de legalidad no tiene una excepción en el caso de la actividad administrativa materialmente legal pero formalmente ajena al órgano legislativo por antonomasia, cfr. Fraga, p. 157.

³⁹⁵ *Op. cit.*, p. 162.

³⁹⁶ *Op. cit.*, p. 43.

³⁹⁷ *Conferencias sobre la ordenanza procesal alemana*, Buenos Aires, 1958, Trad. Ernesto Krotoschin.

³⁹⁸ *Op. cit.*, p. 23.

³⁹⁹ *Op. cit.*, p. 242.

partes,⁴⁰⁰ dispositivo,⁴⁰¹ del dominio sobre el estado de cosas,⁴⁰² de la falta de interés en el objeto de la controversia por parte del Estado,⁴⁰³ del impulso del proceso por las partes,⁴⁰⁴ de la intermediación,⁴⁰⁵ de la libre apreciación de la prueba,⁴⁰⁶ de la oralidad,⁴⁰⁷ de la percepción inmediata,⁴⁰⁸ de la reciprocidad,⁴⁰⁹ relativos a los medios de prueba,⁴¹⁰ de la unión de pruebas,⁴¹¹ de la verdad material.⁴¹²

A su vez, Millar consigna los siguientes principios que llama formativos,⁴¹³ de bilateralidad de la audiencia,⁴¹⁴ de presentación por las partes e investigación judicial,⁴¹⁵ del orden consecutivo, preclusión y acumulación eventual,⁴¹⁶ de la prueba formal y la prueba racional,⁴¹⁷ de la oralidad y escritura,⁴¹⁸ de la intermediación y de la mediación,⁴¹⁹ y de la publicidad y el secreto.⁴²⁰

En cambio Hernando Devis Echandía,⁴²¹ comienza por aludir a los principios fundamentales del derecho procesal y del procedimiento. En seguida se refiere: al carácter exclusivo y obligatorio de la función judicial del Estado, a la independencia de la autoridad judicial, a la imparcialidad rigurosa de los funcionarios judiciales, a la igualdad de las partes ante la ley procesal, a la necesidad de oír a la persona contra la cual va a surtirse la decisión,⁴²² a la publicidad del proceso, a la obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley, al principio de que las sentencias no crean, sino declaran derechos, al principio de la verdad procesal, y al principio de la cosa juzgada, todos como atinentes al de-

⁴⁰⁰ *Op. cit.*, p. 60.

⁴⁰¹ *Op. cit.*, p. 223.

⁴⁰² *Op. cit.*, p. 60.

⁴⁰³ *Op. cit.*, p. 61.

⁴⁰⁴ *Op. cit.*, p. 60.

⁴⁰⁵ *Op. cit.*, p. 276.

⁴⁰⁶ *Op. cit.*, p. 237.

⁴⁰⁷ Pp. 6, 15, 34 y 57.

⁴⁰⁸ *Op. cit.*, p. 8.

⁴⁰⁹ *Op. cit.*, p. 340.

⁴¹⁰ *Op. cit.*, p. 241.

⁴¹¹ *Op. cit.*, p. 241.

⁴¹² *Op. cit.*, p. 223.

⁴¹³ No informativos como debe ser.

⁴¹⁴ *Op. cit.*, p. 45.

⁴¹⁵ *Op. cit.*, p. 57.

⁴¹⁶ *Op. cit.*, p. 93.

⁴¹⁷ *Op. cit.*, p. 119.

⁴¹⁸ *Op. cit.*, p. 141.

⁴¹⁹ *Op. cit.*, p. 167.

⁴²⁰ *Op. cit.*, p. 183.

⁴²¹ *Op. cit.*, pp. 47 y ss.

⁴²² Principio de la contradicción o audiencia bilateral.

recho procesal. En cuanto a los relativos al procedimiento, cita: el principio dispositivo o inquisitivo, los principios de la tarifa legal de pruebas, conocido también como sistema legal de pruebas, o de la libre apreciación de su valor; al principio de impulsión del proceso, el principio de economía procesal, el principio de concentración del proceso, el principio de la eventualidad, también llamado de la preclusión; el principio de la intermediación, el principio de la oralidad o de la escritura, el principio del interés para intervenir en los juicios; los principios del interés legítimo para pedir o contradecir una sentencia de fondo y de la legitimación en la causa; principio de la buena fe y la lealtad procesal, principio de la impugnación, principio de las dos instancias; y, principio de la motivación de las sentencias.

La lista que forman las enumeraciones precedentes, podría ser aumentada sin dificultad; pero tal vez lo conducente sería reducirla y modificarla. Lo primero como consecuencia de una correcta sistematización, y lo segundo como resultado de una investigación más a fondo.

Aunque en Devis Echandía se encuentra una separación, ni ella tiene el propósito de contrastar lo procesal con lo procedimental, ni mantiene una línea de congruencia indispensable en toda sistematización. Podría decirse que, suponiendo que todos los enunciados fueran principios, obviamente quedarían encuadrados en el derecho procesal como rama, como ciencia jurídica, y ninguno de los que se califica de procedimentales es ajeno a la misma. En cambio, falta el punto de referencia preciso al proceso por antonomasia.

En todo caso, debe advertirse que son dos los problemas que deben resolverse en la búsqueda de los principios procesales. En primer lugar, el ya comentado de la significación del vocablo principios; y, en seguida, el atinente al concepto del proceso. La relación que surge posteriormente, entre principios y proceso, dará la materia del tema.

Si los principios son los orientes jurídicos,⁴²³ y el proceso es la serie de instancias proyectivas; los principios procesales serán los postulados que mantienen el sentido del proceso.

La justificación del instituto⁴²⁴ aparece teleológicamente. Conviene puntualizar que el punto de vista teleológico no es el más adecuado para las definiciones, pero ahora no se intenta conceptuar el proceso, sino explicar la función de los principios y, en este sentido, habrá que buscar la finalidad de la figura. Pues bien, finalísticamente, el proceso se jus-

⁴²³ No las primeras o segundas causas.

⁴²⁴ En la esfera del derecho público, dice Forsthoff, p. 238, se ha impuesto más bien la expresión institución, sin que esto deba constituir una diferencia real.

tifica por la interpretación imperativa de un tercero imparcial, se quiere la sentencia ajustada a la solución debida de un dilema.

El pronunciamiento es un acto resolutorio y, como tal, poca diferencia tendría con otros actos como los administrativos que se dictan ante un conflicto calificado como contencioso administrativo. Sin embargo, la sentencia es inconfundible con la solución administrativa por dos razones: una propia del pronunciamiento judicial, que es su naturaleza de interpretación imperativa; la otra es una consecuencia de su ubicación procesal, esto es, se trata de una resolución que surge luego de sustanciado un proceso.

Aunque se ha hablado de diversas clases de interpretación y de la competencia de todas las autoridades para efectuarla, al grado de que se piensa que la auténtica pertenece al mismo creador de la norma,⁴²⁵ lo cierto es que sólo hay una clase de interpretación: la judicial.⁴²⁶

Interpretar significa inferir un concepto de un dilema, viene del latín *interpres* que se aplica a quien explica o declara.⁴²⁷ En el proceso se ha ofrecido al juzgador un dilema y, de entre dos pretensiones contrapuestas, el tercero imparcial determina cuál es la correcta, la admisible; pero ello lo hace, no con intención meramente explicativa, sino imperativa. Ni el legislador ni la autoridad administrativa "interpretan", el primero porque sólo puede imponer una solución⁴²⁸ cuando efectúa *a priori* la regulación. Y, el segundo, porque aun en el estudio de una impugnación, no contrasta dos pretensiones sino exclusivamente la del impugnante, y procede a reacerarla en términos de ley.

Si de principios se trata, obviamente el primario es el de imparcialidad. El tercero⁴²⁹ debe ser ajeno a cualquier posición en contienda.⁴³⁰ Tal imparcialidad se logra (objetivamente) apenas en el instituto procesal, y no sólo existe para la dirección de la serie proyectiva, sino para la decisión del conflicto. Imparcialidad es el principio inalterable, desde la iniciación del proceso hasta el dictado del fallo.

Otro principio característico del proceso es la transitoriedad que Ignacio Medina Lima califica de temporal. Se trata del hecho de que el

⁴²⁵ Con la exageración consistente en que si es la misma Administración activa la autora, se piensa en una interpretación auténtica cuando la solución proviene de ella misma.

⁴²⁶ O la del sujeto que actúe con el mismo propósito sentenciador.

⁴²⁷ Valbuena reformado, *Diccionario latino español*, París, 1868, p. 458.

⁴²⁸ Aunque sea entre varias posibles.

⁴²⁹ Intérprete por antonomasia.

⁴³⁰ La autoridad administrativa no puede efectuar esta desvinculación, porque se encuentra encargada de la misma función de la autoridad responsable del acto impugnado.

proceso no está concebido para perdurar, no tiene siquiera una explicación por sí mismo. No cabría suponer que el proceso vive para constituirse interminablemente, por el contrario, mientras más pronto termine, mejor. Pero ello no implica que su conclusión deba hacerse vulnerando otros principios, entre los que sobresale el de imparcialidad. No se quiere que el proceso finalice con pronunciamiento injusto, se pide nada más que termine en el menor tiempo posible, porque no ha sido creado para prolongarse indefinidamente.

El proceso ha quedado como una serie de instancias proyectivas. Pues bien, un principio más surge de esta caracterización: para que la proyectividad se cumpla efectivamente, es menester que ambas partes⁴³¹ cuenten con igualdad de ocasiones de instancia. A la instancia de una parte debe corresponder la reacción de la contraria. Sólo así se concibe el proceso y por ello, el principio a respetar es el de la igualdad del instar.

Este principio no se confunde con el de la bilateralidad de la audiencia. Existen muchos procedimientos administrativos en que se da oportunidad a cuantos en ellos intervienen para ser escuchados. La autorización relativa a la exención de impuestos para industrias nuevas o necesarias, no desconoce este fenómeno. Luego de pedida la exención y llenados los requisitos legales, se permite a quienes pudieran salir afectados con ella, la exposición de razones en contra. Se les escucha y toma en cuenta, sin que al cumplirse de este modo la bilateralidad de la audiencia, se haya estructurado un proceso.

En la misma sede judicial, se conocen procedimientos de esta índole. En la llamada vía de jurisdicción voluntaria, el apeo y/o deslinde, se lleva a cabo frente a los interesados. Se les escucha y atiende.⁴³² Otro tanto se observa en medidas tales como el depósito de personas, en la adopción si el menor ha rebasado cierta edad,⁴³³ etcétera.

Principio netamente procesal que, sin embargo, no se comenta en la doctrina, pese a su elevada importancia, es el de la eficiencia funcional. El proceso está conformado por fases: postulatoria, demostrativa y/o conclusiva. No pueden incluirse la decisoria porque cae fuera del proceso, ni la impugnativa, porque forma parte de una nueva y posterior serie.⁴³⁴

Cada fase tiene un objeto legal, cada una se regula para cometido específico y cierto: la postulatoria para que el juez adquiera el conoci-

⁴³¹ Dos y nada más que dos en todo proceso.

⁴³² Si hay conflicto intransigible, se concluyen las diligencias para respetar el derecho de acudir al proceso.

⁴³³ Dieciséis años.

⁴³⁴ Cuando es procesal, porque cabe que sea simplemente procedimental: queja.

miento del conflicto, la demostrativa para que adquiera los elementos de convicción, y la conclusiva para que adquiera los razonamientos justificativos de la solución del debate. Ello permite agregar que la fase decisoria no es procesal, porque el juzgador pasa del tipo adquisitivo al imperativo, del recibir al dar.

Procesalmente, cada fase debe respetar el principio de eficiencia, con el fin de que llene su objeto: adquirir conocimientos y convicciones. Si el proceso pudiera estructurarse sin las fases se cometería una aberración, un absurdo, una *contradictio in adiecto*, porque la hipótesis es que el proceso sirva: para conocer un conflicto, las pruebas de las pretensiones y las razones concluyentes. Si se eliminan las fases, el proceso pierde sentido, razón de ser, para convertirse en mera inquisición, o pesquisa. Y no importa que las fases estén abiertas a nuevas iniciaciones,⁴³⁵ porque lo determinante es la secuencia. Lógicamente es inconcebible que se pruebe antes de pedir, o se concluya sin postular una pretensión. Entonces, a menos de desterrar el proceso, es forzoso regularlo por fases, cada una con un cometido preciso: ineliminable.

Otros principios, de los enunciados por las doctrinas aludidas, o no son procesales, o tienen naturaleza de reglas técnicas. Lo último sucede con aquellas máximas de doble solución: presentación de parte o investigación oficial, de disposición del debate o de derechos indisponibles. Todos ellos, además, atañen a categorías que no son estrictamente procesales, por lo mismo que hablan de la pretensión y no de la instancia proyectiva.

Algunos más, como el de adquisición, son nombres distintos para aquellos principios que han quedado explicados en la eficiencia; y el de preclusión no pasa de ser una discutible extensión de la naturaleza proyectiva de la instancia.⁴³⁶ En fin, cuestiones como las relativas a la prueba,⁴³⁷ se ofrecen como manifestaciones diversas del problema ya indicado: eficiencia procesal, o valoración conciernen a la sentencia y no a la jurisdicción.⁴³⁸

27. Principios técnicos

Técnica es la adecuación de medios a fines. En tanto que el método

⁴³⁵ Litis abierta.

⁴³⁶ Que al concluir su ciclo cierra el grado.

⁴³⁷ Qué es la prueba, quién prueba, qué se prueba, cómo se prueba y qué valor tiene la prueba.

⁴³⁸ Dirección del proceso.

cuantifica los conceptos, les asigna una determinada significación; y el sistema realiza la conexión de nociones con un sentido teórico, la técnica se limita a invariar.

La invariación no es sino la combinación de factores para la producción de un resultado. Con la técnica no se persigue definir un objeto, llámesele proceso o procedimiento, pretensión o sentencia. Lo que cada uno sea es materia de estudio del método, y lo que resulte de la invariación es objeto a sistematizar con las restantes soluciones de la rama jurídica.

Por ello, mientras los principios orientan la regulación positiva, y mediante su aplicación se busca que la secuencia, por ejemplo, esté dirigida por un sujeto imparcial, que se desenvuelva expeditamente, que mantenga la bilateralidad de la instancia y la eficiencia de sus fases; las reglas técnicas ofrecen posibilidades que pueden ser contradictorias: invariar instancias orales o escritas, facultades de disposición o de indisponibilidad, de impulsión de parte o de oficio, etcétera.

Técnicamente, tanto es factible invariar conceptos exclusivamente procesales, como procedimentales o sustantivos. Lo único que debe advertirse, es que en el orden procesal, la técnica es mucho más limitada, precisamente porque los principios son unisignificativos, pues lo contrario llevaría a calificar de proceso a un procedimiento diverso. Así, no es concebible la invariación de las instancias proyectivas con los actos oficiosos de la autoridad administrativa, siempre colocada en posición interesada en el conflicto con los particulares. En cambio, se respetan los principios procesales si la invariación de las fases se limita a la cantidad de dos: postulación y conclusiones, considerando que el conflicto no es de hecho sino de derecho. Esto mismo se traduce en economía de trabajo, principio técnico procesal por el que se aspira a eliminar esfuerzos y sacrificios inútiles en cualquier desarrollo procesal.

Debe, pues, entenderse por principio técnico, la orientación en cualquier invariación que ofrezca una solución más adecuada. Según la materia a invariar, se hablará de técnicas procesales, procedimentales y hasta parcialmente de técnicas de la prueba, de la sentencia, de la demanda, y demás.

Eliminado el extremo jurisdiccional por su limitado campo de aplicación técnica,⁴³⁹ puede decirse que en el derecho procesal, dos son los campos de más fecunda y corriente exposición de técnicas: la pretensión y el procedimiento.

a) La pretensión es la afirmación de un derecho y la exigencia de su

⁴³⁹ Economía del desarrollo.

tutela por medio de sentencia.⁴⁴⁰ Durante mucho tiempo, la clasificación de las pretensiones se hizo a base de las acciones, suponiendo que éstas pudieran diversificarse y con olvido de que se trataba de instancias puras, de incitaciones o excitaciones carentes de notas susceptibles de división. La acción va a lo largo del proceso, provocando la jurisdicción y la reacción, sin que su significado varíe en lo absoluto.

En puridad, pues, la acción no admite clasificaciones y no es prudente sostener que haya acciones constitutivas, declarativas y de condena, porque el absurdo resaltaría inmediatamente que se contemple a la acción en las fases subsiguientes a la postulación: en ninguna de ellas cambia su naturaleza y en ninguna aparece un sentido constitutivo, declarativo o de condena sustantiva.

Como la invariación técnica comienza por indagar las posibilidades de combinación, se entiende fácilmente que tratándose de la pretensión, específicamente de la contencioso administrativa, que la declaración, constitución o condena relativas a la relación sustantiva, pueda ser presentada por la parte o averiguada oficiosamente. El último es el caso de las revisiones inquisitoriales, más frecuentes en otros órdenes como el penal, sin dejar de presentarse en lo administrativo, como se mira en la materia aduanal.

Para mayor comprensión del problema, debe recordarse que la pretensión es la declaración de voluntad causante de una resolución autoritaria. La pretensión es conflictiva en el contencioso administrativo y por ello se distingue de la atinente a una petición,⁴⁴¹ a una denuncia⁴⁴² o a una queja.⁴⁴³

En cuanto afirmación de un derecho y exigencia de su tutela, ofrece un campo adecuado a la investigación oficial, y es así como se explica que la doctrina haya hablado del principio de presentación de parte frente al de oficialidad o inquisitivo. Lo que la autoridad está facultada para averiguar son las condiciones de la titularidad del derecho: legitimación sustantiva, misma circunstancia que puede demostrar espontáneamente la parte *in limine*.

El hecho de que exista una doble solución: presentación de parte y oficialidad, permite al legislador encontrar diversos caminos para alcanzarla. Puede exigir que la parte demuestre su legitimación desde la demanda, puede facultar al juzgador para que la averigüe y puede con-

⁴⁴⁰ En el ámbito procesal.

⁴⁴¹ Jurídica y por ende también declarativa de voluntad, pero sin contienda.

⁴⁴² Participación de conocimiento que destierra toda idea de conflicto.

⁴⁴³ También declarativa de voluntad.

ceder a la contraria el derecho de impugnarla. En la selección se tendrán en cuenta factores tales como el previo reconocimiento de la autoridad administrativa, al sustanciar las promociones del demandante, las constancias documentales de la resolución impugnada, la imposibilidad de probar en esta forma la legitimación, y aun la posibilidad de que lo discutido en la vía administrativa sea este extremo, caso en el cual el fondo mismo del problema se constituye con un elemento que en los demás casos es simple condición.

Otro principio que atañe a la pretensión es el de disponibilidad. El derecho invocado puede consistir en una relación sustantiva susceptible de renuncia o, por el contrario, intransigible e irrenunciable.⁴⁴⁴ Aquí la técnica no ofrece doble solución al caso, sino invariación doble, según se trate de uno o del otro supuestos. La cuestión trasciende hasta la técnica probatoria⁴⁴⁵ y por ello se ha incluido entre los principios, equivocadamente llamados procesales, al de la disponibilidad. Pero que no se trata de algo perteneciente al instar, se comprueba con el hecho de que las partes pueden dejar de promover sin que ello trascienda a la titularidad sustantiva.

Sin embargo, en la doctrina no se ha hecho la cabal separación entre la indisponibilidad de los derechos y las actitudes procesales de las partes. Así, la Administración no puede, válidamente, renunciar a un cobro de tributos implantados legalmente; pero de ahí no se sigue que esté impedida para reconocer que el accertamiento estuvo equivocado, o que el pago se efectuó. La indisponibilidad del derecho, por tanto, no afecta a la naturaleza y regularidad de la serie procesal, todo lo más, atañe a la pretensión⁴⁴⁶ y a la consiguiente sentencia.

El interés procesal⁴⁴⁷ se constituye con la necesidad de un pronunciamiento. Si faltare esa necesidad, sea porque en la vía administrativa exista algún recurso susceptible de ofrecer solución al problema, o porque el juzgador carezca de competencia para emitir un fallo en el sentido pretendido,⁴⁴⁸ entonces la pretensión puede: ser desechada si evidentemente muestra desde el momento de la demanda esta carencia, ser sobreesida si aparece admisible pero inoperante.⁴⁴⁹

En este renglón, por tanto, se ofrecen dos técnicas, según se trate del

⁴⁴⁴ Nulidad de matrimonio.

⁴⁴⁵ Distribución de la prueba.

⁴⁴⁶ En su contenido sustantivo.

⁴⁴⁷ Diverso al sustantivo, porque éste puede ser la ventaja o conveniencia en una situación legal, más o menos tutelada por el derecho.

⁴⁴⁸ Tribunales de mera anulación, frente a tribunales de competencia amplia para conocer de pretensiones constitutivas y de condena: el contencioso subjetivo.

⁴⁴⁹ Se afirma que no existe recurso, pero la autoridad demuestra lo contrario.

interés en la relación sustantiva, o del interés en la relación procesal. Pero no es un principio técnico procesal, porque para estudiar ese interés es indispensable el proceso mismo. Lo que acontece es que en un extremo se mira al título pretendido y en el otro a la tutela exigida. El principio de oficialidad se aplica con mayor adecuación al segundo,⁴⁵⁰ en cambio el de presentación de parte cabe mejor respecto al interés sustantivo.⁴⁵¹

Más principios técnicos, que se reconocen por su vinculación con la pretensión, son los que Wach menciona con los nombres de: derecho de juramento, de los medios de prueba y de la verdad material.⁴⁵² Igualmente, son técnicos y relativos a la pretensión, los principios que Millar alude al referirse a la acumulación eventual.⁴⁵³

Por cuanto a los enumerados por Devis Echandía, pertenecen a la pretensión: la bilateralidad de la audiencia,⁴⁵⁴ el de que las sentencias no crean sino declaran derechos,⁴⁵⁵ el de la cosa juzgada,⁴⁵⁶ el de concentración confundido con la acumulación, y el de la doble instancia.⁴⁵⁷

b) Procedimentales son los principios que atañen a la sustanciación y, en primer lugar, el que Wach señala al hablar de la técnica contumacial. Se trata de un modo de tramitar el proceso, cuando una parte se resiste a instar. No altera la proyectividad de la acción, ni la trilateralidad subjetiva, se limita a imputar a la parte renuente una situación determinada.⁴⁵⁸

Otro más es el que concierne al impulso de la serie. No se trata de eliminar a la acción, sino de propiciar su aparición por obra de la excitativa judicial, de lo contrario, en lugar de proceso, se tendría que hablar de procedimiento inquisitivo. El juez llama, señala plazos o términos, re-

⁴⁵⁰ Incompetencia y condiciones de procedibilidad: inadmisión.

⁴⁵¹ Afirmación de carencia de título o legitimación sustantiva.

⁴⁵² La pretensión es para la sentencia el presupuesto de la competencia, de manera que la búsqueda de una realidad jurídica en el análisis de la prueba, tiene íntima conexión con las posibilidades de presentación del conflicto: mientras la formalidad impone una barrera, la materialidad la obvia hasta cierta medida.

⁴⁵³ A más de los ya indicados de presentación de parte e investigación oficial, de la prueba formal y material.

⁴⁵⁴ Por su misma hipótesis, si la pretensión es conflictiva, implica doble sentido: concedible y desfavorable; las razones para cada solución son sostenidas por las partes, de ahí la necesidad de oír a ambas.

⁴⁵⁵ Tesis discutible frente a las sentencias constitutivas que sí los crean, aunque no por voluntad unilateral del juez, sino por presentarse las condiciones que la ley establece para ello.

⁴⁵⁶ La pretensión exige tutela definitiva.

⁴⁵⁷ Que es el caso de gravamen del fallo pretendido originalmente como inatacable, y que por política legislativa queda sujeto a impugnación.

⁴⁵⁸ Admisión o negativa de los hechos afirmados por la contraria, rebeldía propiamente dicha que conduce al aseguramiento de bienes en la vía de asentamiento, etcétera.

cuerda o repite un grado o fase, en todo ello, este tercero imparcial lleva a cabo una impulsión, aunque no con el sentido de la acción ni con la misma eficacia. En la acción, el impulso es proyectivo porque no acaban sus efectos en el sujeto inmediatamente excitado; en cambio la jurisdicción limita su eficacia al llegar al destinatario. No importa que el juez requiera a las dos partes, porque lo único que acontece es que su proveimiento tiene dos destinatarios simultáneamente.⁴⁵⁹

Nuevo principio técnico es el de intermediación. Aquí surge la dualidad y el legislador puede optar por el contrario de la mediación. Se trata exclusivamente de que el procedimiento se desarrolle en contacto directo de las partes y el juez, o bien a través de un auxiliar como son los secretarios. Esta fórmula conduce a la invariación de la oralidad y la escritura, entendiendo por tales principios una más amplia solución. En la oralidad se persigue la intermediación y la concentración de actuaciones;⁴⁶⁰ esta técnica permite consecuencias secundarias, como pueden serlo la exposición de pretensiones eventuales y la acumulación; asimismo, propicia la indagación judicial en materia probatoria, el mejor conocimiento de la realidad jurídica y, naturalmente, una valoración más justificada. Lo contrario es más propio de la escritura, casi siempre necesitada de intermediarios, de largos y variados plazos, de formalismos en la instancia y las demostraciones y en la limitación de las valoraciones.

Publicidad y secreto son dos técnicas procedimentales que no resultan totalmente excluyentes, porque su vinculación con otras como la oralidad y la escritura, significa distintas posibilidades, desde el desconocimiento del debate por el público, hasta la divulgación de pruebas y alegatos en la audiencia. Lo importante en este particular es que la actividad netamente procesal, no puede permanecer en secreto para las partes.

Se conecta con los principios anteriores el de bilateralidad de la audiencia.⁴⁶¹ Un procedimiento que alcanzara el secreto pleno dejaría de ser procesal por simple lógica, pues nadie puede actuar eficientemente en una indagación cuyo sentido y objeto desconoce. El verdadero procedimiento inquisitorio⁴⁶² se dio en lo penal. Era secreto, se iniciaba por denuncia, delación o de oficio; el acusado no conocía el nombre de su acusador ni el delito que se le imputaba, no conocía el nombre de los testigos, el fiscal formaba parte del tribunal y el defensor se elegía den-

⁴⁵⁹ Ello se observa cuando abre a prueba el procedimiento: actor y demandado han sido apercibidos de que cuentan con un plazo o término para instar.

⁴⁶⁰ Una o más audiencias pero en número reducido.

⁴⁶¹ A no confundir con el de bilateralidad de la instancia.

⁴⁶² Cfr. Eduardo Pallares, *El procedimiento inquisitorial*. México, 1951.

tro de la nómina del mismo, etcétera.⁴⁰³ En consecuencia, el acusado, más que sujeto del procedimiento, era objeto de él.

En la actualidad se conocen y sustancian procedimientos secretos relacionados con un conflicto procesal, pero se trata de trámites paraprocesales como las medidas precautorias y los embargos provisionales. Por ende, al invariarse con la bilateralidad de la audiencia, se permite, o la oposición a las medidas, o la discusión del procedimiento ejecutivo (juicio ejecutivo). Este fenómeno es común en el contencioso administrativo, donde la autoridad aplica sus facultades coercitivas y coactivas sin tener que esperar la decisión judicial. La oposición del ejecutado, sobre todo en materia fiscal, pero también en muchos supuestos estrictamente administrativos como el cobro de multas por infracciones a las leyes policiales, se hace después de asegurado el interés fiscal.⁴⁰⁴

En lugar del principio procesal de la eficiencia funcional, que explica el objeto de cada fase, Millar⁴⁰⁵ habla del orden consecutivo y del orden discrecional, para seguir sin solución de continuidad con la preclusión y la acumulación eventual.

Según el principio del orden consecutivo, el proceso se divide en etapas, en cada una de las cuales corresponde adoptar determinadas medidas. Su contrario, de orden discrecional elimina esta articulación. Se advierte, por tanto, que no se trata del principio de eficiencia funcional, pues por éste se entiende la determinación del objeto y no la secuencia de la serie. En el de orden consecutivo a la fase postulatoria debe seguir la probatoria y a ésta la conclusiva, de modo que en la probatoria no caben nuevas pretensiones. Lo contrario sería la técnica discrecional, en la que es factible y a veces imperativo, traer nuevos puntos de debate aunque ya se haya agotado la fase conclusiva. La técnica responde a la elección procedimental y no atañe a la naturaleza del proceso.

Las leyes pueden dividirse en dos grupos, unas imponen la llamada *litis cerrada*, en tanto que las otras siguen el camino de la *litis abierta*. Ahora bien, suponiendo el segundo caso, no se trata de desnaturalizar al proceso, porque la posibilidad de ampliar el debate en nada impide la función de las fases. Cuando la demanda en el contencioso administrativo se apoya en la negativa presunta de la autoridad, se ha previsto que si ésta aduce razones desconocidas por el actor, cabe la ampliación de la demanda.⁴⁰⁶

El problema se aprecia mejor en la hipótesis de la ampliación subjetiva.

⁴⁰³ Pallares, p. 16.

⁴⁰⁴ Principio del *solve et repete*.

⁴⁰⁵ *Op. cit.*, pp. 95 y ss.

⁴⁰⁶ Lo mismo si la autoridad niega ser la responsable y señala a otra.

Si al proceso seguido por A y B, acude C, es posible que acontezca: primero, que C entre a coadyuvar y, por tanto, se alinee al lado de una de las partes;⁴⁶⁷ segundo, que C intervenga por derecho propio, excluyendo a una de las partes;⁴⁶⁸ y, tercero, que C intervenga tratando de excluir a ambas.⁴⁶⁹

No hay duda de que en ninguno de los ejemplos, las fases mantienen su objeto.⁴⁷⁰ Pero es factible que la marcha se altere, se complique y hasta que el procedimiento retroceda. Todo ello en nada afecta la eficiencia funcional, lo único que produce es una modificación mecánica: procedimental.

En cuanto a la preclusión, debe comenzar por advertirse que se trata de un concepto equívoco y multívoco. Introducido por Chiovenda⁴⁷¹ para significar el aseguramiento de la precisión y la rapidez en el desenvolvimiento de los actos judiciales, fue llevado por el autor a cuestiones diversas. En primer lugar lo empleó para aludir a los límites del ejercicio de determinadas facultades procesales.⁴⁷² En seguida lo aplicó, como pérdida, extinción o caducidad de una facultad: al hecho de no haberse observado el orden señalado en la ley para su ejercicio;⁴⁷³ al de haberse realizado un acto incompatible con el ejercicio de la facultad;⁴⁷⁴ y a la circunstancia de haberse ejercido ya una vez, válidamente, la facultad.⁴⁷⁵

El éxito de esta novedad radicó, como en tantos otros casos,⁴⁷⁶ en su sencillez y expresividad. Sencillo por reducirse a una sola palabra, expresivo por el dato común de pérdida, extinción o caducidad, como dice el autor.

Pero la verdad es que Chiovenda comenzó por observar un fenómeno procesal: el orden de los actos. Así considerado, el principio es nada menos que la consecuencia necesaria de la proyectividad de la acción. En efecto, a la instancia del actor debe seguir el proveimiento jurisdic-

⁴⁶⁷ Su actividad deberá respetar el estado de los autos.

⁴⁶⁸ Su llamamiento implica reiniciación de la serie.

⁴⁶⁹ Tercería propiamente dicha, aquí, el proceso debe iniciarse con la demanda del tercerista forzosamente.

⁴⁷⁰ Adquisición del debate, de las pruebas y de las conclusiones.

⁴⁷¹ *Instituciones de derecho procesal civil*, t. III, p. 300 Madrid, 1954, trad. E. Gómez Orbaneja.

⁴⁷² Fuera de ellos los derechos no pueden ejercerse.

⁴⁷³ Plazos perentorios o sucesión legal de las actuaciones o excepciones.

⁴⁷⁴ Proposición de una excepción incompatible con otra, realización de un acto incompatible con la impugnación de la resolución, etcétera.

⁴⁷⁵ Consunción según el autor, p. 301.

⁴⁷⁶ El del concepto: carga, discutible en su significación, pero empleado profusamente en variadas situaciones.

cional y la reacción del demandado. Este orden es la significación del accionar. Sin él, la noción de la instancia proyectiva pierde su sentido.

Ahora bien, si la preclusión se redujera al orden de los actos netamente procesales, su significación sería unívoca: graduación de la serie. Al acto del demandante se añade el acto del juez y la serie se complementa con el acto del demandado. Naturalmente, esto no puede ampliarse para abarcar la eficiencia funcional de las fases,⁴⁷⁷ porque aquí no se trata del orden a seguir, sino de la función a realizar. Es decir, la improcedencia de una instancia pretendiendo ampliar el debate en la prueba, no responde al significado de la preclusión, sino a los principios técnicos de litis cerrada.

Preclusión⁴⁷⁸ es en puridad, el efecto de clausura y, en la serie procesal, lo que se cierra es el grado. Cuando termina la fase respectiva se ha concluido el último de sus grados. El cierre, pues, es del grado y no de la fase. En los sistemas positivos sin preclusión, las fases no terminan mientras el juzgador no dé por concluido el último grado; en los sistemas preclusivos, los grados se cierran por disposición legal y ello repercute en la fase. Pero en ninguno son las fases mismas las que se cierran sin tomar en cuenta los grados.⁴⁷⁹

En consecuencia, los fenómenos que Chiovenda incluyó en la preclusión, además del cierre del grado por el ejercicio válido de la facultad legal, son de índole diversa. El error provino de haber conjuntado esencia con efectos. Es esencial a la preclusión el cierre del grado. En este sentido, tanto es posible que se clausure por el instar de la parte obligada a ello, como que ello se realice por disposición legal (contumacia). Por tanto, para que haya preclusión, es menester prever la inactividad de la parte, lo que conduce a incluir en la jurisdicción la potestad de declarar la dicha contumacia.⁴⁸⁰

Lo que resta, son fenómenos distintos de consumación, decadencia, adquisición procesal y caducidad. Menos el tercero que atañe a la pretensión, los otros son principios técnicos procedimentales. La consumación es el agotamiento inútil de la ocasión: si una parte no comienza, la otra no puede continuar, por ejemplo, no hay posibilidad de duplicar

⁴⁷⁷ Por ejemplo, para impedir que en la fase probatoria se introduzcan nuevas pretensiones utilizando el cuestionario pericial.

⁴⁷⁸ De *praeclusio, onis*, acción de cerrar, encerrar, impedir o cortar el paso, Valbuena, *Diccionario*, cit., p. 674.

⁴⁷⁹ Cuando después de abierto el periodo probatorio, las partes se muestran contumaces, lo que se produce es la caducidad del proceso, no la apertura de la fase conclusiva.

⁴⁸⁰ Inasistencia de la parte e imputación de efectos: confesión, negativa, inexpressión: quien calla nada dice.

si el actor no replica. La decadencia es el agotamiento inútil de la ocasión, pero para iniciar, no para continuar: como el transcurso del plazo para apelar. La caducidad es la muerte anticipada del proceso por inactividad bilateral. Y la adquisición es la eficiencia de lo actuado, su aseguramiento y fijeza.

28. *El concepto de oficialidad*

La idea de un régimen jurídico exorbitante, significa más un desprendimiento del tronco secular del derecho privado, para formar el derecho público, que la existencia efectiva de un orden normativo ajeno a los principios generales.

Esta consideración de exorbitancia salió, jurisprudencialmente, de la decisión de los conflictos de competencia entre los tribunales comunes y los administrativos. Para alcanzarla, el Consejo de Estado francés acuñó al término: servicio público.

Se trata, explica Fernando Albi,⁴⁸¹ de una noción vaga, que no sólo ha sido empleada para definir a la administración pública, sino al mismo derecho público. Surgida en el *Arret Blanco* de 1873, se precisa en el *Arret Terrier* de 1903 e intensifica en el *Arret Thérond* de 1910. La ininterrumpida jurisprudencia es sistematizada por Aucoc y Laferrière y sirve a Duguit para establecer sus principios con criterio objetivo, partiendo de la afirmación de que el servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público. Para Duguit el sistema jurídico tiene realidad en la medida que puede establecer y sancionar reglas que aseguren la satisfacción de las necesidades que se imponen a los hombres en una sociedad dada; de ahí la postulación de sus dos principios: a) los que tienen el poder no pueden realizar ciertas cosas; b) ellos deben hacer ciertas cosas.⁴⁸²

Si el derecho público es la regla de organización y gestión de los servicios públicos,⁴⁸³ el derecho administrativo vendrá a ser la actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, porque esa actividad es indispensable para la realización y desenvolvimiento de la interdependencia social, asegurada por la intervención de la potestad del gobernante.

⁴⁸¹ *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Madrid, 1960, pp. 5 y ss.

⁴⁸² *Las transformaciones del derecho público*, Trad. Adolfo Pesada y Ramón Jaén, Madrid, 1915, pp. 84-5.

⁴⁸³ *Id.*, p. 107.

Aunque la corriente objetivista fue abandonada por un criterio subjetivo en que el servicio se enfocó desde el punto de vista orgánico (la empresa), subsistió y ha permanecido como principio fundamental la idea de que el servicio público requiere de un régimen jurídico especial distinto del privado.

Este principio ha sido complementado con otros que atañen al desarrollo de la actividad, a saber: el de la mutabilidad que significa el predominio del interés público sobre el privado, y que permite el cambio en la organización y funcionamiento del servicio en cualquier momento, sin que pueda impedirse la actitud del gobernante; el de continuidad y regularidad del servicio que permite su funcionamiento ininterrumpido y con sujeción a las normas generales de su régimen; y el de igualdad de los usuarios que impide se rehúse mientras las disponibilidades materiales lo permitan, y ordena la prestación sin discriminación de precios o condiciones de utilización.⁴⁸⁴

En virtud de estos principios, la Administración Pública se cumple oficiosamente, como mera aplicación de las normas especiales. Por ello, las contiendas surgidas entre gobernantes y particulares, deben ser sustanciadas y decididas por tribunales ajenos a la organización judicial.

La oficiosidad es el concepto que liga la idea del servicio público con la actividad administrativa, de manera que cualquier cuestión diversa, como las mismas relaciones de los órganos públicos con los particulares y las de éstos entre sí, corresponden a los tribunales comunes.

Sobre esta base, la doctrina y la jurisprudencia francesas han postulado: la prohibición de conocer de los actos administrativos a los tribunales ordinarios; el establecimiento de tribunales administrativos para resolver cuestiones atinentes a los servicios públicos; y la creación de un tribunal de conflictos para resolver las cuestiones de competencia.

La expresión del servicio público ha sido acogida en otros países con desigual fortuna. Mientras el mundo hispanoamericano ha seguido la línea francesa, los tratadistas italianos ofrecen un principio de división entre el servicio y la función públicos.

La separación se ha hecho a base de la diferencia entre fines esencialmente jurídicos relacionados con el ejercicio de las potestades públicas (soberanía) que, naturalmente, corresponden a la función; y la actividad social concerniente a la vida física, económica o intelectual de los particulares, que atañe al servicio público.⁴⁸⁵

En esta teoría de la actividad práctica, como le llama Guido Zanobi-

⁴⁸⁴ Albi, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁸⁵ Albi, *op. cit.*, pp. 10 y 11.

ni,⁴⁸⁶ se advierte un dato genérico trascendental: la inmediatez. Mientras la legislación y la actividad judicial⁴⁸⁷ influyen en la actividad material de otro sujeto sin contener elemento alguno de la misma, la administración agrega un elemento físico, la actividad operativa con efectos en la realidad externa.⁴⁸⁸

Esta inmediatez entre el oficio y la obra o el servicio, no es sino otra manera de expresar el principio de oficiosidad, propio y peculiar de una actividad material, porque el órgano administrativo viene dotado de la competencia necesaria para hacer lo que debe, según la idea de Duguit.⁴⁸⁹

Pero la Administración ha podido ejecutar las obras y los servicios públicos por sí o por medio de particulares. Frente al segundo caso, la jurisprudencia ha tenido que separar los contratos en administrativos y civiles, y éste ha sido el camino seguido por la jurisprudencia y la doctrina españolas para precisar la naturaleza del acto administrativo. El fundamento para ello ha sido la concepción dual de la Administración: como poder y como persona jurídica.⁴⁹⁰

Con todo, no se ha ofrecido una regla general de esta doble personalidad, sino que se han dado soluciones casuísticas. De otra parte, la noción del servicio público ha entrado en crisis por haberse agudizado los problemas que desde su origen se presentaron, el primero de los cuales fue la excepción del régimen de las concesiones, donde empresas privadas gestionaban realizaciones de interés general.

Muy convencionalmente, se quiso resolver la cuestión estableciendo que la organización del servicio no era de la competencia del concesionario, pero con ello no se evitó que sectores importantes de su actividad quedaran sujetos al derecho privado y fueran conocidos por los tribunales ordinarios.

Otro quiebre lo representó la noción de los establecimientos públicos, entidades tuteladas y por ello ajenas a la jerarquía que es propia de la administración (*régie*). Estos establecimientos llegaron a ser personalizados y patrimonializados conforme al derecho privado, conservando funciones de interés general. La única salida que se encontró fue crear dos categorías: establecimientos públicos y de utilidad pública que carecieron de concreción y se estimaron meras sutilezas.

Respecto al dominio público, la teoría clásica entendió que no le al-

⁴⁸⁶ *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano 1950, volume primo, p. 10.

⁴⁸⁷ Para englobar a los procedimientos con partes: procesales, y a los que sólo tienen participantes: jurisdicción voluntaria, medidas cautelares y ejecutivas.

⁴⁸⁸ *Id.*, p. 11.

⁴⁸⁹ *Las transformaciones*, p. 85.

⁴⁹⁰ Albi, *op. cit.*, p. 12.

canzaba el régimen del servicio público, por lo que su gestión se sustraía al derecho administrativo; pero recientemente se ha demostrado que la gestión se encomienda a funcionarios públicos, sometidos a reglas de derecho público encuadradas en el sistema administrativo.

En cuanto a la dualidad de tribunales, la especialidad administrativa no tiene más base que la de un mito jurídico. Para Albi, no tiene más efectos positivos que la creación de una zona confusa en torno a los límites de ambas competencias, lo que provoca una inútil y perturbadora acumulación de problemas de competencia. La endeblez de los fundamentos que se esgrimieron, agrega luego,⁴⁹¹ se patentiza por la evolución de sus determinantes intrínsecos que ha sido necesario ir reformando en tres sucesivas y contradictorias etapas:

Primero se busca reforzar los poderes de la Administración y proteger la independencia de sus jueces frente a la magistratura judicial; idea a la que se llega por amalgama de criterios absolutistas, con la teoría de la separación de poderes y la suspicacia de los revolucionarios que no consideraron bien defendidas sus conquistas por las instituciones tradicionales.

Después se pretende proteger a los individuos contra la arbitrariedad y la conducta ilegal de las autoridades administrativas.

Y, por último, se apela a razones de competencia profesional y preparación técnica, argumentos que son el contrapunto de los que se utilizan para justificar la supresión de los tribunales mercantiles.

Todo ello ha creado un círculo vicioso, pues si es la Administración la que ha de juzgar, se convertirá en juez y parte, y si se organiza un tribunal especial al margen de ella se desvirtúa la idea básica. Por ello se salió del paso con otro convencionalismo: la justicia delegada atribuida a los Consejos de Prefectura y a una sección especial del Consejo de Estado, organismos que poseen también funciones consultivas en la Administración.

La ficción es más patente en España, concluye Albi,⁴⁹² porque los supuestos tribunales especiales aparecen encuadrados en los órganos normales de la justicia ordinaria, e integrados en su mayoría por elementos de la carrera judicial. Aunque la Ley de 22 de diciembre de 1956 refuerza la especialización profesional, acentúa la integración orgánica judicial ordinaria, porque las nuevas salas de lo contencioso administrativo de las audiencias territoriales, sólo se forman con magistrados de carrera judicial.

⁴⁹¹ *Op. cit.*, p. 15.

⁴⁹² *Op. cit.*, p. 16.

Posteriormente, y a partir de 1914, nuevas grietas se forman en la teoría del servicio público, con la aparición de los de carácter industrial y comercial; después de 1940 la base orgánica es afectada por la actuación de diversas entidades: cámaras de comercio y asociaciones sindicales de propietarios; finalmente, desde 1944 se constituyen empresas nacionalizadas que se orientan hacia objetivos de interés público con un exclusivo contenido económico y son atendidas por organizaciones que están al margen de los cuadros administrativos, de los que quedan desconectadas.⁴⁹³

Antes de considerar si esta crisis ha afectado al principio de oficiosidad, es pertinente atender al concepto de los modos de gestión, con el que Albi intenta sustituir al de servicios públicos que, según Waline, no tiene más valor que el de una simple etiqueta.

Los modos de gestión⁴⁹⁴ es la denominación aplicada a la matización de procedimientos seguidos por la administración en campos diversos, desde el viejo ámbito del derecho policial hasta el régimen de subvenciones. En las corrientes clásicas, el derecho administrativo se identifica con el servicio público (prestación reglada), en la idea de Albi, a partir de la concesión se busca la tipología de las manifestaciones plurales y complejas de la vida administrativa.

La gestión tiene como apoyo al derecho de organización que es, según Forsthoff,⁴⁹⁵ el conjunto de normas que tienen por objeto la estructura de los cargos y organismos del Estado. La organización administrativa viene a ser una empresa de trabajo. En otras palabras, el objeto del derecho de organización es la competencia, estructuración de órganos y atribución de facultades,⁴⁹⁶ a lo que el autor añade que se trata de un arreglo u ordenación racional de medios para la más eficaz realización de fines, con apego a directrices predeterminadas.

Los modos gestores, único común denominador del derecho de organización de las corporaciones administrativas, tienen como objeto la peculiar competencia que la ley les asigna. Gestión es la actividad aplicada a un fin.⁴⁹⁷

Fin y actividad (o gestión) se diferencian por ser la primera el conjunto de posibilidades y la segunda el desarrollo práctico.

Pero no toda forma jurídica que es cauce legal para un objetivo en-

⁴⁹³ *Op. cit.*, p. 18.

⁴⁹⁴ O formas que es el término más usado por la doctrina.

⁴⁹⁵ *Op. cit.*, pp. 548 y ss.

⁴⁹⁶ Albi, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁹⁷ Lo que incluye: iniciativa, dirección y realización directa, esto es: administración, *op. cit.*, p. 25.

cuadrado en la competencia general de las entidades es un modo gestor. Albi entiende que hay simplemente contratación cuando la corporación logra la colaboración de un particular como medio para realizar su fin,⁴⁹⁸ y estima que las formas coactivas que suplen esa colaboración (la expropiación), tampoco son gestiones; el objetivo de éstas habrá que relacionarlo con la idea de prestación: fines directos e inmediatos, que con exclusión de cualquier situación general e impersonal, producen contacto entre el gestor y los miembros de la comunidad individualmente (*uti singuli*), mediante el suministro de beneficios materiales, ventajas tangibles, encaminadas a cubrir necesidades o a determinar comodidades personales.⁴⁹⁹

Imparcialmente considerada la doctrina de los modos o formas de gestión, viene a ser un mero cambio de etiqueta para un fenómeno cuya consistencia no logró definirse y cuya relación con la competencia de la Administración Pública, condujo a serias discrepancias.

Todo cuanto se ha dicho del servicio es aplicable a la gestión. La novedad está en partir del derecho de organización que, o deja supuesta la competencia, o se desinteresa por hipótesis de la naturaleza de sus contenidos. Dada una actividad, el derecho de organización procede a calificarla de fin y luego ordena racionalmente los medios para su realización.⁵⁰⁰ Por tanto, lo que sea el acto administrativo ha quedado supuesto, y si de acuerdo con determinada política jurídica, la justicia administrativa es más administración que justicia, competará a un órgano especial, porque el objeto de los órganos es la peculiar competencia asignada por la ley.

Podría decirse con la doctrina italiana,⁵⁰¹ que es en los fines donde se distingue la administración de la justicia, porque aquélla se cifra en la actividad social concerniente a la vida física, económica e intelectual de los particulares, en tanto que ésta los finca en el ejercicio de potestades públicas (jurídicas). Pero entonces, se ha vuelto a la idea del servicio, cuyos defectos se han censurado severamente.

La inquietud doctrinal está, sin embargo, muy justificada. Y no sólo porque han aparecido nuevos tipos o modos de administrar, los cuales encuentran su máximo desarrollo en la planeación,⁵⁰² sino porque este desbordamiento de facultades o este paso al estadio científico de la política gubernamental, según se le vea desde la perspectiva del individua-

⁴⁹⁸ Suministro de materiales, recaudación de impuestos, etcétera.

⁴⁹⁹ *Op. cit.*, p. 27.

⁵⁰⁰ Albi, p. 24.

⁵⁰¹ A la que tan de cerca sigue Albi.

⁵⁰² Más que económica, social.

lismo o desde el punto de vista socializante, se ha dado antes de que el acto administrativo fuera un concepto pacífico.

La descentralización, que para Albi existe cuando una finalidad atribuida a una entidad territorial de derecho público, es detraída por su voluntad, de la gestión inmediata y confiada a un peculiar gestor con facultades decisorias propias;⁵⁰³ lo mismo que la colaboración de los particulares,⁵⁰⁴ la demanialidad,⁵⁰⁵ y las fórmulas financieras para llegar a la planeación; todas estas manifestaciones circundan a la Administración.

No es, pues, insólito que otras relaciones, como las disciplinarias, las jurisdiccionales y las ejecutivas, para no mencionar las legislativas,⁵⁰⁶ se vean exorbitantes si se les contrasta con el servicio público.

Si la planeación (económica y social) se concibe como el conjunto de decisiones del poder público, para regular los actos de los órganos del Estado, y la conducta de los particulares, con el objeto de obtener, en plazos más o menos largos, determinadas metas que pueden quedar comprendidas dentro del común denominador de lograr una mejoría constante en el bienestar general de la población y realizar una convivencia dentro del bien común, la seguridad y la justicia;⁵⁰⁷ entonces se advierte que se trata de una facultad más de los órganos estatales, parte de la cual (y muy principal) corresponde a la Administración Pública entendida como órgano.

De ahí no podría seguirse que la planeación es un acto administrativo. Sin siquiera tener un concepto preciso de éste, la verdad es que se parte del propósito de englobarlo en la planeación. Basta, entonces, reconocer que el órgano administrativo, como el judicial o el legislativo, tienen encomendadas tareas que no son precisamente sinónimas de sus denominaciones, para concluir que uno es el caso de definir al acto administrativo y otro el de la competencia del órgano estatal.

Si para Albi no existen razones suficientes que justifiquen la creación de tribunales especiales para lo contencioso administrativo, por mera reducción al absurdo puede añadirse que tampoco se ven razones para

⁵⁰³ *Op. cit.*, p. 30.

⁵⁰⁴ Subvenciones, autorizaciones, y modalidades mercantiles.

⁵⁰⁵ Plena, de régimen privado y de concierto.

⁵⁰⁶ Materialmente, reglamentos, decretos, ordenanzas, circulares, listas, tarifas, etcétera.

⁵⁰⁷ Alfonso López Aparicio, "Facultades de la Administración Pública para el desarrollo económico planeado", en *Memoria del Seminario sobre Planeación socio-económica, Derecho administrativo y Administración pública*, Facultad de Derecho, México, 1965, p. 141.

conferir en exclusividad esta función⁵⁰⁸ a un solo órgano. En cualquier forma que se le caracterice, la jurisdicción es susceptible de ejercicio por todos los órganos y todas las personas. Si razones orgánicas imponen la asignación de esta competencia a una parte del gobierno,⁵⁰⁹ la misma idea de especialización de trabajo puede ser llevada a sus últimas consecuencias para apoyar la creación de tribunales administrativos. Lo que importa no es la adscripción del tribunal,⁵¹⁰ sino su imparcialidad, lo cual es problema de técnica legislativa: implantación de medidas adecuadas para su logro.

Sin embargo, hay un punto en la corriente organicista que resulta un positivo acierto, y es que los cargos deben estructurarse respondiendo a la noción de empresa de gobierno.⁵¹¹ Ahora bien, los cargos no han surgido por las funciones y los servicios, sino que éstos se han encomendado a los cuadros constitucionalmente previstos. La planeación, por ejemplo, no está indicada siquiera en la Constitución, lo que no impide que las leyes comunes la estructuren, atribuyendo competencia a los órganos ya creados.

La verdadera utilidad de la teoría de la gestión no está en sustituir al concepto de servicio, al cual engloba necesariamente, sino en precisar, en concretar más a fondo las facultades del órgano: iniciativa, dirección y realización directa.

En numerosas leyes municipales hispanoamericanas,⁵¹² se habla simplemente de la atribución de promover, acordar, establecer, suprimir determinados servicios, obras y actividades sociales. Las denominaciones varían gramaticalmente, pero no hay diferencia jurídica entre conservar y procurar o favorecer, entre cuidar y vigilar, dirigir y desempeñar, acordar y resolver, etcétera.

La gestión viene a ser la determinación legal de la actividad oficiosa. Y Albi tiene razón cuando sostiene que esa actividad es el movimiento, el dinamismo material⁵¹³ indispensable para alcanzar el fin legal. La explicación es típicamente organicista y concuerda con la caracterización que de órgano ofrece Santi Romano:⁵¹⁴ sujeto que forma parte integrante de un ente y cuya conducta se imputa legalmente a éste.

⁵⁰⁸ Logro de fines jurídicos y no materiales.

⁵⁰⁹ Sin olvidar que los particulares siempre podrán dirigir procesos arbitrales.

⁵¹⁰ Y así lo ha decidido la jurisprudencia mexicana.

⁵¹¹ Forsthoff, p. 549.

⁵¹² Albi, *Derecho municipal comparado en el mundo hispánico*, op. cit., pp. 575 y ss.

⁵¹³ Op. cit., p. 26.

⁵¹⁴ *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Bs. As., 1964, p. 259.

Para que el órgano ⁵¹⁵ gestione es menester que tenga facultades de mando o iniciativa, de dirección y de realización inmediata. ⁵¹⁶ Y con esto no se está expresando sino una actividad oficiosa, es decir, la potestad de hacer, de obrar. ⁵¹⁷

Ya en la noción de servicio público se implicaba la idea de oficiosidad. Lo que faltaba (y falta aún) era explicar por qué en cierto campo, el órgano que actúa oficiosamente debía prestar el servicio y no los particulares y, de otra parte, por qué en ciertas actividades podía colaborar el particular y hasta sustituir al órgano público.

Aunque la teoría organicista no resuelve el fondo de estos problemas, al menos los pospone para adentrarse en la realidad y describir el hacer de la gestión. Ya no se detiene la doctrina en la diferencia entre Administración y acto administrativo, la primera considerada como la corriente y el segundo como un corte perpendicular que la concreta, ⁵¹⁸ no mira a la obra sino al obrar y, en este sentido, es más fácil reconocer lo oficioso de la gestión, porque si ella comprende dirección y realización, entonces basta que la ley atribuya cierta competencia al gestor, para que éste decida y haga.

La Administración, como el operar la empresa de gobierno, viene así a encontrar otra nota que le aparta de la jurisdicción: la oficiosidad, propia de la gestión. El administrador no es, sin embargo, el único que actúa oficiosamente, también puede hacerlo el órgano de control, el supervisor; pero ahora se facilita la separación, porque el controlador no gestiona sino que verifica. Lo oficioso de su función es la confrontación de resultados.

29. *La instancia de parte*

La convivencia entre administradores y gobernados explica la circunstancia de que ciertas actividades oficiosas admitan la colaboración. No es posible, materialmente, que el órgano administrativo conozca todos los hechos sociales; ni es factible que los particulares los desconozcan por completo.

La petición, la denuncia, la queja y muchos casos de reaccertamiento, son empleados para convertir al administrado en colaborador. Es obvio que el gobernado utiliza estas instancias en provecho propio, ⁵¹⁹ sin

⁵¹⁵ Gente, pero a veces también ente, Romano, p. 295 y passim.

⁵¹⁶ Albi, p. 26.

⁵¹⁷ Como quiere Merkl, *op. cit.*, pp. 231 y ss.

⁵¹⁸ Merkl, *op. cit.*, p. 231.

⁵¹⁹ Pero no faltan ejemplos de denuncia desinteresada.

embargo, el beneficio es tomado aquí como un incentivo, tal y como acontece cuando una comunidad solicita la dotación de un centro escolar, de un servicio hospitalario y demás.

Ocurre, entonces, preguntar por qué se habla de procedimiento administrativo cuando la gestión no requiere de la instancia. La doctrina ha observado ya que en el aspecto llamado técnico, no hay un verdadero procedimiento jurídico; éste aparece cuando se condiciona jurídicamente la emisión de nuevos actos jurídicos.⁵²⁰

Desde luego, no se está pensando en la intervención de una actividad jurisdiccional en la esfera administrativa, aunque los autores parecen inclinados a lo contrario.⁵²¹ Cuando un tribunal es llamado a conocer de una cuestión administrativa, naturalmente que habrá procedimiento, porque las partes o los participantes instarán; pero cuando la iniciativa y continuación de la secuencia es obra exclusiva de la Administración, es factible: primero, que la actividad se desenvuelva sin la colaboración del particular y, segundo, que se presente la colaboración sin instancia.

Universalmente, dice Carrillo Flores,⁵²² se acepta la intervención del particular, y el punto está unido a las peculiaridades y deficiencias de la actividad administrativa: gran expedición, mayor rapidez, menores solemnidades que en lo judicial, y un sigilo que tradicionalmente es característico de lo administrativo. Sobre todo, en lo judicial hay una identidad física de las personas que efectúan los trámites.⁵²³ En lo administrativo hay desvinculación, muchas agencias y es común que quien decida no haya tenido contacto con el asunto. Hay, también, una falta de determinación en cuanto a las pruebas que puedan aportar los particulares, una incertidumbre respecto a la terminación del trámite y una falta de sistematización jurídica sobre los medios de impugnación.⁵²⁴

Se infiere de lo explicado por la doctrina que insensiblemente se pasa de la gestión a la instancia. En la primera, por definición, no existe conexión de actos jurídicos del administrador y del administrado, en tanto que en la segunda, ello está supuesto.

No puede olvidarse que el acto administrativo no se agota en la ges-

⁵²⁰ Carrillo Flores, *op. cit.*, pp. 85-6.

⁵²¹ *Id.*, p. 89.

⁵²² *Op. cit.*, p. 91.

⁵²³ Máxima de la identidad del juzgador en el procedimiento oral.

⁵²⁴ *Id.*, pp. 91 y 92; pero conviene advertir que ciertas leyes, como la colombiana sobre organización de la jurisdicción contencioso administrativa de 1941, reformada por Decreto 2733 de 1959, establece en forma general los recursos de reposición y apelación.

ción,⁵²⁵ sino que abarca también al acto de policía en su extensión total y, por lo mismo, en relación con esta actividad se requiere la previa solicitud del destinatario, quien participa con su voluntad en el nacimiento del acto.⁵²⁶

Sea que el acto del particular dé nacimiento a derechos o a deberes, y lo último se ha ejemplificado con la concesión de la ciudadanía y la relación de empleo,⁵²⁷ lo cierto es que hay una invariación de actos administrativos con instancias del administrado.

En consecuencia, para hablar de procedimiento con toda corrección, es preciso aludir a las hipótesis de actos de colaboración, o sea, al campo de derechos y deberes administrativos, surgidos por la intervención del particular.

En el resto, o sea el ámbito exclusivo de las gestiones oficiosas, no hay propiamente procedimiento, y por ello la doctrina excluye los que considera actos técnicos, que son precisamente las conductas de la Administración que, pudiendo realizarse en *tracto sucesivo*, no conforman una secuencia de conexiones de conductas de sujetos diversos en su calidad.⁵²⁸

Por principio, dice Bielsa,⁵²⁹ toda disposición de policía se resuelve o consiste en prohibiciones y limitaciones a la libertad individual o colectiva, según la forma de ejercicio del derecho y la índole del interés jurídico referido a ese derecho.

Es necesario, por lo mismo que se trata de circunstancias atinentes a la libertad, que la extensión de ese poder deba limitarse a las exigencias del orden público;⁵³⁰ y que sean justas y razonables, impuestas por la necesidad, proporcionadas a la realización del fin propuesto, de duración limitada a la existencia del hecho generador, e impugnables por vía jurisdiccional.⁵³¹

Todo ello explica la aparición de la instancia, su invariación con el acto administrativo, y la formación de un procedimiento. Frente a este fenómeno, el de colaboración simple, como la denuncia de un defecto en los servicios sanitarios generales, no puede calificarse de procedimiento ni, menos aún, de invariación de instancias. Lo que acontece es que

⁵²⁵ Incluido el servicio público.

⁵²⁶ Forsthoff, p. 294.

⁵²⁷ *Id.*, p. 295.

⁵²⁸ La gestión superior, unida a la gestión inferior no da propiamente un procedimiento, a menos de que signifique una posibilidad de intervención legal del destinatario, pero entonces se vuelve al sector de las colaboraciones.

⁵²⁹ *Régimen jurídico de policía*, Bs. As., 1959, p. 42.

⁵³⁰ Motivos efectivos y no el mero rótulo de orden público.

⁵³¹ Bielsa, pp. 43-4.

en este tipo de colaboración, el particular coadyuva sin tener derecho a una resolución. Si fuere lo contrario, como en la denuncia penal, la posibilidad de recibir un beneficio legal ⁵³² le haría participe en un verdadero procedimiento. ⁵³³ El procedimiento cristaliza ya en los actos de policía que afectan derechos individuales: facultad de exigir indemnizaciones.

a) Hay, pues, una gama en las intervenciones de los particulares, de grado creciente de importancia jurídica, que va, desde la colaboración simple o desinteresada (jurídicamente), al derecho de impugnar, pasando por las instancias condicionantes, ⁵³⁴ para extenderse a las regularizadoras. ⁵³⁵

La participación del particular en las actividades administrativas, puede originarse en forma distinta de la instancia. Al efecto, la doctrina distingue entre centralización o concentración, deconcentración y descentralización. ⁵³⁶

La centralización supone el otorgamiento de la totalidad de las atribuciones a los órganos centrales que tienen el conjunto de poderes de decisión para todo el territorio estatal. La concentración viene a ser la tendencia hacia la centralización y, por ende, no se distingue de la misma sino a la manera del medio al fin.

La desconcentración, ⁵³⁷ se caracteriza por las medidas en virtud de las cuales se acrecen los poderes y las atribuciones de los agentes locales del poder central. En cambio, en la descentralización se pide al poder central un abandono completo de parte de sus derechos. En la desconcentración aparece una delegación y una más equitativa distribución de sus poderes. Para Berthélemy, con ella se prepara la vía para la verdadera descentralización, aunque Bielsa opina que el origen y la naturaleza de la descentralización burocrática y de la descentralización autárquica son distintos. ⁵³⁸ En la descentralización burocrática, ⁵³⁹ el órgano no tiene personalidad jurídica y actúa a nombre del Estado, encontrándose en relación directa de subordinación jerárquica; pero cuando la competencia se distribuye en organismos distintos del Estado,

⁵³² Recompensa en la denuncia de contrabando.

⁵³³ El cual se formaría necesariamente en la investigación que exige la intervención particular en las declaraciones, informes obligados, presentación de libros y documentos, cateos, etcétera.

⁵³⁴ Petición y denuncia.

⁵³⁵ Queja y recursos.

⁵³⁶ Manuel María Díez, *Derecho administrativo*, Bs. As., 1965, t. II, pp. 63 y ss.

⁵³⁷ Denominación francesa *déconcentration*.

⁵³⁸ *Ciencia de la Administración*, Bs. As., 1955, pp. 246 y ss.

⁵³⁹ Desconcentración administrativa.

aparece la descentralización autárquica, en que la organización no es directa, porque el poder central no administra por sus órganos propios, sino por medio de otras personas denominadas autárquicas, a las que se confiere personalidad jurídica.⁵⁴⁰

Es en la descentralización que puede intervenir el particular, pues la descentralización toma dos formas específicas:⁵⁴¹ la institucional y la territorial. La primera se califica de descentralización por servicios y algunos autores franceses le llaman establecimientos públicos y otros descentralización funcional. La territorial se distribuye por el Estado en organismos ubicados en circunscripciones determinadas, por ello el espacio físico es esencial e integra la personalidad del órgano. Se le define también como procedimiento de descentralización o como descentralización por región en vista de que tiene por objeto la gestión de los intereses colectivos en determinada zona.⁵⁴²

Específicamente la descentralización institucional, posibilita la participación de los administrados, al grado de haber sido llamada descentralización por colaboración.⁵⁴³ Las organizaciones privadas que intervienen son regidas por normas públicas y privadas: establecimientos de interés público.

b) Despejado el camino para sólo considerar la instancia del particular, queda precisado que ella no puede ser cualquier contacto con la autoridad: ni el primario y necesario del acto administrativo,⁵⁴⁴ ni la colaboración que se presenta en diversas formas de la descentralización.

La instancia es el momento inicial de un procedimiento público, en virtud de la cual la autoridad está en el deber de actuar conforme a derecho. La instancia es, frente a la actividad oficiosa, el impulso del administrado, su provocación o causación.

Sin embargo, no se trata de un concepto aplicado con puridad por la legislación. La Ley Española de 19 de octubre de 1889, por la que se establecieron las bases para la redacción de Reglamentos de Procedimiento Administrativo de los Departamentos Ministeriales, no tuvo más propósito que implantar principios técnicos en cuanto a los deberes oficiales.

Con todo, en su artículo 2 determinó que los referidos reglamentos se redactaran estableciendo, en primer lugar, que de toda solicitud, expo-

⁵⁴⁰ Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, t. II, pp. 295 y ss.

⁵⁴¹ Aunque otros autores hablan de un número superior.

⁵⁴² Comuna, municipios, etcétera, Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, t. II, pp. 300 y ss.

⁵⁴³ Díez, *op. cit.*, t. II, p. 83.

⁵⁴⁴ Ese corte en la corriente de la Administración que, como quería Merkl, es la concretización que implica la inmediata recepción del acto por el destinatario.

sición, instancia, comunicación u oficio que se presentare en una dependencia o llegare a ella por el correo, se haría el correspondiente asiento en el Registro General, dentro de las veinticuatro horas. Si el documento era presentado por un particular, podía éste exigir recibo en que se expresare el asunto, número de entrada y fecha de su presentación.

El resto de la base 1ª aludía a la tramitación del negociado; la 2ª se refería a los extractos; la 3ª al dictamen del jefe del negociado o sección, a los acuerdos o consultas de los funcionarios llamados a intervenir; la 4ª a los acuerdos de mera tramitación y su plazo de emisión de ocho días; la 5ª a los informes de otras dependencias y cuerpos consultivos de la Administración Central; la 6ª a la ampliación de plazos; la 7ª a la realización del acuerdo; la 8ª al plazo del procedimiento administrativo (un año) y a su interrupción y caducidad por culpa del interesado; la 9ª al orden riguroso de entrada y despacho; la 10 a la comunicación al interesado para que alegara y presentara documentos o justificaciones conducentes a sus pretensiones; la 11 a la notificación de providencias que pusieren fin a un expediente en cualquier instancia; la 12 a la resolución de estado y recurso de alzada; la 13 a los recursos extraordinarios por incompetencia y nulidad; la 14 al recurso de queja por no dar curso a sus reclamaciones o por tramitarse con infracción a los Reglamentos; la 15 al extracto de los recursos; la 16 a las correcciones disciplinarias y separación del servicio; la 17 a las sanciones por posponer o acordar un trámite innecesario; y la 18 a la denuncia de culpa del funcionario ante los Tribunales de lo Criminal para que procedieren conforme al Código Penal.

Se advierte que en esta ley, de sólo cinco artículos, el 2º, mayor en contenido, está destinado a asegurar los principios del procedimiento, atendiendo a la eficacia de la instancia: presentación, pruebas, alegatos y recursos.

La vieja ley española fue criticada por su parquedad, sin tomar en cuenta que su finalidad no era reglamentar directamente, sino sentar las bases para ello. Ciertamente, como dice Eduardo Vivancos,⁶⁴⁵ estos principios, desarrollados por cada Ministerio, dieron lugar a un conjunto heterogéneo de disposiciones que muchas veces estuvieron en pugna con la idea directriz; de ahí que la Jefatura del Estado haya promulgado la Ley de 17 de julio de 1958, cuyo título I contiene una regulación de los órganos administrativos que, con la establecida por la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, viene a constituir una completa ordenación de los mismos.

⁶⁴⁵ *Comentarios a la Ley de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1959, p. 20.

En la exposición de motivos se afirma que la ley ha huido de la ordenación rígida y formalista de un procedimiento unitario en que se den todas aquellas actuaciones, integradas como fases del mismo y, en consecuencia, no regula la iniciación, ordenación, instrucción y terminación como fases o momentos preceptivos de un procedimiento, sino como tipos de actuaciones que pueden darse o no en cada caso, según la naturaleza y exigencias propias del procedimiento de que se trate. En consecuencia, la preclusión queda reducida al mínimo, dotándose al procedimiento administrativo de la agilidad y eficacia que demanda la Administración moderna.

Por tanto, el título II se destina a los interesados: ⁵⁴⁶ quienes promueven como titulares de derechos o intereses legítimos, quienes sin haber iniciado el procedimiento ostenten derechos que puedan resultar directamente afectados por la decisión, y quienes puedan resultar afectados en sus intereses legítimos personales y directos y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Si el capítulo I del título III, ⁵⁴⁷ se refiere a normas generales, el II lo hace a los actos: sus requisitos, ⁵⁴⁸ su eficacia, ⁵⁴⁹ invalidez; ⁵⁵⁰ el capítulo II a los plazos y términos; ⁵⁵¹ el capítulo IV a la información y documentación; ⁵⁵² y el capítulo V a la recepción y registro de documentos. ⁵⁵³

Es en el título IV que se regula el procedimiento, refiriéndose el capítulo I a la iniciación. Y en esta parte, el artículo 67 es bastante explícito cuando indica que podrá iniciarse de oficio o a instancia de persona interesada. La oficiosidad incluye el acuerdo del órgano competente y la orden superior así como la denuncia.

Si la instancia no fuere una petición graciable, ⁵⁵⁴ deberá contener los hechos, razones y súplica que concrete la petición. ⁵⁵⁵

Esta instancia puede provocar la adopción de medidas provisionales ⁵⁵⁶ o la acumulación a otros expedientes; ⁵⁵⁷ pero el procedimiento se im-

⁵⁴⁶ Y legitimados: representantes y mandatarios.

⁵⁴⁷ Actuación administrativa.

⁵⁴⁸ Competencia, formalidad, legalidad y finalidad.

⁵⁴⁹ Ejecutividad.

⁵⁵⁰ Nulidad, anulabilidad y convalidación.

⁵⁵¹ Prórroga de los primeros a petición de los interesados y procedimiento de urgencia.

⁵⁵² Derecho a recabarlas por los interesados.

⁵⁵³ Curso de instancias.

⁵⁵⁴ Que causa un simple acuse de recibo, artículo 70, párrafo 3.

⁵⁵⁵ Artículo 69, núm. b.

⁵⁵⁶ Artículo 72.

⁵⁵⁷ Artículo 73.

pulsará de oficio en todos sus trámites⁵⁵⁸ y podrán acordarse simultáneamente varios trámites.⁵⁵⁹

Los defectos de tramitación pueden reclamarse en queja.⁵⁶⁰ La comunicación entre los órganos será directa, sin traslados y sin reproducciones a través de órganos intermedios.⁵⁶¹ Las resoluciones se notificarán a los interesados.⁵⁶²

Para determinar, conocer y comprobar los datos en virtud de los que deba pronunciarse resolución, la Administración desarrollará de oficio o a petición de parte, los actos de instrucción adecuados.⁵⁶³ Y se efectuarán de oficio las diligencias cuando el contenido de la resolución tenga relevancia inmediata para el interés público.

Es interesante observar que si existieren varios interesados, se podrá reducir al mínimo las discrepancias sobre cuestiones de hecho o de derecho en reuniones oportunas, que se harán constar en actas firmadas por ellos.⁵⁶⁴ Estos interesados pueden en cualquier momento del procedimiento, pero antes del trámite de la audiencia, aducir alegaciones.⁵⁶⁵

Las autoridades solicitarán los informes determinados por las leyes y los que juzguen necesarios para acordar y resolver.⁵⁶⁶ Y se podrá acordar un periodo de información pública, cuando la naturaleza del procedimiento lo requiera o afecte a sectores profesionales, económicos o sociales organizados corporativamente.⁵⁶⁷

La trascendencia de los principios de oficiosidad y de instancia, se advierte cuando el artículo 88 declara que los hechos relevantes para la decisión de cualquier procedimiento podrán acreditarse por todo medio de prueba. Si la Administración no tiene por ciertos los alegados por los interesados, o lo exige el procedimiento mismo, el instructor acordará la apertura de un periodo de prueba para que se practique cuantas estime pertinentes.

Antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán los expedientes de manifiesto a los interesados para que aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes, en una audiencia

⁵⁵⁸ Artículo 74.

⁵⁵⁹ Artículo 75.

⁵⁶⁰ Artículo 77.

⁵⁶¹ Artículo 78.

⁵⁶² Artículo 79.

⁵⁶³ Artículo 81 del Capítulo II: instrucción.

⁵⁶⁴ Artículo 82.

⁵⁶⁵ Artículo 83.

⁵⁶⁶ Artículo 84.

⁵⁶⁷ Artículo 87.

que será anterior al informe de la asesoría jurídica o al dictamen del Consejo de Estado.⁵⁶⁸

El procedimiento concluye con la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho y la declaración de caducidad.⁵⁶⁹ Pero en este capítulo III, que se refiere a la terminación, todavía cabe una denuncia, cuando pasados tres meses la Administración no notifique su decisión. Luego de otro plazo igual, se considerará desestimada la petición a los efectos del recurso administrativo o vía jurisdiccional que proceda.⁵⁷⁰

Como en este procedimiento se ha regulado la instancia, a partir del artículo 96 se prevé el desistimiento y la renuncia del interesado, que pueden hacerse oralmente o por escrito,⁵⁷¹ lo que conducirá a la declaración de plano de la conclusión del procedimiento, salvo el derecho de terceros a seguir instando.⁵⁷² Si el procedimiento se paraliza por causa imputable al interesado, por tres meses, se producirá la caducidad de la instancia y se procederá al archivo de las actuaciones.⁵⁷³

El título IV concluye con el capítulo IV relativo a la ejecución, que debe iniciarse por autorización administrativa.⁵⁷⁴ Los actos y acuerdos de las autoridades y organismos de la administración del Estado, serán inmediatamente ejecutivos, salvo los casos que una disposición establezca lo contrario o se requiere aprobación o autorización superior.⁵⁷⁵

La ejecución se inicia previo apercibimiento si no se exige la intervención de los tribunales;⁵⁷⁶ pero no se admiten interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legal.⁵⁷⁷ La ejecución puede ser subsidiaria si cabe que un sujeto distinto del obligado realice los actos,⁵⁷⁸ y es factible la imposición de multas coercitivas;⁵⁷⁹ cuando la obligación fuere de hacer y no se efectuare la prestación, el obligado deberá resarcir los daños y perjuicios.⁵⁸⁰

⁵⁶⁸ Artículo 91.

⁵⁶⁹ Artículo 92.

⁵⁷⁰ Si no opta el interesado por esperar la resolución expresa, artículo 94.

⁵⁷¹ Artículo 97.

⁵⁷² Artículo 98.

⁵⁷³ Artículo 99.

⁵⁷⁴ Artículo 100.

⁵⁷⁵ Artículo 101.

⁵⁷⁶ Artículo 102.

⁵⁷⁷ Artículo 103.

⁵⁷⁸ Artículo 106.

⁵⁷⁹ Artículo 107.

⁵⁸⁰ Artículo 108.

A su turno, el título v se refiere a la revisión de los actos en vía administrativa, primero de oficio,⁵⁸¹ y luego a instancia de parte.⁵⁸²

El título vi y final se destina a los procedimientos especiales.⁵⁸³

Por Decreto de 10 de octubre de 1958, se señalan los procedimientos especiales que, por razón de su materia, continuarán vigentes. Por la Orden de 20 de octubre de 1958 se dictaron normas sobre aplicación por el Servicio de Correos de los artículos 66 y 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Por la orden de 22 de octubre siguiente se dictaron disposiciones complementarias a la ley. La de 22 de octubre, diversa, estableció normas para el funcionamiento de las Oficinas de Información previstas en el artículo 33. La Orden Circular del Ministerio de Gobernación, de 28 de octubre de 1958, fue sobre determinados puntos de la ley que entró en vigor el 1º de noviembre. La Orden de 8 de noviembre fijó las horas de despacho al público en las oficinas del Estado y sus organismos autónomos. La de 20 de octubre encomendó al Servicio Central de Información la organización de las Oficinas de Iniciativas y Reclamaciones y creó en el mismo la Sección Sexta. Y la de 29 de octubre creó una Comisión Encargada de la Reforma y Modernización de la Administración y Servicios Dependientes del Ministerio de Justicia.

Esta legislación hispánica, tenida en cuenta principalmente por la doctrina y menos por las leyes americanas, sirve al propósito de precisar las diferencias entre la tramitación oficiosa y el procedimiento de instancia. Puede decirse que su importancia es doble: como prueba de estas diferencias, y como ejemplo de una regulación del procedimiento típicamente administrativo (no procesal).

⁵⁸¹ Capítulo I, artículo 109 a 112.

⁵⁸² Recursos administrativos, capítulo II, artículo 113 que menciona los de alzada y de reposición previo a la vía contenciosa y con carácter extraordinario el de revisión, art. 128.

⁵⁸³ Procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general, capítulo I; procedimiento sancionador, capítulo II; y de las reclamaciones previas al ejercicio de las acciones civiles y laborales contra el Estado y organismos autónomos; concluyendo con las disposiciones finales y transitorias.