

ADOLF MERKL
Profesor de la Universidad de Tubinga

TEORÍA GENERAL DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO

EDICIÓN AL CUIDADO DE
CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES
SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI
BENIGNO CHOQUE CUENCA

Ediciones
Olejnik

parte interesada, tendrá que darse el supuesto de que la ley haya otorgado a esa parte un recurso al efecto. Pero, análogamente, la ley tendrá que otorgar igualmente al órgano administrativo un recurso cuando la situación jurídica creada por el acto administrativo haya de ser modificada de oficio en virtud de otro acto administrativo. La ley general de procedimiento administrativo austríaca del 21 de julio de 1925, en forma excelente, partiendo del punto de vista teórico de que un acto administrativo no puede ser modificado por otro acto administrativo, sino bajo los supuestos y formas previstas por la ley, ha llenado esta laguna del derecho positivo y ha regulado estos supuestos y formas de los actos administrativos derogatorios. Según esta orientación pueden ser derogadas o modificadas de oficio las *decisiones* — la ley denomina así todos los actos administrativos individuales establecedores de derecho, esto es, lo que nosotros hemos llamado resoluciones y disposiciones —, caso de que no se haya derivado del mismo ningún derecho particular, ya sea por las autoridades que han dictado la decisión o por las autoridades superiores a quienes objetivamente corresponde el ejercicio del derecho de fiscalización. Se establece, por tanto, libre revocabilidad de los actos administrativos que hayan creado en el caso particular derecho objetivo, pero no derecho subjetivo, revocabilidad que no se deriva de una necesidad conceptual, sino de prescripción positiva. Otras decisiones podrán ser modificadas por la autoridad que las dictó, en última instancia, o por aquella autoridad superior a quien efectivamente corresponde cuando, en atención al bien público, sea necesaria e inevitable esa modificación para evitar peligros para la vida o la salud o para defenderse de graves perjuicios para la economía social. Por consiguiente, los actos administrativos que hayan originado derechos subjetivos no pueden ser revocados discrecionalmente en atención a cualquier interés público, sino en virtud de un interés público cualificado, y compaginándose lo más posible con los derechos adquiridos, nuevamente la revocabilidad no se deriva inmediatamente de las exigencias del interés público, sino de una prescripción positiva que ha tenido en cuenta estas exigencias. De este modo la ley crea una derogabilidad bastante amplia de los actos administrativos por medio de otros actos administrativos, si se compara — pasan-

do por alto los recursos de las partes — con la fijeza, sin excepciones, de las sentencias, pero esta diferencia jurídico-positiva entre las sentencias judiciales y los actos administrativos confirma la igualdad en cuanto al efecto de cosa juzgada, consideradas las cosas independientemente del derecho positivo.

Claro que el efecto de cosa juzgada lo posee *a priori* el acto correcto y no el defectuoso; se trata de una manifestación de la validez jurídica, de la validez en el tiempo; únicamente aquel acto que, a pesar de su defectuosidad, ha adquirido validez, puede adquirir *a posteriori*, junto con esta validez, fuerza de cosa juzgada. Esta exigencia de validez es lo que limita el efecto de cosa juzgada a actos en alguna manera establecedores de derecho. No tiene sentido plantearse la cuestión de cosa juzgada respecto a actos meramente ejecutivos, por ejemplo de ejecución forzosa, ya que esa cuestión se identifica con la de duración de la validez de un acto jurídico.

Esta idea acerca de la imposibilidad de que los actos meramente ejecutivos, aunque relevantes jurídicamente, puedan adquirir valor de cosa juzgada, nos ilumina acaso el motivo verdadero y profundo que inspira a la teoría dominante que afirma la imposibilidad de que en la administración tenga vida esta institución. La negación del *efecto de cosa juzgada* a los *actos administrativos* de autoridad es una consecuencia de la negación de la *naturaleza jurídica de la administración* y uno de los últimos reducidos de la teoría que sostiene el carácter ajurídico de la administración. Y no es una mera casualidad, sino una consecuencia de los supuestos jurídicoteóricos, cuando la doctrina que sostiene con la mayor decisión la naturaleza jurídica de la administración y la calidad establecedora de derecho de todos los actos de autoridad de la administración y su igualdad esencial con todas las formas preceptivas y su igualdad de rango con las sentencias judiciales, sostenga también que el efecto de cosa juzgada compete igualmente, como cualidad de todas las formas preceptivas, a los actos administrativos.

§ 15. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Administrar es un obrar humano, consciente. En todo obrar se distingue un *fieri* y un *factum* o, ideológicamente, un camino y

una meta. Todas las funciones estatales y, en particular, todos los actos administrativos, son metas que no se pueden alcanzar sino por determinados caminos. Así, la ley es la meta a que nos lleva la vía legislativa, y los actos judiciales y administrativos son metas a que nos conducen el procedimiento judicial y el administrativo.

En el fondo, toda administración es procedimiento administrativo, y los actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo. Pero en sentido más riguroso y técnico se habla de procedimiento jurídico solamente cuando el camino que conduce a un acto estatal no se halla a la libre elección del órgano competente para el acto, sino que está previsto jurídicamente, cuando, por tanto, el camino que se recorre para llegar al acto constituye aplicación de una norma jurídica que determina, en mayor o menor grado, no solamente la meta, sino también el camino mismo y que por el objeto de su normación se nos ofrece como norma procesal. Una terminología acrítica identifica el procedimiento con el *derecho procesal* y el *procedimiento administrativo* con el *derecho procesal administrativo*. Hay que rechazar esta *terminología*, lo mismo que esa otra que comprende toda la práctica administrativa, aun aquella que no se halla jurídicamente determinada en cuanto a su método, como procedimiento administrativo. El *procedimiento* es una *función del derecho procesal*, pero no este mismo derecho y el *procedimiento administrativo* es una *función del derecho* que condiciona el *procedimiento administrativo*.

El derecho procesal administrativo no es más que un *caso particular* del derecho procesal o, como también suele designarse, del derecho formal en general, y el procedimiento administrativo un caso particular del procedimiento jurídico en general.

La teoría procesal tradicional consideraba el «proceso» como propiedad de la justicia, identificándolo con el procedimiento judicial. Constituía una de esas restricciones habituales de conceptos jurídicos de validez general. Se explica históricamente la limitación del concepto del proceso a la justicia, porque dentro de esta función estatal se hallan las raíces del «proceso» y dentro de ella ha sido elaborado técnicamente, pero, desde el punto de vista jurídico-teórico, no es sostenible esta reducción, porque el «proceso» por su propia naturaleza, puede darse en

todas las funciones estatales, posibilidad que, en realidad, se va actualizando en medida cada vez mayor. A la larga, no fué posible desconocer, junto al procedimiento judicial, el procedimiento administrativo como una variante de los «procesos» jurídicos y aun la expresión «vía legislativa» y «procedimiento legislativo» han sido ya adoptadas, sin caer en la cuenta, sin embargo, que esta vía procesal representa dentro de la legislación otra variante del «proceso» jurídico. Este enriquecimiento de la experiencia procesal condiciona, a su vez, una ampliación de la disciplina jurídico-procesal. Esta no constituía sino una rama del derecho judicial mientras no se vió en el «proceso» más que una función específica del derecho judicial, pero la presencia del «proceso» administrativo ha hecho surgir una teoría procesal administrativa. Aun la misma teoría de la legislación es, en gran parte, en razón de su objeto, teoría jurídico-procesal, ya que el derecho constitucional presenta un contenido predominantemente jurídico-formal, que regula el procedimiento legislativo; cierto que la teoría del derecho constitucional apenas si se da cuenta de su calidad de teoría del derecho procesal, debido, sin duda, a que dentro del derecho constitucional, por manera sorprendente pero quizá llena de sentido, no se ha llevado a cabo esa separación entre derecho formal y derecho material que campea en el resto de la estructura jurídica.

Pero esta ampliación de la práctica procesal no queda satisfecha con una mera ampliación de la teoría procesal, en el sentido de una mera acumulación de disciplinas procesales, sino que requiere, más bien, una generalización en el planteamiento del problema procesal. Si el «proceso» es función del derecho en todos sus campos y planos, constituye problema de la teoría general del derecho, y a las disciplinas particulares no les compete sino ocuparse de las particulares que adopta el proceso dentro de su campo respectivo. No existe todavía semejante teoría general del derecho procesal que nos ofreciera lo común y válido para toda clase de «procesos» y, así, cada disciplina procesal particular tiene que sustituirla en esta tarea, habiendo sido la teoría procesal civil la que, sin disputa, se ha adelantado.

Para esbozar las particularidades del «proceso» administrativo nos bastará con algunas indicaciones generales acerca de la

naturaleza y significación del «proceso» dentro del sistema jurídico. A la luz de la teoría jerárquica expuesta, es el «proceso», es el camino — *condicionado jurídicamente* de algún modo, en todo caso más que por la mera indicación del fin del proceso —, a través del cual una *manifestación jurídica de un plano superior*, produce una *manifestación jurídica de un plano inferior*. Por lo general, el proceso produce, en virtud de una norma superior, una norma inferior, y en el plano ínfimo de la serie concretadora jurídica, en virtud de una norma jurídica produce un *acto meramente ejecutivo*. Caminos de proceder jurídico los hay tantos como formas preceptivas, que sirven como reglas de producción de otras manifestaciones jurídicas. Constituyen *derecho procesal*, todos aquellos elementos del ordenamiento jurídico total, que regulan la vía de producción de actos jurídicos a base de otros actos jurídicos, o, con la terminología tradicional, la aplicación de los preceptos jurídicos. Es derecho procesal, por tanto, la norma de aplicación del derecho constitucional dentro de la legislación, ya sea la legislación constitucional legislativa ordinaria, y en aquellas funciones que posean el mismo rango que la legislación; también es derecho procesal la norma de aplicación del derecho legal dentro de la justicia y de la administración, como ramas de aplicación de la ley, la norma de aplicación de actos ejecutivos generales (ordenanzas) en actos ejecutivos individuales (resoluciones, disposiciones, sentencias), la norma de aplicación de actos ejecutivos individuales en otros actos ejecutivos individuales; esto es, de resoluciones, disposiciones y sentencias en órdenes ejecutivos o en autorizaciones de ejecución y, por último, la aplicación de estos actos, que fundamentan la mera ejecución, en la ejecución forzosa efectiva.

Con la ampliación del sistema jurídico hasta constituir una estructura escalonada de manifestaciones jurídicas condicionantes y condicionadas, las posibilidades procesales se amplían también, convirtiéndose en una serie escalonada de vías procesales que relacionan, en cada caso, una norma jurídica superior con la correspondiente norma jurídica inferior y, en el último extremo, una norma jurídica con un acto de ejecución del derecho, que no admite ya una aplicación posterior. Estas vías procesales quedan caracterizadas unívocamente por los dos actos dentro

del sistema jurídico entre los que establecen el nexo, por un lado, el acto que *aplican* y, por otro, el acto que *producen*. Si nos mantenemos dentro de la división tripartita de las funciones jurídicas en legislación, justicia y administración, resultan tres grandes tipos de procedimientos y tres complejos de derecho procesal. El *derecho procesal legislativo*, que constituye la parte principal del derecho constitucional, representa la suma de las reglas de producción de las leyes y de otros actos estatales de rango superior o idéntico que las leyes; *derecho procesal judicial* abarca la suma de las reglas de producción de los actos judiciales y, por último, el *derecho procesal administrativo* la suma de las reglas de producción de los actos administrativos.

El derecho administrativo ha sometido a su regulación con mayor antelación los fines o *metas* que los *caminos* de la administración. Y en la actualidad nos encontramos con grandes dominios de la administración, en los cuales el *objeto* se halla regulado jurídicamente, pero no así la *forma* de la administración. Claro que la sola indicación del fin administrativo, por ejemplo dictar una ordenanza, obliga a decidirse también por una vía determinada. Pero este *camino*, en defecto de una determinación jurídica *general*, será determinado por la decisión individual del órgano competente para el acto.

Con la regulación jurídica de la vía que lleva a las metas administrativas, se ha originado la oposición entre *derecho administrativo formal* y *material*, al igual de lo que ocurre dentro del derecho civil y del derecho penal, pero sin embargo, no existe, ni aproximadamente, la simetría, que parecería natural, entre derecho administrativo formal y material. La necesidad de regular el procedimiento se ha reservado, exclusivamente, dentro de la actividad estatal imperativa, y ha sido satisfecha esta necesidad legislativamente. Como la legislación, en su totalidad, y la justicia, en casi su totalidad, ofrecen naturaleza imperativa, mientras que en la administración, frente a la administración soberana, nos encontramos con una administración económica, generalmente más amplia, resulta que él derecho procesal se extiende a la totalidad de la legislación y de la justicia, mientras que la administración no es alcanzada sino dentro de un dominio relativamente muy estrecho. Por esto es mucha mayor la proporción

del derecho administrativo material que del formal, mientras que en el derecho judicial ambas fracciones se equilibran, y todo el campo regulado jurídico, materialmente recibe también su regulación formal.

El derecho administrativo procesal ha surgido en consideración al derecho procesal judicial. El nacimiento del derecho administrativo formal representa el segundo grado en la semejanza de la administración con la justicia, constituyendo el primer grado, como sabemos, el que se haya concretado un derecho administrativo material. Significa, sin embargo, una reducción arbitraria del concepto de *Estado de derecho* que su actualización se haga depender de la formación de un derecho procesal administrativo parecido al judicial. El motivo político legislativo para la elaboración de un *derecho procesal administrativo* es el empeño de proporcionar a los hombres que obtienen su derecho en cada caso particular a través de las autoridades administrativas, las mismas garantías de jurisdicción o, lo que es lo mismo, la misma aplicación justa del derecho administrativo material, o, en fórmula más breve aunque menos exacta, la misma seguridad de las relaciones jurídicas que ofrece el derecho procesal judicial a todos aquellos a quienes se les declara o establece el derecho —por la vía judicial—, es decir, en el juicio, fundamentalmente. La necesidad de observar ciertas formas, tales como las que establece el derecho administrativo formal, se considera con razón una garantía de que el *contenido* se adapta a la norma. La más eficaz de todas estas garantías está supuesta por la colaboración en el procedimiento de personas para las que se derivarán o se podrían derivar derechos u obligaciones del mismo y, por eso, la institución fundamental del derecho procesal consiste en la regulación de esta colaboración. La colaboración de las partes, que han de resultar facultadas y obligadas a consecuencia del procedimiento, hace posible la inspección de actuar de la autoridad, es más previsible el resultado de esa actuación y, en circunstancias, concede posibilidad al interesado para influir sobre el acto en cuestión.

Así como la existencia de un derecho procesal *judicial* ha sugerido el nacimiento de un derecho procesal *administrativo*, se explica que aquel derecho haya servido de modelo en la codifi-

cación del derecho procesal administrativo. Así ocurre también que, a diferencia del derecho administrativo *material* que sigue su vía propia desligado en absoluto de la justicia, el derecho administrativo formal depende indiscutiblemente, en cuanto a su contenido, del derecho judicial. Esta dependencia es muy distinta en las diversas vías procesales previstas para cada especie de acto administrativo y para cada rama procesal, pero donde más se nota por término medio es en los actos de pública jurisdicción, dentro de la administración interna y acaso de la administración financiera. Como el derecho procesal judicial se divide, materialmente, según la rama de la justicia, en un derecho procesal, penal, civil, de la jurisdicción voluntaria y demás vías procesales que puedan presentarse, la legislación administrativa al trasplantar, por decirlo así, el derecho procesal judicial al procedimiento administrativo, puede elegir diversas figuraciones del derecho procesal administrativo. Generalmente, la elección se lleva a cabo haciendo que las diversas vías procesales judiciales sirvan de modelo para las diversas vías procesales administrativas emparentadas con aquéllas por su fin, por ejemplo, el derecho procesal penal para el derecho procesal penal administrativo, el derecho referente a la ejecución forzosa judicial para el derecho procesal de la ejecución administrativa, y el derecho procesal civil, para el derecho de procedimiento administrativo en general. Y para aquellos actos administrativos que no encuentran parangón dentro del campo del derecho judicial, por ejemplo, las ordenanzas, las formas procesales son tomadas si se consideran necesarias, del campo de la legislación.

La tendencia a asimilar el derecho procesal administrativo con el derecho judicial de igual calificación, mientras haya en la justicia objetos similares, produce una forma judicial de la administración que sobrepasa a la que resulta del mero hecho de la codificación de un derecho administrativo material y otro, formal, y constituye, a nuestro entender, el tercer grado de esa asimilación progresiva con la justicia. Sin embargo, ciertos límites se oponen a esta progresiva equiparación de ambos derechos procesales y, en general, de la administración y de la justicia. La administración no puede adoptar sencillamente el ordenamiento orgánico y funcional de la justicia, a no ser que el dualismo

constitucional de ambas formas de ejecución pretenda ser supe-
rado por la vía de la legislación ordinaria. La diferencia entre jus-
ticia y administración no puede reducirse al extremo de la mera
necesidad conceptual de su diferencia jurídica orgánica, porque
no tendría sentido conservar esta diferencia mínima cuando las
funciones de estos conjuntos orgánicos tan profundamente se-
parados jurídico-orgánicamente, se identificaran por completo o
casi por completo. ¿Por qué razón la jurisdicción administrativa
habría de ser ejercida por autoridades administrativas si éstas
tuvieran que reservarse del mismo procedimiento que los Tri-
bunales civiles?

Contra esa exigencia del derecho natural, que pretende la
equiparación más extremada de la administración y la justicia
mediante la recepción progresiva de los procedimientos propios
de esta última, la exigencia actual es la del mayor distanciamien-
to posible de la administración respecto de la justicia, lo cual se
consigue con la implantación o mantenimiento de un derecho
procesal administrativo adaptado a las necesidades especiales
de la administración y, por lo mismo, diferenciado necesaria y
profundamente del derecho procesal judicial. Este imperativo
viene encubierto en la afirmación de que la administración, de
manera necesaria, se halla sometida a un derecho procesal es-
pecífico, esencialmente diferente del derecho procesal judicial.
Mientras que la primera exigencia no es sino una consecuencia
de ese ideal mal comprendido del Estado de derecho, que sue-
le identificarse con un Estado judicial puro, la última exigen-
cia, por el contrario, deriva de una representación exacta de la
diferencia en cuanto a su naturaleza y fin de la justicia y de la
administración, diferencia que procede del derecho y que el de-
recho debe respetar en todos sus aspectos. El derecho positivo,
más influido por consideraciones de adecuación que por aque-
llas ideologías, ha dado origen a dos ordenamientos procesales
correspondientes a los dos campos parciales del derecho judicial
y del administrativo, que son los que, por su contenido están
más cerca, pero que, sin embargo, se hallan configurados, jurí-
dico-positivamente con absoluta libertad, sin dejarse limitar por
ninguna contraposición de esencia ni por ninguna necesidad de
asimilación.

El derecho procesal administrativo se suele diferenciar ma-
terialmente, como ya dijimos, según los actos administrativos
a cuya producción se encamina el procedimiento. Pero sería
equivocado suponer que en este punto existiera también para el
derecho alguna necesidad de carácter conceptual que lo deter-
minara. El derecho puede en este sentido adaptarse, sin obstá-
culo alguno, a todas las exigencias eventuales de lo práctico. Es
posible que sea especialmente útil prescribir un procedimiento
especial «contencioso» para aquellas materias administrativas
discutidas, en las cuales la autoridad declara el derecho entre
dos partes contendientes, pero ese procedimiento no es conse-
cuencia necesaria de la cuestión administrativa debatida, y de
hecho, ocurre a menudo que el tratamiento que reciben las mate-
rias contencioso-administrativas no se diferencia procesalmente
del que reciben otras materias administrativas. Es posible que
sea conveniente conceder lugar preferente al interés público en
ciertas cuestiones administrativas, pero no se deriva necesaria-
mente de la materia en cuestión.

Completamente al margen del derecho administrativo pro-
cesal normal nos encontramos con las disposiciones procesales
referentes a los Reglamentos. Estas disposiciones se hallan tan
rudimentariamente elaboradas, que suelen ser descuidadas por
la teoría procesal administrativa. No se imagina encontrar un
derecho procesal en los Reglamentos, como tampoco en las le-
yes, porque supone que semejante derecho constituye una pecu-
liaridad de los actos individuales. La diferencia entre actos gene-
rales e individuales, aunque no condiciona, por lo menos explica
y justifica que procesalmente esos dos tipos de actos muestren
diferencias más profundas que las que puedan ofrecernos, en el
mismo respecto, los actos administrativos del segundo grupo.
Tratándose de Reglamentos, y en virtud de su círculo deter-
minado de interesados, queda naturalmente excluida la colabo-
ración inmediata de éstos, prevista por el derecho procesal en
el caso de los actos judiciales y administrativos individuales. El
aspecto democrático que representa el derecho de los afectados
por el acto a colaborar en el mismo, cuando se trata de Regla-
mentos, y en razón de motivos técnico-procesales, no puede
manifestarse sino en el ordenamiento de la competencia para

dictarlos y en la facultad concedida para controlarlos. En lugar de la colaboración de los interesados se prevé la publicación del Reglamento como medio de que se ponga en conocimiento de los interesados, que, en su consecuencia, resultarán facultados u obligados y, generalmente, como condición previa de su validez. Solamente las llamadas ordenanzas administrativas que determinan un comportamiento especial de los órganos administrativos se hallan exceptuadas, por lo general, de este requisito de publicación. Las disposiciones, bastante detalladas, acerca de la facultad de dictar ordenanzas, las disposiciones acerca de la publicación, que tienen un gran campo de aplicación, y los medios eventuales para el control de las ordenanzas, contienen en su totalidad las reglas de producción de las mismas. A menudo, todas o algunas de estas disposiciones forman parte del derecho constitucional formal; de este modo el derecho procesal referente a los Reglamentos viene a formar campo aparte dentro del derecho administrativo.

El derecho procesal correspondiente a los *actos administrativos individuales* es, jurídico-positivamente, tan variado, que no es posible señalar vías procesales de valor general. La diversificación de las disposiciones procesales que, desde el punto de vista técnico-jurídico, se ofrece, como más adecuada, es la que distingue, por una parte, disposiciones de carácter general; por otra, disposiciones especiales para ramas administrativas determinadas, calificadas especialmente por su contenido, por lo menos para el procedimiento penal administrativo y para la ejecución administrativa. Esta variedad de los métodos procesales, inspirada en el tipo de los actos administrativos, no cuenta con otros límites que con los de la adecuación y conveniencia. Naturalmente que habrá muchos contenidos que no exigirán más que una sola forma. Además, el derecho procesal cuida mucho de asegurar, a través de toda la diversidad de contenidos, cierta uniformidad.

Apenas si es posible formular *principios* generales válidos para todo el campo *del derecho procesal administrativo*. Ni siquiera esa afirmación, tan repetida, que los asuntos administrativos se caracterizan frente a los judiciales por un procedimiento más rápido y más sencillo, en atención a los fines especiales de la

administración, puede sostenerse de una manera general. La experiencia parece mostrarnos, diversamente, lo contrario. Esa afirmación no es más que un nuevo tributo rendido al interés público, que constituiría el fin de la administración y que exigiría una mayor rapidez. Pero lo único que se puede afirmar es, que, por término medio, el procedimiento administrativo es menos formal que el judicial. Y con esta falta de forma crece, naturalmente, la posibilidad de la rapidez. Libre de prolijas disposiciones formales, el procedimiento administrativo alcanza a veces un ritmo imposible para la justicia, vinculada por tantas disposiciones de ese tipo. Por lo demás, esta rapidez no supone ningún arte especial si, como sucede en el caso de una técnica procesal primitiva, los actos administrativos no han de ir precedidos por la audiencia de las partes, por el procedimiento oral ni por aportación de pruebas complicadas. Pero no sin razón subsiste en la administración semejante procedimiento, desprovisto de forma, junto al procedimiento estricto, y aun, en algunos casos, en la misma justicia — o han sido introducidos de nuevo —. La esencia del «procedimiento de urgencia», preferido sobre todo en claros asuntos penales, consiste precisamente en enlazar de manera inmediata a la iniciación del procedimiento su término, es decir, en hacer seguir inmediatamente a los hechos que provocan el procedimiento el acto formal, sin intervención de procedimiento mediador alguno. Este procedimiento abreviado y simplificado, puede sustituir al procedimiento ordinario, más complicado, en aquellos casos determinados por la ley y dejados a elección de la autoridad, pero, generalmente, las partes tienen libertad de iniciar el procedimiento ordinario, que significa para ellas mayores garantías, oponiéndose al procedimiento sumario.

La *iniciación* del procedimiento administrativo tiene lugar a instancia o de oficio; como vemos, tampoco en este punto existe una uniformidad que pudiera distinguir el derecho procesal administrativo del judicial de manera fundamental y completa. Predominantes ciertos, los casos de iniciación de oficio. Tratándose de Reglamentos, que tienen su peculiar vía de producción, es natural y corriente, aunque no sin excepciones, reservar la iniciativa a la autoridad competente para dictarlos. Pero ya sorprende más que, en oposición con el principio de acusación que domina

en el moderno procedimiento penal judicial, el procedimiento administrativo sea iniciado de oficio por las *autoridades administrativas*; se suele reservar cierto campo de acción a la acusación privada; pero en lo que respecta a la acusación pública apenas si encontramos alguna huella. En las demás materias administrativas se ofrece a la iniciativa de las partes un ancho campo. El mismo contenido de los permisos, dispensas, aprobaciones, licencias, concesiones o como quieran llamarse estos actos administrativos fundadores de derechos, se explica que se produzcan a instancia y no de oficio. Y en lo que se refiere a cambios de apellidos, a dispensas matrimoniales, a concesiones de empresas económicas, es natural que no se produzcan sino por petición de los interesados. Siendo semejantes actos de la competencia de autoridades administrativas, esos ejemplos nos muestran cómo, dentro de la administración, y a pesar de ese pretendido fin exclusivo suyo — servir al interés público — el interés privado actúa ampliamente en la forma de «instancia de parte». Y en la marcha del procedimiento administrativo, unas veces prevalece el sistema de oficio y otras el de instancia. Pero no se puede desconocer que predomina el sistema de oficio, aun en aquellos casos en que el procedimiento ha sido iniciado a petición de parte.

En cuanto a medios de prueba, la administración no renuncia a ninguno de los que se ofrecen a la justicia. Saber de qué medios de prueba y en qué condiciones podrá hacer uso la administración, es cuestión, como todas las de detalle procesal, regulada libremente por el derecho positivo. La ausencia de un derecho procesal administrativo completamente elaborado ha hecho posible, entre otras libertades del procedimiento, la de la prueba, en una época en que el procedimiento judicial se hallaba ya, desde antiguo, dominado por el sistema legal de prueba, de forma que, en este extremo, el procedimiento administrativo podría servir de modelo al procedimiento judicial.

Los principios del procedimiento *oral* y *escrito* encuentran aplicación simultánea en el derecho procesal administrativo; en muchos ordenamientos procesales el órgano administrativo, y a veces las partes, pueden escoger entre el procedimiento oral y el escrito, por ejemplo entre la mera pronunciación del acto o su extensión en documento. El procedimiento administrativo ha sido

durante largo tiempo *secreto*, y no sólo en el Estado policía, sino también en el Estado de derecho, y la publicidad corriente en el procedimiento civil y penal, no ha sido acogida en los modernos ordenamientos procesales administrativos mas que en la forma restringida de publicidad por las partes, es decir, que todos los trámites procesales, especialmente las pruebas, en la medida en que hayan de ser tenidas en cuenta en los actos administrativos, habrá que ponerlas en conocimiento de las partes. El procedimiento totalmente público, tal como consta en el procedimiento civil y el penal para los procesos orales, es institución apenas si conocida por el procedimiento administrativo. Hasta la misma publicidad para las partes se halla sometida a una notable limitación, ya que, a menudo, la parte se halla desprovista de acción para la inspección de las actas o se le prohíbe esta inspección por determinadas razones, es decir, escudándose en ese interés público tan elástico.

La *adherencia* del procedimiento es una adquisición típica del moderno procedimiento civil y penal, pero el procedimiento administrativo carece, por lo general, de esta cualidad. En esta situación no es algo reprochable que un órgano distinto de aquel que ha tramitado el procedimiento, dicte el acto administrativo; por ejemplo, el Municipio en cuyo distrito la parte posee su domicilio tramita el procedimiento por delegación y la superioridad dicta el acto administrativo basándose en las actas que le suministra el Ayuntamiento, o bien, el funcionario prepara el acto administrativo íntegramente hasta su «aprobación» y el jefe correspondiente realiza el acto con la simple firma.

La etapa final del procedimiento está representada por la exteriorización del *acto administrativo*. Puede estar prevista como forma externa de este acto la escrita o la declaración oral, o puede dejarse a elección de la autoridad o de las partes una de estas dos formas. No hay que confundir la forma escrita del acto con la manifestación por escrito del mismo. La mera manifestación de un acto administrativo pronunciado presupone el acto administrativo y no tiene mas que naturaleza declarativa.

Respecto a la cuestión en qué fase del acto administrativo comienzan a exteriorizarse sus efectos jurídicos, nos encontramos con dos teorías, la de la declaración y la de la recepción. Pero la

solución corresponde, más bien que a la ciencia del derecho, al derecho positivo, porque fijar en qué momento del tiempo entra en vigor un acto administrativo, que es a lo que se reduce la cuestión planteada, corresponde a la formulación del derecho, no menos que el establecimiento de las condiciones para el acto. Pero en este punto el derecho positivo se ofrece bastante incierto, y sólo tras grandes dificultades interpretativas, podremos captar su intención. Lo que se puede afirmar de una manera general es que las disposiciones formales establecidas por la ley representan, a la vez, el *minimum* y el *máximum* de requisitos jurídicos para cada acto; cuando no se ha prescrito expresamente la publicación, pronunciamiento o anuncio de un acto, habrá que considerar que éste es jurídicamente eficaz, aunque no haya llegado a conocimiento de los afectados por él. Por otra parte, el requisito del asentimiento constituye una manera indirecta de estatuir el requisito de la puesta en conocimiento.

Todo ordenamiento administrativo moderno ofrece, a imitación de los ordenamientos procesales judiciales, posibilidades para *derogar*, por motivos determinados, los *actos administrativos*; son los llamados *recursos*. Y el derecho administrativo suele prescribir un procedimiento al que habrá que atenerse para derogar un acto administrativo: el *procedimiento por vía de recurso*. Así como unas normas procesales indican el camino para que se produzca el acto administrativo, otras señalan el camino para eliminar ese acto y sustituirlo por otro mejor. Tampoco este procedimiento es uniforme, sino que se diferencia, según la autoridad ante la cual se desarrolla, según el acto contra el cual se promueve, según la autoridad a quien se dirige, y según el vicio que se combate y, por último, según la finalidad procesal que se persigue.

La primera *clasificación de los recursos* de que se dispone contra los actos administrativos resulta de la autoridad competente para el conocimiento de los mismos. Mientras que los recursos contra los actos judiciales son conocidos exclusivamente por los tribunales, los actos de las autoridades administrativas pueden ser conocidos también por los tribunales. Con otras palabras: *el control de la administración sólo en parte* constituye derecho administrativo y sólo en parte se halla dentro del campo de acción de las *autoridades administrativas* en la forma de *recursos gubernativos*.

En nuestra construcción sistemática no nos interesa más que el control administrativo que se lleva a cabo por la vía de los recursos gubernativos.

La teoría general de los recursos no considera corrientemente más que aquellos de que se dispone contra los actos administrativos individuales, olvidando, por colocarse en el punto de vista unilateral de la parte que puede hacer uso del recurso, que son también posibles los recursos contra las ordenanzas y aun contra las leyes, y que, efectivamente, se hallan instituidos en diversos ordenamientos. Sin embargo, los recursos contra los Reglamentos no se dirigen a las autoridades administrativas superiores, sino a los tribunales, propiamente a un tribunal especial a quien se confía el control de la legalidad de las ordenanzas; por esta razón no nos incumben ocuparnos de los recursos contra los Reglamentos.

Contra los actos administrativos individuales, caso que no surjan inmediatamente de la autoridad suprema, se halla instituida una *vía administrativa o gubernativa por instancias*, hace posible el examen de los actos de las autoridades inferiores por las superiores. La serie de instancias varía en los diversos Estados y aun dentro de cada Estado, según la gestión de que se trate y la jerarquía administrativa que le corresponda. Así como no es extraño que la vía administrativa comience, no en la autoridad inferior, sino en otra superior, también se excluye con frecuencia la instancia suprema. Existen además recursos que no pueden dirigirse a la autoridad superior, sino a aquella de donde procede el acto combatido. Este recurso, que carece del efecto devolutivo, suele designarse, a veces, en las leyes y en la práctica administrativa con el nombre de *reposición*. En sentido técnico procesal, la reposición constituye un recurso mediante el cual la parte pretende ante la autoridad que ha dictado el acto su derogación o modificación.

Aquellos recursos, mediante los cuales se pide la derogación o modificación del acto de una autoridad inferior, se llaman *apelaciones*, etc. Estos recursos, que son los más corrientes, sirven para el control administrativo de los actos, tanto en lo que se refiere a su juridicidad como a su conveniencia. Y con objeto de eliminar ciertas violaciones jurídicas cualificadas, se otorgan especiales recursos.

Todos estos recursos son medios de que dispone la parte para pretender, por lo general dentro de un plazo breve, que la autoridad administrativa modifique o derogue el acto administrativo. Agotado el recurso, o no habiéndose hecho uso de él dentro del plazo legal, el acto administrativo adquiere fuerza de cosa juzgada en sentido formal. Los recursos de esta clase suelen comprenderse como recursos ordinarios; otra clase de recursos que pudiera haber pertenecerían al grupo de *recursos extraordinarios*.

Entre éstos está la *revisión del procedimiento*. Mediante este recurso, la parte está facultada para, caso de aparecer con posterioridad un vicio jurídico o presentar determinados vicios jurídicos cualificados, pedir su derogación. Este recurso es, por naturaleza, de largo plazo, o, en general, sin plazo alguno. Ofrece la posibilidad de discutir actos administrativos que poseen ya efecto formal de cosa juzgada. Claro es que las condiciones para que este recurso pueda utilizarse, son mucho más difíciles que las que dan lugar a recurso ordinario. Sólo vicios de mucha categoría pueden justificar la revisión de un acto administrativo firme ya desde años atrás.

El *restablecimiento de la situación anterior* consiste en que, a instancia de una parte y en virtud de motivos adecuados, se hace caso omiso del vencimiento de un plazo, y se restablece el procedimiento al estado que tenía con anterioridad a dicho vencimiento.

Un recurso extraordinario es también la *derogación o modificación de oficio* de un acto administrativo. Sin embargo, la teoría dominante no se ha hecho cargo todavía de que estas intervenciones oficiales presentan los caracteres de recursos. Mientras que la parte se halla vinculada al acto administrativo en virtud del efecto formal de cosa juzgada, la práctica administrativa considera que la autoridad administrativa, sin necesidad de una delegación mediante ley, se halla autorizada para derogar o modificar actos administrativos que se contrapongan a los intereses públicos, originaria o posteriormente, y la teoría administrativa consagra esta práctica con su doctrina de los actos administrativos que carecen del efecto material de cosa juzgada. Hay que reconocer como un mérito de la nueva ley de procedimiento ad-

ministrativo austríaca, del año 1925, el haber sacado a luz, por primera vez, la teoría de que las autoridades administrativas tampoco pueden por sí mismas derogar o modificar un acto administrativo, sino que requieren para ello expresa autorización de la ley. Esta autorización consiste en la concesión de recursos para la modificación o derogación de oficio de los actos administrativos. El sentido jurídico de un recurso de este tipo es, como lo hemos hecho ver en la teoría del efecto de cosa juzgada de los actos administrativos, el poner término, bajo las condiciones legales, a un acto administrativo.