

llo en un régimen político predominantemente democrático, en el que impere un respeto indiscutible por la dignidad de la persona.

7.—El derecho internacional admite, aunque con importantes restricciones, la pena capital. Esta situación demuestra que los prejuicios no permiten un respeto pleno de los derechos esenciales de la persona, ni aún en las normas internacionales que regulan los derechos humanos.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Dr. Rafael González Ballar,
Profesor de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica.

SUMARIO: Primera Parte: Debido Proceso y Objeto del Procedimiento Administrativo (la verificación de la verdad real ante los hechos). Segunda Parte: Otros Principios que hacen Posible la Verificación de la Verdad. 1.—Principio de oficialidad (impulso de ofiico); 2.—Principio de Prueba Libre; 3.—Principio de Participación de las Partes en el Procedimiento; 4.—Principio de Imparcialidad.

INTRODUCCION

Uno de los principales logros de la L.G.A.P. fue el haber introducido un Libro Segundo dedicado al Procedimiento Administrativo. En ningún país del mundo el consagrar en el ordenamiento jurídico un "Iter Administrativo" puede tener efectos negativos. Por el contrario, el sometimiento de la Administración Pública a que en algunos de sus actos administrativos siga lineamientos que permitan al administrado la participación junto con la Administración en la toma de decisiones, la amplia posibilidad de ejercer su defensa, el impulso de oficio de los mismos órganos de la Administración, son un avance innegable.

Nos proponemos en el presente estudio hacer un análisis general de los principales principios que rodean el procedimiento administrativo en la L.G.A.P. La intención esencial es que se puedan estudiar y comprender la importancia de dichos principios. Luego, como aspecto secundario, el localizar cómo nuestra L.G.A.P. los consagra en su articulado y ver qué alcance pueden tener en dicho texto legal.

El análisis debe necesariamente partir de la reflexión sobre el significado e importancia del Debido Proceso (Iª Parte). Asimismo, del Objeto del Procedimiento en el Derecho Administrativo y por ende darle énfasis al principio de la Verificación de la Verdad Real de los hechos de que habla la L.G.A.P. en su artículo 214 inciso 2). En una IIª Parte la reflexión sobre los demás principios que hacen posible el que se pueda llevar a efecto tan importante principio.

PRIMERA PARTE:

DEBIDO PROCESO Y OBJETO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO (LA VERIFICACION DE LA VERDAD REAL DE LOS HECHOS).

En Costa Rica es un principio de rango constitucional, derivado de la relación de varios artículos, el de que todo ser humano debe tener previa oportunidad para ejercitar su defensa y a un debido proceso (véase relación de Arts. 27, 33, 35, 39, 41 y 42 de la C. P.).

Por considerarlo de interés señalamos que nuestra jurisprudencia ha acogido ampliamente el principio que venimos señalando. Citamos una

de las más recientes⁽¹⁾ por considerar de importancia el que se señalara el artículo 211 inciso 3) de la L.G.A. P. como fundamento necesario de la necesidad de otorgar amplia defensa. La Sala Segunda expuso:

"CONSIDERANDO: II. Se modifica la relación de hechos no probados, de primera y segunda instancia, considerando que tampoco está demostrado que al actor se le concediera la oportunidad de amplia audiencia y defensa que señala el artículo 211 inciso 3, de la Ley General de la Administración Pública que sintetiza la doctrina del llamado principio de la "bilateralidad de la audiencia", "debido proceso" o "principio de contradicción". III. No obstante que el recurrente ha sido omiso en citar como violado el artículo 211 inciso 3º, de la Ley General de la Administración Pública, si ha convocado en su favor que no se concretaron los cargos en su contra acerca de los que no se le oyó, dejándose así en indefensión... y esta Sala, actuando como tribunal de tercera instancia rogada, puede y debe aplicar el derecho aplicable en virtud del principio "jura novit curiae", y por esa razón considera que los fallos de instancia tienen por demostrado hechos implícitamente —ya que no figuran en la relación de hechos probados— que configuran justa causal de despido, cuando en realidad jurídicamente se trata de hechos que no pueden tenerse por demostrados precisamente porque no se le dio al actor sobre ellos oportunidad de audiencia y defensa".

Por otro lado, el Tribunal Superior Contencioso Administrativo, en una de sus sentencias⁽²⁾ con gran acierto nos expone cuál debe ser el alcance del principio:

"a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento entablado; b) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; c) derecho a ser oído y oportunidad del administrado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; d) derecho del administrado de hacerse representar o asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; e) notificación adecuada de la decisión que dicte la administración y de los motivos que en ella se funda y f) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada. Tales son las implicaciones del artículo 211 inciso 3, de la Ley General de la Administración Pública, no observadas en el sublite".

En las actas de la Asamblea Legislativa (ver la N° 105), tanto el Lic. Eduardo Ortiz como Piza Escalante en sus intervenciones nos confirman la importancia e intención de un Procedimiento Administrativo:

(1) Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. San José a las 16 horas del 9 de diciembre de 1983.

(2) Tribunal Superior Contencioso Administrativo. Resolución N° 3481 de las 16 horas del 7 de agosto de 1979.

Dice el Lic. Piza Escalante:

"El proyecto establece por primera vez en Costa Rica un régimen de procedimiento administrativo general para toda la administración pública. Si bien estructurado sobre el sistema medular y complejo de la administración central. Su aplicación a las demás administraciones habrá de hacerse por supuesto, adaptando algunas disposiciones a las particularidades de esas administraciones o de servicios que prestan y sin perjuicio de lo que establezcan las leyes especiales que lo rigen.

El proyecto se orienta a asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la administración con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Se recogen dos requisitos básicos sobre los que descansan toda la normativa del proyecto enunciado desde el comienzo de esta exposición a saber:

El de resolver la contraposición entre autoridad y libertad entre prerrogativa y garantía. Buscando un justo equilibrio entre las necesidades de un procedimiento rápido, ágil y flexible indispensable para el funcionamiento eficiente y económico de la administración y las garantías debidas al administrado sobre las cuales el proyecto no admite transacción salvo casos de excepción, de urgencia que no regulan restrictivamente.

En general el de garantizar la vigencia efectiva de los principios de derecho sobre los que se asientan todo el régimen institucional costarricense y que valen no sólo para garantizar intereses legítimos de los administrados sino también cada día más como la condición... en la defensa del interés público".

Por su parte, el Lic. Ortiz Ortiz manifestó lo siguiente: "En otras palabras este procedimiento sirve para regular los casos en que el actuar final en que desemboque el procedimiento vaya a producir efectos jurídicos en otros sujetos, por ejemplo, otros entes públicos o los administrados.

No se refiere al caso en que el procedimiento desemboque en un acto puramente interno, que no tenga efecto frente a los administrados. Por ejemplo, un dictamen o una investigación interna que levantara la administración para determinar si procede trazar un camino o hacer un camino. Todo esto en realidad no está regulado por el procedimiento que estamos señalando aquí. Lo que estamos regulando son las expropiaciones, las órdenes dirigidas por la administración al particular de observar cierto horario en la prestación de un servicio de autobuses. Las prohibiciones que impone la Dirección General de Tránsito para el tránsito, para la circulación de los vehículos. Los actos internos, como los dictámenes, las órdenes no tienen efecto frente a los particulares. Ni frente a otros entes públicos distintos del autor del acto.

Se regula por un procedimiento libre que establecerá por su cuenta el ente interesado. Estamos regulando el procedimiento para que la administración dicte actos que tengan efecto en otros sujetos, sean públicos o privados".

La doctrina en general nos permite descubrir la importancia del procedimiento administrativo. El tratadista Agustín Gordillo —citado por Escolá— sostiene que “el procedimiento administrativo es la parte del Derecho Administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa”.⁽³⁾

Para la gran mayoría de la doctrina administrativa,⁽⁴⁾ encontramos que la justificación de la existencia del procedimiento puede verse desde dos ángulos íntimamente relacionados: Desde el punto de vista de la Administración, hay un interés público en que se cumpla el procedimiento, a fin de lograr el orden administrativo, un mayor conocimiento del caso y el apego a la ley. Se evita así la anarquía en la actividad administrativa y la adopción de resoluciones inadecuadas e ilegales. Se procura la buena marcha y eficiencia de la Administración. Desde el punto de vista del administrado, se puede hablar de la existencia de un interés privado que le permite al individuo hacer conocer a la Administración su situación jurídica, en aquellos casos en que ésta se pueda ver afectada por la decisión administrativa. Se trata entonces, de una garantía para el administrado.

La existencia de un procedimiento administrativo no es práctica uniforme en los diversos ordenamientos del mundo contemporáneo, por ejemplo Francia. Eso no obsta para quitarle mérito a esos ordenamientos, ya que cuentan con otros mecanismos para controlar la actividad administrativa.

Nuestros legisladores incluyendo en la L.G.A.P. un libro dedicado al procedimiento administrativo, dieron acogida a las argumentaciones dadas por la doctrina más avanzada. Así, de acuerdo con el Lic. Piza Escalante, los propósitos básicos que se tenían al incluir el procedimiento eran:

1. “...resolver la contraposición entre autoridad y libertad entre prerrogativa y garantía”.
2. “Garantizar la aplicación de los principios de derecho que están a la base de nuestro ordenamiento jurídico, principios que garantizan tanto intereses privados como públicos.”⁽⁵⁾

(3) ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Ed. DePalma, Buenos Aires, 1973, p. 20.

(4) Véase entre otros a ESCOLA, op. cit.; FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Cuarta Edición, Porrúa, México, 1948; GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1977; GARCIA-TREVIJANO, Fos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Segunda Edición, Revista de Derecho Privado, Madrid; GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

(5) Actas de la Asamblea Legislativa en que se discuto en subcomisión el proyecto de L.G.A.P.

En tratándose del objeto del proceso contencioso administrativo, afirma González Pérez que “el objeto del proceso no es el fundamento a que debe su existencia ni la función o fin que, aun de modo inmediato, está llamado a realizar; no es la relación jurídico material deducida en juicio —una misma relación jurídica— puede constituir el pseudo objeto de una infinidad de procesos, ni el bien de la vida concreto a que el proceso afecta. El objeto del proceso es la materia sobre la que recae el complejo de elementos que el proceso integran... aquel sustrato, desligado de los sujetos y de las actividades que en el proceso se verifican, pero que sirve como soporte, en el que unos y otros se apoyan, sea como materia en que perfila el contenido del proceso todo, prestándole una significación unívoca en el mundo de la realidad al que la figura pertenece”.⁽⁶⁾

Tomando en cuenta que por pretensión procesal, debemos entender “una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distinta del autor de la declaración”,⁽⁷⁾ hemos de concluir que en el procedimiento administrativo no puede específica y exclusivamente hablarse de satisfacción de una pretensión, por cuanto:

1. No se requiere una solicitud por parte del particular hacia la Administración, ya que ésta puede actuar de oficio;
2. No estamos en presencia de un órgano jurisdiccional, sino de uno administrativo;
3. No siempre existe un tercero —administrado también— que tenga un interés contrapuesto.

Al decir la L.G.A.P. que el objeto más importante del procedimiento administrativo es la verificación de la verdad material, que se constituye en uno de los principios más importantes del procedimiento, puede concluirse que el legislador usó el término objeto como sinónimo de fin. Así, entenderíamos que el fin primordial del procedimiento administrativo es la verificación real de los hechos, según se desprende del inciso 2 del artículo 214.

La “verdad” es definida por Francisco Seix como: “locución forense con que se da a entender que algún pleito o causa se debe sentenciar sin atender precisamente a las formalidades del derecho”.⁽⁸⁾ La interpretación que da Seix debe atenderse más a lo que ocurrió realmente que a las formalidades del proceso. Sin embargo, no se puede ser tan amplio y desligarse totalmente de las formalidades, porque éstas son importantes, entre otras cosas para el orden en el procedimiento.

(6) GONZALEZ PEREZ, Op. cit., p. 310.

(7) GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Segunda Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 225.

(8) SEIX, Francisco, *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXX, Seix Editor, Barcelona, 1910, p. 743.

Cuando nuestra L.G.A.P. hace referencia a la "verdad material", está señalando que debe buscarse el descubrir los hechos tal cual estos son, y no sólo la verdad formal como en otros procesos, a la que se llega según lo que las partes hayan logrado probar. En muchos casos no coincide esta última con la verdad.

El juzgador civil no es un investigador, así como tampoco la prueba que se da en dicho proceso es una averiguación. El juez simplemente conoce la prueba que le suministren las partes.

En este sentido podemos citar a Eduardo Couture:

"En el sistema vigente... refiriéndose al Juez Civil... no le es tá confiada normalmente una misión de averiguación ni de investigación jurídica. En esto estriba la diferencia con el juez de orden penal: éste sí, es un averiguador de la verdad de las circunstancias en que se produjeron determinados hechos".⁽⁹⁾

El juez civil no es un investigador. Veámoslo con la institución de la confesión, si el demandado confiesa positivamente la demanda, el juicio se da por terminado y se dicta la sentencia en su contra, sin necesidad de más pruebas. Esto no sucede ni en el proceso penal ni en el procedimiento administrativo, ya que en ambos casos, el juez correspondiente está obligado a traer a proceso todas las probanzas necesarias para determinar la veracidad o no de la confesión.

La finalidad u objeto inmediato del proceso penal es el conocimiento de la verdad real.

"En cuanto a la actividad probatoria, en el proceso penal rigen principios singulares: todos los órganos del Estado, sin excepción tienen el deber de inspirarse en un criterio puramente objetivo de justicia, hasta el punto de que en los límites de sus respectivas atribuciones —deben procurar que rigiere al proceso— toda la prueba jurídicamente relevante, sea contraria o favorable al imputado: las partes carecen de todo poder dispositivo de tal modo que su voluntad no tiene eficacia para limitar el objeto o los medios de prueba (la confesión no tiene valor formal), no se trata de probar tan sólo los hechos controvertidos sino de descubrir la verdad: rige el principio general sobre la libertad del objeto y de los medios de prueba (salvo casos excepcionales): no tiene aplicación la teoría de la carga de la prueba, no hay presunciones ni ficciones. Todas estas son consecuencias del principio fundamental de la verdad real o histórica".⁽¹⁰⁾

En el procedimiento administrativo al igual que en el penal, el objeto que se persigue es el de verificar la verdad real o material. Esto

(9) COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Editorial DePalma, Segunda Edición, Buenos Aires, 1951, p. 125.

(10) VELEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Segunda edición, edición fotocopiada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 1983, p. 341.

lo podemos afirmar con base en el artículo 214 inciso 2 de nuestra L. G. A. P. del que luego hablaremos.

Habíamos dicho que en el proceso civil el juez debía necesariamente resolver con base en las pruebas aportadas por las partes. En cambio tenemos, como lo manifiesta Agustín Gordillo, que en el proceso administrativo, el órgano juzgador está constreñido por el principio de verdad material por lo que sus resoluciones deben ajustarse a los hechos sin importar si estos fueron alegados y probados.

Por todo lo anterior si dicha decisión no se conformara con los hechos (reales) el acto adolecería de vicio por ese solo hecho.

El principio de verdad material está íntimamente ligado con el principio de oficialidad por cuanto la Administración para cumplir el principio de verdad material no puede depender en forma alguna de la voluntad de las partes (administrado) de no aportar las pruebas. Si el administrado no aporta pruebas o si lo hace, la Administración siempre estará obligada a traer las pruebas necesarias al expediente para conocer la verdad sobre los hechos ocurridos.

Lo anterior nos lo confirma igualmente el tratadista Scola: "En la esfera administrativa, por tanto lo que importa es que se lleguen a precisar los hechos, tal cual son con total prescindencia de que tales hechos hayan sido alegados y probados por los administrados o admitidos o negados por estos. Por ello no tiene valor, en el procedimiento administrativo que el interesado por propia conveniencia acepte como real un hecho o circunstancia no ocurrido, u omita hacer mención de hechos o condiciones que efectivamente se produjeron, la Administración, dejando de lado el panorama que pretenda ofrecerle al administrado, debe esclarecer los hechos, circunstancias y condiciones tratando por todos los medios admisibles, de precisarlos en su real configuración, para luego, sobre ellos, poder fundar una efectiva decisión. La verdad material debe predominar".⁽¹¹⁾

Y este es el criterio sostenido por nuestra L.G.A.P.:⁽¹²⁾ "Decimos que aunque las cuestiones de hecho y derecho no hayan sido debatidas, el acto del administrador, debe tomarlas en cuenta independientemente de lo que las partes hayan alegado para que la resolución sea exhaustiva y contemple todos los ángulos posibles para mirar a la conveniencia del acto desde el punto de vista del fin público".

Nuestra Procuraduría General ha dicho:

"Además de lo dispuesto en el referido dictamen conviene tener presente que de conformidad con lo preceptuado por los artículos 214

(11) SCOLA, Héctor, *Teoría General del Procedimiento Administrativo*, Ed. DePalma, Buenos Aires, 1973, p. 127.

(12) Actas de la Asamblea Legislativa sobre la L.G.A.P., Acta N° 101, p. 3.

inciso 2 y 221 de la L.G.A.P., el objeto más importante del procedimiento es la verificación de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final. Lo anterior en razón de que a tenor de lo dispuesto por el artículo 133 de la Ley citada: el motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto".⁽¹³⁾

Tenemos pues que la justificación que tiene dicho objeto, en cuanto a la verificación de la verdad real lo encontramos en el artículo 133 de la L.G.A.P.

¿Por qué es que se establece dicha relación entre el artículo 214 inciso 2, el 133 y el 136 de la L.G.A.P.? Porque tenemos que la decisión debe fundarse en hechos reales. El motivo que va a tener la Administración para tomar un acto tiene un fundamento fáctico, se va a basar sobre los hechos que realmente sucedieron. La ley establece como obligación la existencia de hechos reales que sirvan de motivo al acto. Esto ya que existe el interés público de que la Administración actúe conforme a las necesidades reales de la comunidad como bien establecen las Actas, las cuestiones de hecho y de derecho deben valorarse independientemente de las partes porque es del interés público para su mejor realización (más rápido y acertado) que exista un análisis concienzudo y exhaustivo de cuáles son las ventajas y desventajas que un acto podría conllevar.

Dice el artículo 133 en su inciso primero: "El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto".

Cuando establece que debe existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto, entonces tenemos que el principio de verdad material como finalidad del proceso es muy importante en este punto, porque los hechos que van a servir de sustento al acto, no serán hechos valorados arbitrariamente, sino que existe la obligación de que estos hechos sean los reales independientemente de la voluntad de las partes.

Tenemos en el artículo 136 de la L.G.A.P. cuáles son los actos que deben estar motivados.

Después establece que la motivación puede ser aquellos motivos que dieron al administrado o las propuestas, dictámenes o resoluciones previas que sean las que realmente determinaron la adopción del acto.

Tenemos entonces que la reafirmación de que la Administración como juzgador en el procedimiento administrativo puede tomar su resolución de acuerdo a lo aportado por las partes. Pero si esto no correspondiere o fuere insuficiente podría recurrir a otros medios, para verificar la realidad de lo sucedido y que de estas averiguaciones haga recaer su decisión final independientemente de si las partes hayan aportado dichas pruebas o no.

(13) Revista de la Procuraduría General de la República, Pronunciamiento C 103-80, de 14 de mayo de 1980, Año IX, N° 13, Imprenta Nacional, San José, 1980, pp. 44-45.

Todo lo anterior se manifiesta más explícitamente en el artículo 221 de la L.G.A.P. en donde se da claramente el sustento del principio de la verdad material en el procedimiento administrativo.

"En el procedimiento administrativo se deberán verificar los hechos que sirven de motivo al acto final en la forma más fiel y completa posible, para lo cual el órgano que lo dirige deberá adoptar todas las medidas probatorias pertinentes y necesarias aún si no han sido propuestas por las partes y aún en contra de la voluntad de estas últimas".

Se debe insistir una vez más que la decisión que se toma es independiente a la voluntad de las partes y aún más puede ir en contra de lo por ellas argumentado.

Además de los artículos 133, 136, 214 y 221, es necesario reflexionar y relacionarlos con el artículo 222, en el cual se establece la impulsión de oficio del cual no hablaremos infra.

Por otra parte están los artículos 298, 301 inciso 3 y 297 del cuerpo legal citado, en los cuales se establece la libertad de prueba y su apreciación con base en la sana crítica. En un procedimiento que tiene como finalidad el de averiguar la verdad real, la prueba libre es necesaria para llegar a la verdad de lo ocurrido. Lo ideal es poder recurrir a cualquier medio y no tener ninguna limitación que impida llegar a la consecución de dicha verdad.

Se establece la prohibición de la confesión en rebeldía. La Administración no puede como en materia civil dar por ciertos hechos sino que debe investigar la verdad sobre estos hechos (art. 301-3).

Por último, la Administración debe ordenar y practicar todas las diligencias de prueba necesarias para determinar la verdad real de los hechos objeto del trámite, de oficio o a petición de parte (art. 297 L.G.A.P.).

SEGUNDA PARTE:

OTROS PRINCIPIOS QUE HACEN POSIBLE LA VERIFICACION DE LA VERDAD.

Sería difícil que la Administración Pública pudiera cumplir con la *verdad material* si no se consagran en la misma ley otros principios que lo hagan posible.

1) Principio de Oficialidad (impulso de oficio).

En primer término estableceremos en qué consiste. El principio de oficialidad significa:

“...que la Administración está específicamente obligada a desarrollar la actividad que sea necesaria para llegar a la decisión final, sin necesidad de que sea excitada en este sentido por los particulares...”⁽¹⁾

El fundamento de este principio al igual que el del principio de verdad material lo encontramos en cuanto a que las actuaciones de la Administración siempre deben estar encaminadas a la satisfacción del interés público (recordemos el artículo 113 de la L.G.A.P.).

“La impulsión de oficio, que responde a las exigencias propias del interés público que el procedimiento administrativo pone en juego, da a éste un acusado carácter inquisitorial: la Administración gestora del interés público, está obligada a desplegar por sí misma, ex officio, toda la actividad que sea necesaria para dar adecuada satisfacción a ese interés...”⁽²⁾

“Tanto en el principio de oficialidad, como la exigencia de llegar al conocimiento de la verdad material, encontrarán su razón de ser en la condición, tantas veces citada y tan predominante en el ámbito administrativo de que la acción de los órganos de la Administración Pública no está dirigida, solamente a satisfacer un interés particular, sino que también y principalmente debe estar encaminada al logro de finalidades de interés público, a la satisfacción de un interés general, del que participa el propio interés administrativo”⁽³⁾

El impulso de oficio no quiere decir en ningún momento que las partes estén incapacitadas para tener intervención activa ya que lo lógico es que así sea por el carácter contradictorio del procedimiento.

“El principio de oficialidad no excluye... la posibilidad de que los administrados tomen en el procedimiento administrativo un papel activo, formulando peticiones, aportando probanzas o realizando alegaciones y en general cumpliendo cualquier acto que tienda a hacer que la administración lo lleve adelante. Pero ello no implica el procedimiento... puesto que es indudable que el principio de la impulsión de oficio por la administración es el que predomina netamente, adquiriendo el administrado un rol de colaborador o partícipe en la activación de los procedimientos”⁽⁴⁾

Ejemplo de ello es cuando la iniciación del procedimiento depende del particular (reclamaciones, recursos) en donde el impulso proviene del particular aunque “...luego de ese acto del particular, retoma su aplica-

(1) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, FERNANDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1981, p. 401.

(2) *Ibidem*, p. 402.

(3) SCOLA, Héctor, *Teoría General del Procedimiento Administrativo*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1973, p. 127.

(4) *Ibidem*, p. 126.

ción el principio general, y la continuación del procedimiento se rige otra vez por el principio de la impulsión de oficio”⁽⁵⁾

“No puede afirmarse que domine el principio de la impulsión procesal de oficio por parte de los órganos estatales, ni tampoco que predomine el principio de la disposición del proceso por el interesado, a nuestro criterio, el principio de la impulsión de oficio es netamente predominante y sólo por excepción puede corresponder dicha impulsión al recurrente o administrado”⁽⁶⁾

En este sentido establece el artículo 284 de nuestra L.G.A.P.: “El procedimiento podrá iniciarse de oficio o a instancia de parte, o sólo a instancia de parte cuando así expresa o inequívocamente lo disponga la ley”.

Otro alcance jurídico que se deriva de dicho principio es el siguiente:

“Como un especial desprendimiento del principio de la legalidad objetiva y directamente vinculada con la impulsión de oficio existe también el principio de que la Administración está obligada a considerar todo posible vicio de ilegitimidad que el acto atacado contenga y no está obligada a ceñirse a los puntos reclamados por el particular, si considera que el acto impugnado tiene otros vicios que los señalados por el recurrente, puede también revocar el acto por esos vicios”⁽⁷⁾

En nuestra ley se recurre a las normas generales de nulidad contempladas en los artículos 165 y siguientes de la L.G.A.P.

En el artículo 173 se establece expresamente la posibilidad de declarar por parte de la Administración la nulidad absoluta, cuando esta fuera evidente y manifiesta, esto en vía administrativa sin recurrir al contencioso de lesividad con un informe previo de la Procuraduría General de la República.

Otros alcances en la L.G.A.P. los podemos encontrar en el artículo 221, en cuanto se establece que el órgano director tiene que tomar las medidas probatorias pertinentes o necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes y aún en contra de la voluntad de estas últimas.

En el artículo 225 se establecen los límites bajo los cuales la Administración debe conducir el procedimiento: debe conducirlo de tal manera que logre un máximo de celeridad y eficiencia pero esto dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado. En este mismo sentido está el artículo 269-1.

Si existe algún retardo grave e injustificado, el artículo 275-2 establece la responsabilidad tanto de la Administración como del servidor culpable.

(5) GORDILLO, Agustín, *Procedimientos y recursos administrativos*, Jorge Alvarez Editor, Buenos Aires, 1964, p. 28.

(6) *Ibidem*, p. 29.

(7) *Ibidem*, p. 30.

El artículo 292 en el que se establece que si la petición o reclamación está mal interpuesta puede ser tramitada de oficio. Si éste se encuentra bien presentada se entenderá que esa petición de parte, pero si no es así es que se tramita de oficio.

Es ese el sentido que le ha dado el legislador:

"Significa que puede proceder de oficio la autoridad si es que tiene potestad... instituir de oficio" (Actas de la Asamblea Legislativa Nº 107, p. 3).

Otro artículo es el 297 en el cual se establece que la Administración debe realizar todas las diligencias de prueba necesarias de oficio o a petición de parte, esto con el fin de determinar la verdad real de los hechos.

El artículo 259 inc. 1 establece la posibilidad de que la administración suspenda los plazos de oficio. En ese mismo sentido establece el artículo 332 en donde el "órgano director" puede de oficio tomar una decisión provisional cuando existan razones de necesidad o conveniencia evidentes.

Los artículos 269, 270 inciso 6, 282 inciso 3, 300, 301, 307, 312, 314, 315 inciso 2, 319 hacen referencia a la Administración como órgano director del procedimiento y establecen los pasos, potestades que tiene para darle seguimiento y orden al procedimiento.

2) Principio de Prueba Libre.

Es a través de la prueba que se puede llegar a tener certeza sobre algún hecho.

Nos dice Romagnori que la prueba es "la suma de los motivos que producen la certeza". Sólo teniendo la Administración Pública la libertad de la prueba es que puede llegar a tener certeza de un hecho futuro, pasado o que está ocurriendo. Y es la libertad de la prueba la que le permite la certeza y por lo tanto el fundamento para llegar a la verdad material o real de un hecho.

Debido a que la Administración consagra el principio de verdad material o real como el objetivo principal del procedimiento administrativo y debido igualmente a que el problema de la prueba es central en todo procedimiento, de cualquier clase que éste sea, máxime si este procedimiento es el administrativo, que como ya mencionamos está orientado por el principio de verdad material, dicho procedimiento administrativo no podía estar regido por otro principio que no fuese el de "la oficialidad de la prueba".

Con ello lo que se trata de decir es que "...el órgano administrativo está específicamente obligado a desarrollar, incluso de oficio, es decir, sin que medie petición al respecto de los interesados, todos los actos de instrucción (y, por consiguiente, todas las actividades probatorias)

que se consideren adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución".(8)

a) Gobierno y control de la prueba.

El control de la prueba lo tiene la Administración. Sin embargo, sus facultades en cuanto a la admisibilidad o no de las pruebas las tiene limitadas pues "...su obligación es hacer efectiva toda la prueba ofrecida por el recurrente".(9)

A nuestro parecer debe hacer efectiva principalmente pero nunca únicamente.

De lo anterior se deduce que sólo cuando la prueba sea claramente irrazonable podrá rechazarse la misma.

b) Medios de prueba.

En nuestra L.G.A.P. el punto de los medios de prueba tiene un alcance amplio. El artículo 289-1 nos dice que:

"los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público, aunque no sean admisibles por el derecho común".

A este respecto cabe aclarar que el derecho público está orientado por el principio de prueba libre o de libertad de la prueba (como también se le llama). Debido a la verdad real ya mencionada que rige y domina el procedimiento administrativo "...es preciso para poder conseguirla ampliamente, que la libertad más grande presida el desenvolvimiento de la prueba misma...".(10)

El alcance amplio que tiene el principio de prueba libre lo encontramos en varios artículos de la L.G.A.P., cuando se expresa que:

"La administración ordenará y practicará todas las diligencias de prueba necesarias para determinar la verdad real de los hechos objeto del trámite..." (Artículo 297).

También encontramos en la L.G.A.P. en los artículos 299 a 307 diferentes formas en que es posible presentar la prueba como por ejemplo: prueba confesional, testimonial, inspecciones oculares, periciales, experimentos técnicos, dictámenes, interrogatorios, por medio de objetos, etc.

- (8) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, FERNANDEZ, Román, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas S. A., Madrid, 1981, p. 423.
- (9) GORDILLO, Agustín, *Procedimientos y Recursos Administrativos*, Jorge Alvarez Editor, Buenos Aires, 1964, p. 138.
- (10) FLORIAN, Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Bosch, Barcelona, p. 314.

Alguna controversia podría presentar los alcances del artículo 307 de la L.G.A.P. al decir que la Administración Pública puede "prescindir de toda prueba". Esto no podría darse porque este mismo artículo 307 enseguida de que le otorga tal facultad a la Administración, le limita su uso única y exclusivamente "cuando haya de decidirse únicamente con base en los hechos alegados por las partes, si los tiene como ciertos", y también porque sabemos que un acto final basado en tal procedimiento sería nulo como lo contempla el artículo 219-2 y 223-1 y 2.

Nuestro más ilustre tratadista del Derecho Administrativo nos da algunos ejemplos de prueba y nos señala una serie de casos y los diferentes medios probatorios para la comprobación de la verdad real, principio orientador del procedimiento administrativo. Veamos:

"... en la expropiación por causa de utilidad pública consistente en operaciones de medida, ubicación y estudio topográfico de la finca; en el nombramiento de empleados del Servicio Civil en pruebas de capacidad y juicio sobre el resultado, así como en relación sobre la vida y capacidad del aspirante con recolección de datos, visitas de lugares, recepción de declaraciones, etc., en el conferimento de una concesión de explotación de aguas en el trabajo de inspección ocular, del lugar de las aguas, por el Inspector cantonal, con recepción de prueba de varios tipos: testimonial, pericial, etc."⁽¹¹⁾

También en las Actas de la Asamblea, encontramos que el Lic. Ortiz nos da otro ejemplo más de la introducción de medios de prueba que no son admitidos en el procedimiento civil dadas las limitaciones probatorias de este tipo de procedimiento:

"Una de las críticas que tienen los jueces es la regla dentro del procedimiento judicial, que a los terceros en el juicio no se le puede compeler a colaborar en la conducción y desarrollo del juicio. Nosotros consideramos que esa práctica no debe regir. Estamos explicando que como acto administrativo a la inversa de la sentencia judicial tiene efecto frente a todo el mundo, nosotros estamos poniendo a todo el mundo a colaborar en el desarrollo del procedimiento administrativo, incluso si es un tercero. Por ejemplo, resulta que un documento necesario para probar un hecho en la Administración estaba a nombre de un tercero, la Administración puede ordenarlo que lo presente. A un tercero ¿por qué? Porque el acto administrativo va a surtir efecto frente a él y frente a las partes" (Acta N° 107, p. 7).

Por todo lo anterior, es comprensible lo que nos afirma García de Enterría, cuando nos dice:

"... la carga de la prueba no se reparte del mismo modo que en el proceso judicial común, sino que pesa esencialmente sobre la Administración en la medida en que ésta viene expresamente obligada por la ley..."⁽¹²⁾

(11) ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho, U. C. R., 1972, p. 7.

(12) GARCIA DE ENTERRIA (Eduardo), *Op. cit.*, p. 423.

Debemos pedir que se haga énfasis en los artículos citados, en especial los artículos: 221 que habla de "... adoptar todas las medidas probatorias pertinentes o necesarias..."; el art. 297 donde se expresa la orden y práctica de "... todas las diligencias de prueba necesarias..."; y el art. 298 donde se establece que "los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público...", que nos indican que en el procedimiento administrativo se ha de probar y demostrar la realidad fáctica, de ahí que se adopte esa gran libertad, esa gran amplitud en la admisión de la prueba.

No es posible "... que las partes puedan dar por hechos ciertos que no lo son, en eventual detrimento de la resolución administrativa que se dicte, que se va a fundar sobre hechos inexistentes, no parece acorde con lo que es el carácter de orden público de los procedimientos administrativos. Fijense que en el procedimiento judicial donde ya es criticado se explica la disposición, porque cada parte dispone de su propio interés.

Entonces puede sancionarse su negligencia en su propio perjuicio dando por hecho ciertos hechos que pueden no serlo. Con el mero hecho de que no compareció, pero eso no debe ser así sobre todo en derecho administrativo en que hemos citado como un principio general del mismo, la verdad real de los hechos que la administración deberá comprobar incluso contra la voluntad de las partes. Un interés público que juega en este tipo de procedimiento..." (Actas de la Asamblea sobre la L.G.A.P., N° 107, p. 6).

Es importante en cuanto a la prueba el alcance que debe tener su apreciación.

"... la apreciación de la prueba constituye también aspecto de legalidad del acto y como tal debe ser controlado"⁽¹³⁾

El artículo 298 inciso segundo nos dice la forma en que será apreciada la prueba "de conformidad con las reglas de la sana crítica", lo que significa que la prueba se apreciará de acuerdo a la lógica, la ciencia y la experiencia, siendo entonces una apreciación razonable, fundamentada, no facultándose para desconocer una prueba aportada de forma arbitraria o irracional. (Véase además el artículo 16 de la L.G.A.P.).

3) Principio de Participación de las Partes en el Procedimiento.

a) Las Partes en la L.G.A.P.

Los artículos 275 y siguientes se refieren a las partes en general dentro del procedimiento administrativo.

En relación con este artículo, podemos citar la opinión dada por el Lic. Ortiz en el Acta N° 106, página 8 de la L.G.A.P., que dice:

(13) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Op. cit.*, p. 426.

"Con esto introducimos una apertura sustancial respecto a lo que ha sido el concepto tradicional sostenido en Costa Rica, incluso por nuestros más altos tribunales de lo que debe ser una parte de un procedimiento. Estamos afirmando expresamente que no sólo está legitimado el que tenga un interés legítimo sino aquel que tenga un interés no económico, aunque sea solamente científico, religioso o de cualquier índole. De modo que si mañana hay un procedimiento en que se están discutiendo asuntos que ponen en cuestión interés moral de la persona o religioso, esa persona puede apersonarse en el procedimiento para hacer valer sus derechos y razones".

La ley sigue esencialmente el criterio de partes principales y partes accesorias. Partes principales la Administración y el Administrado que tenga un derecho subjetivo o interés legítimo afectado. Partes accesorias los coadyuvantes y el tercero adhesivo y el excluyente de dominio.

1. Coadyuvante.

Los artículos 276 a 279 se refieren al coadyuvante. Definiéndolo el primero como "todo aquel que esté directamente interesado en el acto final, o en su denegación o reforma, aunque su interés sea derivado, o no actual, en relación con el que es propio de las partes a la que coadyuva".

El Lic. Ortiz expuso que en este artículo 276 se está alegando un término más amplio del que encontramos en materia civil, sirviendo esta figura "para que cuando una parte no tenga un interés propio en el asunto, pero sí un interés indirecto porque lo afecta en las resultas del juicio, quiere intervenir, si quiere puede hacerlo... no tiene un interés directo, porque incluso el daño no es actual para ellos, es potencial..."⁽¹⁴⁾

Se consagra en el artículo 277 la coadyuvancia, tanto activa, como pasiva, mientras que la L.R.J.C.A. solamente se refiere a la pasiva, se pretendió que la coadyuvancia fuera tanto para el actor como para el demandado, independientemente del cual sea la posición procesal.

De acuerdo al art. 278 y las Actas de la L.G.A.P. el coadyuvante no puede pedir nada para sí ni puede cambiar la pretensión a la que coadyuva porque no es parte, pero sí puede, hacer todas las alegaciones de hecho y de derecho, y usar todos los recursos para reforzar los argumentos de la parte, siempre que sus actuaciones no vayan en perjuicio del coadyuvado.

2. Los terceros. Tercero excluyente y tercero adhesivo.

El artículo 280 de la L.G.A.P. introduce las figuras del tercero adhesivo y excluyente.

(14) Actas de la Asamblea Legislativa sobre la L.G.A.P., Comisión Permanente de Asuntos de Gobierno y Administración, N° 106, p. 9.

Como se establece en las Actas de la Asamblea sobre la L.G.A.P., en este artículo se tratan los procesos que tienen pluralidad de partes, y no de los coadyuvantes. Estamos en uno de los dos casos anteriores, cuando hay más de una persona que tiene un derecho o un interés propio directo en el juicio con posibilidad de participar como parte.

El tercero excluyente como el mismo artículo lo dice interviene para hacer valer un derecho o interés legítimo "contra" una o ambas partes.

"...es una figura excluyente y poco común. Pero es el equivalente de la intervención excluyente de dominio que hay en el Derecho Procesal y juicios en que hay embargos. Significa la posibilidad de que un procedimiento, en que se esté discutiendo con la administración un interés, puede haber un tercero que tenga un interés directo en esa materia y discrepar tanto del administrado que ya empezó a actuar, como de la Administración".⁽¹⁵⁾

Es así el tercero excluyente, una persona que prueba tener mejor derecho, que las partes principales, y hasta podría ser en una situación determinada con respecto a un coadyuvante, si prueba tener mejor derecho.

Esta figura, se remite al procedimiento civil. En realidad para definir al adhesivo y tercero excluyente, hay que recurrir al procedimiento civil y son casos muy particulares, en los cuales se actúa por un recurso, una actuación.

ii. El tercero adhesivo interviene para hacer valer un derecho o interés propio. Nótese que la ley dice concurrente con el de una parte.

Las partes de acuerdo a las normas procedimentales de la L.G.A.P., tienen derecho a participar, a intervenir en el desarrollo del procedimiento administrativo.

"...significa estar jurídicamente en el proceso... con la posibilidad de ejercer en él todos los derechos y atribuciones que la ley le otorga..."⁽¹⁶⁾

En este sentido, las partes deben tener "un leal conocimiento de las atribuciones administrativas, y sólo podrá decretarse el secreto del sumario total o parcialmente y por un término limitado, cuando por la índole de la investigación a realizarse o prueba a lograr así lo exijan".⁽¹⁷⁾

Veamos otros alcances en los artículos 272, 273 y 274 de la L. G. A. P. Se refieren al expediente y a sus piezas, al derecho que tienen las partes y sus representantes de examinar, leer, copiar cualquier parte del mismo, en cualquier fase del procedimiento, tal es lo estipulado en el artículo 272.

(15) Ibidem, p. 11.

(17) ALTAMIRA, Pedro Guillemto, *Curso de Derecho Administrativo*, DePalma, Buenos Aires, 1971, p. 911.

El artículo 273 establece los límites o excepciones para el ejercicio de ese derecho. Viniendo el artículo 274 a obligar a la Administración a motivar la decisión que niegue el acceso a una pieza del expediente, dando pie asimismo para que se presente contra esa decisión los recursos ordinarios de la ley.

Este principio que consagra el artículo 217, lo podemos encontrar ya dentro de las diversas clases de procedimientos que la ley señala, en los artículos 312 inciso 1 y 2 del procedimiento ordinario, y el artículo 324 del procedimiento sumario.

El primero porque se obliga a la Administración en la citación para la comparecencia, que se enumere brevemente toda la documentación pertinente que obre en su poder, previniendo igualmente a las partes para que presenten toda la prueba que posean si aún no lo han hecho y el segundo porque claramente expresa:

"...instruído el expediente se pondrá en conocimiento de los interesados, con el objeto de que... formulen conclusiones sucintas sobre los hechos alegados, la prueba producida y los fundamentos jurídicos en que apoyen sus pretensiones".

"La actividad de los particulares en el procedimiento administrativo es muy variada. En algunos supuestos puede actuar como causa del acto administrativo. En otros casos condicionan su eficacia. En otros casos lo integran como requisito formal a través de un procedimiento administrativo. El más importante de estos es la audiencia del interesado. El principio de la audiencia del interesado está admitido en forma universal, sobre todo en materia correctiva, disciplinaria..."(18)

Además es preciso agregar que "...la funcionalidad del trámite de audiencia es diferente y su contenido no se limita a asegurar la mera posibilidad de formular alegaciones, sino que va más allá en la medida en que pretende facilitar al interesado el conocimiento de la totalidad del expediente y permitirle consiguientemente realizar una defensa eficaz y completa de sus intereses en base a lo actuado en el procedimiento".(19)

Nos dice don Eduardo Ortiz:

"En general, es formalidad esencial la audiencia al particular en los procedimientos negativos, que conducen a privarlos de derechos, a limitar el ejercicio de estos, o a imponerles obligaciones. Tal derecho de audiencia, definido por Dyroff... como el de 'ser oído con ataque y defensa, y de oír lo que alegan los adversarios', es principio fundamental de un estado de derecho, está consagrado implícitamente en el artículo 41 de la Constitución Política, que exige de la justicia el darse 'cumplida y sin denegación', porque sería denegarla y darla a medias el mantener la

(18) DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Bibliografía Omebo, Editores Libreros, Buenos Aires, 1965, Tomo II, p. 238.

(19) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Op. cit.*, p. 427.

validez de un acto perjudicial dictado con parcialidad y sin oír la parte lesionada".(20)

Indica Gordillo que:

"El principio constitucional de la defensa en juicio en el debido proceso, es por supuesto aplicable en el procedimiento administrativo".(21)

Es preciso insistir en el alcance del derecho de defensa que establece el artículo 220 como participación de las partes en el procedimiento. En los artículos 293 inciso 2, 296 inciso 2, 298, 309 inciso 1 y 2, 311, 312, 317 inciso 1, 324 se insiste en el derecho de defensa.

Para la mayoría de la doctrina los elementos de la garantía de la defensa deben comprender:

1. Derecho a ser oído, lo que a su vez presupone:

- a) Un leal conocimiento de las actuaciones administrativas;
- b) Oportunidad de expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo, y desde luego también después;
- c) Consideración expresa de sus argumentos y de las cuestiones propuestas, en cuanto sean conducentes a la solución del caso;
- d) O de decidir expresamente las peticiones y como corolario de c);
- e) O de fundar las decisiones, analizando los puntos propuestos por las partes.

2. Derecho a ofrecer y producir las pruebas de descargo de que quiera valerse uno, lo que comprende:

- a) Derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida;
- b) Que la producción de la prueba sea efectuada antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión; y
- c) Derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la Administración, sea ella pericial o testimonial".(22)

Para finalizar con el tema de la participación de las partes en el procedimiento administrativo, debemos decir que las mismas tienen el derecho de recurrir contra los actos que consideran indebidamente tomados. Sea porque no se han cumplido al pie de la letra las normas procedimentales o porque consideren que su derecho o interés no ha sido debidamente valorado.

El artículo 342 establece que las partes pueden recurrir contra las resoluciones de mero trámite, o incidentales o finales, en los términos de esta ley por motivos de legalidad o de oportunidad.

(20) ORTIZ, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho, U. C. R., Tomo II, 1976, p. 3.

(21) GORDILLO, Agustín, *Op. cit.*, p. 37.

(22) Ebdem, pp. 40-41.

343 → Tipos de recursos en ordenados de...
El artículo 343 por su parte indica los tipos de recursos clasificándolos en ordinarios o extraordinarios. Estableciendo como ordinarios el de revocatoria y el de apelación y extraordinario el de revisión.

4) Principio de imparcialidad.

En el procedimiento administrativo, se da el fenómeno de que la Administración es juez y parte a la vez, pues siempre será quien tome las decisiones y es parte obligada de dicho procedimiento.

"... la Administración reúne en el procedimiento administrativo la doble condición de juez y parte, razón por la cual el principio de imparcialidad, característico del proceso, resulta relativizado en cierta medida".⁽²³⁾

Nuestra L.G.A.P. ha recogido la necesidad de que se dé esa imparcialidad y regula los institutos de la abstención y la recusación en los artículos 230 a 238.

El artículo 230 inciso 1 señala cuáles serán los motivos de abstención y establece que serán los mismos de impedimento y recusación que se encuentran en la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.) y además los que resulten del artículo 107 de la Ley de Administración Financiera de la República (L.A.F.R.).

El artículo 230 de la L.G.A.P. establece que los motivos de abstención se aplicarán al órgano director del procedimiento, al de alzada y a las demás autoridades o funcionarios que intervengan auxiliándolos o asesorándolos y además que cuando esos motivos concurren en un miembro de un órgano colegiado, ésta no se hará extensiva a los demás miembros salvo casos muy calificados en que ello sea necesario.

En el artículo 231 se establece que cuando se dé algún motivo de abstención, el funcionario pondrá razón de ello y lo enviará (el expediente) al superior de alzada quien decidirá el expediente. Si la acoge, el superior señalará a un funcionario sustituto de igual jerarquía que el inhibido y si no lo hubiese, conocerá del asunto el superior inmediato.

Si la abstención afecta al órgano de alzada, se procederá en igual forma que la señalada anteriormente, pero quien resolverá será el superior jerárquico respectivo y si no lo hubiere, el Presidente de la República.

Sobre lo anterior señala el Lic. Ortiz en las Actas de la Asamblea, específicamente en la N° 105 que "... tiene por objeto obligar a la administración a ejecutar los actos administrativos en favor de los particulares. Que a menudo no ejecuta" (página 8).

Si el motivo de abstención concurre en el Presidente de la República, éste se excusará y conocerá del asunto el Primer Vicepresidente, en su caso, el segundo; en las Actas se menciona el hecho de que tiene que ser así para que sea una norma y no la voluntad del Presidente, la que decida a cuál Vicepresidente se debará llamar a conocer del asunto.

(23) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Op. cit.*, p. 234.

MOPT a entere → No hay impere enciata...
En lo referente a los colegiados, estableciéndose que cuando algún miembro se abstenga, esta abstención será resuelta por los miembros restantes si forman quórum, o si no por el superior del órgano o, en su defecto, por el Presidente de la República, y en caso de que se declare con lugar, el mismo órgano colegiado, integrado con suplentes, conocerá del asunto.

Quando hubiere motivo de abstención, la parte perjudicada podrá recusar al funcionario. La recusación la deberá plantear por escrito y con las pruebas pertinentes y el funcionario recusado decidirá si se abstiene o si considera infundada la recusación, caso en el cual enviará el expediente al superior. El superior u órgano llamado a resolver podrá ordenar todas las pruebas que considere necesarias para tomar su decisión.

Un punto interesante es que, en el inciso 5 de ese artículo 236 se establece que no procederá recusación del Presidente de la República. El fundamento de ello lo encontramos en las Actas, en las que el Lic. Ortiz dice que:

"Lo que ocurre es que cuando el Presidente tacha un impedimento, se supone que como el líder moral que es de la Nación, podemos contar con que va a responder en su calidad y de entereza moral y va a delegar el asunto en otro. Pero es muy vergonzoso para el país que resulte un Presidente tachado porque se está metiendo en el negocio un hermano. Se supone que el Presidente le va a hacer el lado de objeción aunque no se lo haga. Exponer al Presidente a una tacha parece algo vergonzoso". (Acta N° 105, Comisión Permanente de Asuntos de Gobierno y Administración, página 9).

En este punto podemos decir que ello puede servir para que eventualmente se rompa con el principio de imparcialidad, pues aunque se suponga que el Presidente, por su entereza moral, va a delegar el asunto en otro, ¿podemos estar siempre seguros de esa entereza moral?

Por último, en el artículo 237 se establece que la actuación de un funcionario en el que concurren motivos de abstención, implicará la invalidez de los actos en que haya intervenido y además dará lugar a responsabilidad.

Recuérdese que existirá una nulidad absoluta de los actos en que haya intervenido un funcionario cuyos motivos de abstención sean los señalados en el artículo 199 de la L.O.P.J. o los que derivan del artículo 102 (según nosotros del artículo 107) de la L.A.F.R., y una nulidad relativa en los demás casos.

La imparcialidad llega a ser de gran importancia si se toma en cuenta que puede referirse no sólo a que el funcionario tenga interés en el asunto. Nos referimos a que el alcance puede llegar a ser más sutil. Recordemos el artículo 113 de la L.G.A.P. en el cual al funcionario se le obliga a actuar de manera que satisfaga el interés público. Lo anterior, pues en algunas ocasiones el interés del funcionario puede no ser directo. ¿De qué forma? Se trata de los casos en que el funcionario busca satisfacer

o buscar la manera de que sea el interés de la Administración el que prevalezca. Este interés no en todos los casos se identifica con el interés público.

Podría un funcionario o un grupo de funcionarios estar interesados en que un procedimiento administrativo lleve a un acto administrativo que pretenda esencialmente satisfacer el interés de la Administración y no el interés público? Es posible por lo tanto, recusar a uno de estos funcionarios.

5) Principio de publicidad del procedimiento.

El principio de publicidad en el procedimiento administrativo está garantizado constitucionalmente en nuestro país, aunque no de una manera expresa. Nuestra Constitución Política establece en su Título IV "Derechos y Garantías Individuales", artículo 30:

"Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado".

Nuestra jurisprudencia ha delimitado en algunos casos el alcance de este principio:

"La medida de orden acordada por el Director General de Tránsito impidiendo la entrada de toda persona al propio recinto donde se guardan los documentos del Registro de la Propiedad de Vehículos, con el fin de evitar congestionamientos pero nunca para negar que se consultara en él, no violenta la garantía que consagra el artículo 30 constitucional, pues el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público, no significa el acceso material o físico de la persona directamente a las dependencias y documentaciones de las oficinas administrativas, sino el derecho a obtener información sobre cualquier dato que se requiere de interés público".⁽²⁴⁾

Veamos como la doctrina ha entendido los alcances del anterior principio:

"El procedimiento administrativo sigue debatiéndose, pues, entre la publicidad y el secreto, con clara ventaja para este último a cuyo favor juegan tanto el deseo de los administradores de asegurarse una libertad de movimientos de la que en otro caso carecerían, como la inercia de la tradición, y, por supuesto la preponderancia prácticamente total de la forma escrita".⁽²⁵⁾

Nuestro sistema procesal administrativo aventaja a otros sistemas, entre ellos el español, en varios aspectos que veremos infra.

(24) 1962, Alfaro Fernández vs. Director General de Tránsito, Juzgado Primero Penal de San José, 9 horas de 14 de mayo confirmada por la Sala Segunda Penal, 16:40 horas de 22 de mayo.

(25) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Op. cit.*, p. 406.

Para algunos otros es preciso que se tome en cuenta que: "...no hay que confundir la publicidad de la función con la publicidad de la estructura del proceso. La participación del público en el proceso no es un modo de ser de su estructura imprescindible para el cumplimiento de su función. Es solamente un medio como otro cualquiera, del cual se puede y debe discutir la conveniencia a la luz de las ventajas y los perjuicios que puedan seguirse de él".⁽²⁶⁾

Por lo tanto en la publicidad en el procedimiento administrativo deben sopesarse los pro y los contra ya que es cuestión de conveniencia la utilidad de la participación del público como medio para garantizar la eficiencia del procedimiento. No debemos entender el derecho de acceso que tiene todo ciudadano a los departamentos administrativos como:

"Un derecho del ciudadano a meter personalmente la nariz en cada uno de los procesos a ser informado del desarrollo de él, a manifestar su opinión acerca de él, no existe".⁽²⁷⁾

a) El principio de publicidad en la L.G.A.P.

El principio de publicidad no tiene una formulación expresa en la L.G.A.P., como sí sucede respecto de otros principios. Consideramos que las proyecciones más importantes de este principio son las siguientes:

1. El principio de publicidad en el procedimiento administrativo como derecho de acceso al expediente y sus piezas.

Este derecho de acceso está regulado específicamente en los artículos 271, 272, 273 y 274 de la L.G.A.P.

i. El artículo 217 inciso 1) establece que:

"Las partes tendrán derecho a conocer el expediente con las limitaciones de esta ley y a alegar sobre lo actuado para hacer valer sus derechos o intereses, antes de la decisión final, de conformidad con la ley".

Del estudio de este artículo tenemos que:

Se trata de una publicidad restringida pues se limita el derecho de conocer el expediente a "las partes", entendiéndose por estas, según lo expresa el artículo 272: las partes, sus representantes y cualquier abogado.

ii. Este derecho de acceso al expediente y sus piezas, garantizado por el artículo 272, constituye "un derecho a examinar, leer y copiar cualquier pieza del expediente, así como a pedir certificación de la misma". Sin embargo, este derecho se encuentra limitado en el artículo 273 inciso 1), pues no hay acceso a las piezas del expediente, en los siguientes casos

(26) CARNELUTTI, Francisco, *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 128.

(27) *Ibidem*, p. 129.

1) Cuando por el examen de dichas piezas, se corra el peligro de comprometer secretos de Estado, de conformidad con el artículo 30 de la Constitución Política ya analizado.

2) Cuando se corra el peligro de comprometer información confidencial de la contraparte.

3) Cuando el examen de las piezas confiera a la parte un privilegio indebido.

4) Cuando el examen de las piezas confiera a la parte una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente.

Pareciera un mal necesario el que se limite el derecho de acceso al expediente y piezas en los casos previstos por la ley, pues no estaría bien que ejercitando un derecho se le causara perjuicio o indefensión a la contraparte o a terceros. Al respecto don Eduardo Ortiz en las Actas de la Asamblea Legislativa de la L.G.A.P. establece:

"En realidad la norma constitucional ha sido más o menos interpretada por los tribunales penales por juicios de amparo en el sentido de que hay ciertas piezas confidenciales en un expediente. En los trámites de obtención de contratos industriales, la ley exige presentar un informe con todo el detalle técnico y financiero del proyecto industrial que se plantea. Naturalmente que si el opositor que es el actual o potencial competidor conociera eso adquiriría un elemento de juicio importante para liquidar al competidor en el futuro. Estas piezas son confidenciales. Además, sería hasta cierto punto una forma de darle al competidor una ventaja para competir deslealmente poniendo en conocimiento de él, datos que son secretos. Hay ciertas piezas que elementalmente tienen que ser confidenciales. Por otra parte, hay otros que son secretos de Estado y otros en que finalmente resultan por su propia naturaleza imposible. Por ejemplo, un informe que se dé a un órgano consultivo para que éste rinda su dictamen no debe ser conocido por las partes antes de que el órgano consultivo lo rinda, porque se presta para que haya presiones con el órgano consultivo... Igualmente los dictámenes antes de que hayan sido rendidos el voto en que consiste el dictamen no debería haberse conocido porque se presta para maniobras. Es más se presta para que las partes aleguen derechos adquiridos con base en el voto que todavía no ha sido redactado. Cuando en realidad se trata de documentos internos que no deberían estar al alcance del administrado. Porque la Administración debe tener la libre facultad de formar su criterio en forma plena, libre antes de que se dicte la decisión final" (Acta N° 106, Comisión Permanente de Asuntos de Gobierno y Administración, p. 7). (Ver artículo 277 L.G.A.P.).

iii. En todo caso, como garantía para las partes, sus representantes y abogados, se establece que la decisión que niegue el conocimiento y acceso a una lieza deberá ser suficientemente motivada y contra dicha resolución caben los recursos que establece la L.G.A.P. Entran aquí los artículos 133 y 134.

Desde el inicio del procedimiento, a partir del momento en que las partes son citadas a la comparecencia oral y privada con la Administración, tienen el derecho de acceso al expediente y piezas y así poder ejercer en mejor forma su derecho de defensa. La citación a la comparecencia oral se debe hacer con 15 días de anticipación, según lo expresa el artículo 311. Incluso el artículo 312 nos aclara más el alcance de este derecho pues establece que la Administración en la citación deberá enumerar brevemente toda la documentación pertinente que obre en su poder y además indicar la oficina en la que podrá ser consultada y debe ponerla a disposición de los citados y de las partes.

La audiencia es garantía esencial sin la cual no puede existir verdadero procedimiento en sentido propio, pues se encuentra en íntima relación con el derecho de defensa que tiene la parte porque contribuye a que en ningún caso se produzca indefensión.

Las manifestaciones que encontramos en la L.G.A.P. sobre el principio de publicidad en el trámite de audiencia son las siguientes:

i. Artículo 218: establece que las "partes tienen derecho a una audiencia oral y privada con la Administración en la cual se ofrecerá y recibirá en lo posible toda la prueba..." En el mismo sentido, el artículo 309 inciso 1) establece que el procedimiento ordinario se tramitará también mediante dicha comparecencia oral y privada.

Ambos artículos se refieren a una comparecencia oral y privada, por lo que nos cuestionamos dónde queda el principio de publicidad? Para entender el sentido de la frase comparecencia oral y privada, debemos remitirnos al artículo 310 que establece quiénes pueden asistir a la comparecencia con la Administración y que expresa "sólo las partes y sus representantes y abogados podrán comparecer al acto, fuera de la Administración, pero ésta podrá permitir la presencia de estudiantes, profesores, científicos, quienes asistirán obligados por el secreto profesional". Vemos así, que la publicidad de la comparecencia o audiencia queda limitada a quienes están interesados en ella, sea por parte o representantes de las partes, abogados y a otros cuyo interés personal o propio, pero que quedan obligados por el secreto profesional, en caso de que asistan e incluso la Administración puede citar a otras personas.

En las Actas quedó claro que "...como el acto administrativo a la inversa de la sentencia judicial tiene efecto frente a todo el mundo, nosotros estamos poniendo a todo el mundo frente al mundo, a colaborar en el desarrollo del procedimiento administrativo, inclusive si es un tercero. Por ejemplo, resulta que un documento necesario para probar un hecho en la administración estaba a nombre de un tercero, la Administración puede ordenarle que lo presente. A un tercero. ¿Por qué? Porque el acto administrativo va a surtir efecto frente a él y frente a todo el mundo. No es lo mismo que la sentencia que va a surtir efecto frente a las partes" (Eduardo Ortiz, Actas de la Asamblea, Acta N° 107, artículo 309).

2. El principio de publicidad en el procedimiento administrativo en relación a la comunicación de los actos de procedimiento.

140 Partiendo del principio general establecido en el artículo 140, de que el acto administrativo produce sus efectos después de comunicado al administrado, excepto si se concede únicamente derechos, tenemos que "todo acto de procedimiento que afecte derechos o intereses de las partes o de un tercero, deberá ser debidamente comunicado al afectado, de conformidad con esta ley", nos dice el artículo 239 de la L.G.A.P.

La publicidad tiene íntima relación con los actos del procedimiento, pues estos sólo producen sus efectos una vez que han sido comunicados y desde este punto de vista también tiene relación íntima con el recurso pues:

"Dado que el acto sólo produce sus efectos jurídicos, una vez que ha sido dado a publicidad, esta se transforma en presupuesto lógico del recurso".⁽²⁸⁾

Vemos así que la publicidad en cuanto a los actos de procedimiento juega un papel muy importante:

i. Comunicación de los actos de procedimiento.

Los actos dentro del procedimiento administrativo deben ser debidamente comunicados, cuando afectan derechos e intereses. Al respecto se siguen dos reglas:

1.—Cuando se trata de actos generales la regla de la comunicación es la "publicidad" (artículo 240 inciso 1). En cuanto a la publicación se establece:

- a) La publicación no puede normalmente suplir la notificación (artículo 241 inciso 1).
- b) Cuando por culpa del interesado se ignore o esté equivocado el lugar para notificaciones, se le comunicará por publicación y dicha comunicación se tendrá por hecha cinco días después de ésta (artículo 241 inciso 2).
- c) Igual regla se aplica para la primera notificación en el procedimiento cuando no consta en el expediente ningún lugar para notificación, o no se sabe. Si no consta, pero cualquiera de las partes o la Administración indica un lugar, se le notificará (artículo 241 inciso 3).

2.—Cuando se trata de actos concretos, la regla de la comunicación es la "notificación".

En cuanto a la notificación se establece:

- a) Cuando un acto general afecte en particular a una persona y su lugar para notificaciones está señalado en el expediente o sea conocido

(28) GORDILLO, Agustín, *Op. cit.*, p. 141.

por la Administración, el acto deberá serle también notificado (artículo 240 inciso 2).

- b) La notificación puede hacerse por varios medios: personalmente, telegrama, carta certificada o residencia, lugar de trabajo y dirección del interesado, si no se hubiere señalado lugar para notificaciones y constan en el expediente o por indicación de la Administración o de cualquiera de las partes (artículo 243 inciso 1).
- c) Cuando se trate de varias partes o destinatarios del acto se comunicará a todos exceptuando el caso en que actúen bajo una misma representación o si han designado a un solo domicilio para notificaciones (artículo 244 inciso 1).
- d) Por último se establece en el artículo 247 la nulidad de la comunicación hecha por un medio inadecuado. Y la defectuosa u omisa será relativamente nula.

Por tener una relación con el principio véase los artículos 245, 342, 344-1, 345-1 y el 334 para el acto final.

BIBLIOGRAFIA

- ACTAS de discusión en subcomisión del Proyecto de L.G.A.P., Asamblea Legislativa, 1970.
- ALTAMIRA, Guillermo, *Curso de Derecho Administrativo*, DePalma, Buenos Aires, 1971.
- ANTILLON, Walter, *Organización Judicial y función jurisdiccional*, Revista de la Contraloría General de la República, San José, Año IV, N° 10, 1970.
- BONNIER, Eduardo, *De las pruebas en el Derecho Civil y en el Derecho Penal*, 5ª edición, Reus, Madrid, 1978.
- BRUGUER, Juan, *Diccionario Enciclopédico Bruguer*, Tomo III, Juan Bruguer Editor, Barcelona, 1970.
- CALAMANDREI, Piero, *Estudios sobre el Proceso Civil*, Omeba, Buenos Aires, 1961.
- CASTILLO BARRANTES, J. Enrique, *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal*, Colegio de Abogados, San José, 1977.
- CLARIA OLMEDO, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ediar, Argentina, 1960.
- COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II y III, DePalma, Buenos Aires, 1979.
- CUENCA, Humberto, *El Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 2ª edición, Ediciones de la Biblioteca, Caracas, 1969.
- DROMI, José Roberto, *Instituciones de Derecho Administrativo*, DePalma, Buenos Aires, 1973.

ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, De Palma, Buenos Aires, 1973.

FIORINI, Eugenio, *Derecho Procesal Penal*, Bosch, Barcelona, 1934.

FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 4ª edición, Porrúa, México, 1948.

GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I y II, Cívitas, Madrid, 1977.

GARCIA-TREVIJANO, Fos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 2ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Comentarios a la ley de Procedimiento Administrativo*, Cívitas, Madrid, 1977.

LA OFERTA EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA PUBLICA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Catedrático de la Universidad de Costa Rica

Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Profesor de Derecho Administrativo