

ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS: PERSPECTIVAS, PROBLEMAS Y VENTAJAS

Ernesto JINESTA LOBO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Oralidad en los procedimientos administrativos*. III. *La oralidad: Conjunto de principios*. IV. *Los poderes del órgano administrativo en un procedimiento administrativo oral*. V. *Oralidad en los procedimientos constitutivos*. VI. *Oralidad en la fase recursiva*. VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Los procedimientos administrativos suelen ser lentos, fragmentados y barrocos, razón por la cual se debe pensar en la introducción de algunas instituciones para imprimirles mayor celeridad y agilidad. Dentro de tales institutos figura la oralidad con todos los principios que supone como la inmediatez, la concentración, la publicidad y la celeridad.

* www.ernestojinesta.com Catedrático de derecho administrativo Universidad Escuela Libre de Derecho (UELDE). Profesor y director del programa de doctorado en derecho administrativo UELDE. Doctor en derecho administrativo por la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en derecho constitucional y ciencia política por el Centro de Estudios Constitucionales Madrid.

ERNESTO JINESTA LOBO

Cuestión fundamental por despejar es si la oralidad debe operar en todo procedimiento administrativo, sea tanto en el constitutivo destinado a formar la declaración administrativa de voluntad, juicio o conocimiento, como durante la fase de impugnación o de los recursos administrativos.¹ De igual manera, se debe elucidar si la oralidad debe regir de manera plena o si es preciso que algunos actos de las partes, por razones de seguridad jurídica, sean escritos para asegurar su fijación. Asimismo, surge la disyuntiva de si la oralidad en el procedimiento administrativo debe ser un trámite facultativo –quedando a discreción del órgano administrativo o del propio administrado que gestiona su observancia- o preceptivo.

En la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos el procedimiento administrativo suele ser, predominantemente, escrito, tanto que, como uno de los principios generales de éste se predica la “escrituradad”.² El carácter escrito de los procedimientos

¹ Según una distinción elemental, el procedimiento administrativo constitutivo está dirigido a preparar, elaborar o formar la declaración administrativa de voluntad, juicio o conocimiento, su denominación deriva del propósito de crear y manifestar la declaración administrativa pertinente a través del dictado de un acto administrativo final. El procedimiento de revisión o de impugnación es de control o fiscalización de la declaración de voluntad, juicio o conocimiento de la administración y se traduce, materialmente, en los recursos administrativos ordinarios. Ver Jinesta Lobo, Ernesto, *Tratado de derecho administrativo. Tomo III, Procedimiento Administrativo*, San José, IUSconsultec S.A. y Editorial Jurídica Continental, 2007, p. 57.

² Un ejemplo dramático, pese a su regulación relativamente reciente –por la Ley General de Aduanas No. 7557 de 20 de octubre de 1995-, es el procedimiento aduanero en el cual, a tenor del artículo 196, inciso c), se prevé una audiencia oral y privada, lamentablemente, no para evacuar la prueba sino, únicamente, para que las partes emitan sus conclusiones finales. Asimismo en este instrumento legislativo, pese a la creación de un Tribunal Aduanero Nacional (artículo 205), con competencias exclusivas e

ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS...

administrativos constitutivos no es una opción injustificada, sino que obedece a la estructura piramidal y jerárquica de la organización administrativa, donde el órgano decisor, usualmente, no tiene tiempo para ocuparse de la tramitación del procedimiento, por el volumen y nivel de sus competencias y responsabilidades, adicionalmente, debe tomarse en consideración que los órganos administrativos cumplen una función administrativa activa, consultiva o de fiscalización, no siendo su vocación primordial la de resolver conflictos de interés, como si resulta predicable de los órganos jurisdiccionales. Consecuentemente, las bondades que se pueden predicar de los procesos orales en el ámbito jurisdiccional (inmediación, concentración, celeridad, identidad física del órgano que resuelve) no son aplicables al procedimiento administrativo, por cuanto, el órgano decisor, normalmente, no tiene contacto con las fuentes de prueba.³ La acreditación de este aserto resulta de constatar que, también, uno de los principios, por excelencia, de los procedimientos administrativos lo suele ser el de la mediación,⁴ de modo que, por la falta de tiempo y disponibilidad del órgano decisor, la instrucción del procedimiento suele ser delegada en un “órgano instructor” denominado por nuestra Ley General de la Administración Pública (LGAP) de 1978 como “órgano director” del proce-

independencia funcional, para que conozca y resuelva la apelación contra los actos dictados por los órganos que integran el Sistema Nacional de Aduanas, se desaprovechó la oportunidad de introducir la oralidad, por lo menos, en la fase recursiva.

³ Jinesta Lobo, Ernesto, *Tratado de...*, ob. cit., nota 1, pp. 130-131.

⁴ *Ibidem*, pp. 132-133

ERNESTO JINESTA LOBO

dimiento.⁵ Empero, nada obsta para implantar una “oralidad imperfecta o disminuida” aún en los procedimientos administrativos constitutivos mediante una o varias audiencias. Decimos “oralidad imperfecta”, por cuanto, como veremos infra, en la gran mayoría de los procedimientos constitutivos no rigen algunos principios inherentes a la oralidad como la inmediación y la identidad física entre el órgano que se relaciona con las partes interesadas y participa de la producción de la prueba y que es el que decide.

La moderna y clara tendencia de crear “tribunales administrativos” especializados y con competencias exclusivas incardinados en la organización administrativa, con una función materialmente administrativa de resolver denuncias –procedimientos constitutivos- o de conocer la apelación administrativa –procedimiento administrativo de impugnación-, ha supuesto un replanteamiento de la “oralidad imperfecta o disminuida” que suele regir en la sede administrativa. A tales “tribunales administrativos”, además de la competencia técnica exclusiva dicha, se les dota de un grado importante de objetividad e imparcialidad, al organizarse como órganos desconcentrados en grado máximo -apartados de los criterios políticos- con personalidad jurídica instrumental y posibilidad de agotar la vía administrativa. También presentan la ventaja de constituirse como órganos colegiados, plurimembres o democráticos que refuerza las posibilidades de acierto al resolver definitivamente un asunto. Estos “tribunales administrativos” especializados no enfrentan el problema de los órganos administrativos decisores ordinarios que deben asumir, diariamente, sus competencias

⁵ Sobre las diferencias entre el órgano decisor y el órgano director o instructor ver Jinesta Lobo, Ernesto, *Tratado de...*, ob. cit., nota 1, pp. 196-212.

ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS...

activas normales y, al propio tiempo, resolver en la sede gubernativa, con lo que se frustra la intermediación objetiva y subjetiva y la identidad del órgano que participa de la evacuación y producción de la prueba y el que decide. Estos “tribunales administrativos”, por su competencia administrativa técnica y especializada, permiten realizar una oralidad plena o perfecta en la que rigen, también, los principios de la intermediación e identidad física del órgano instructor y decisor.

La creación de los “tribunales administrativos” especializados ha abierto la posibilidad relativa de implantar una oralidad perfecta y plena en los procedimientos administrativos para acelerarlos, simplificarlos y transparentarlos. Esta tendencia, se ha empezado a notar en Costa Rica, a partir de la década de los noventas del siglo pasado con la creación de algunos tribunales administrativos especializados expresamente sujetos, en sus procedimientos, al principio de la oralidad, tales como el Tribunal Ambiental Administrativo (creado por la Ley Orgánica del Ambiente No. 7554 de 4 de octubre de 1995) y el Tribunal Administrativo de Transportes (concebido mediante la Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos Modalidad Taxi No. 7969 de 22 de diciembre de 1999).

Esta contribución pretende demostrar que la oralidad –aún imperfecta o debilitada–, es posible introducirla en los procedimientos administrativos con el propósito de acelerarlos, agilizarlos y hacer más transparente la gestión administrativa. Para tal efecto, se debe reparar en los avances de la oralidad en materia jurisdiccional, evitando caer en la nefasta tendencia de judicializar los procedimientos administrativos, así como los intentos por implantarla en

ERNESTO JINESTA LOBO

los procedimientos administrativos constitutivos y de impugnación.

II. ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

1. *Oralidad: Idea símbolo*

En el derecho procesal común, como lo ha indicado Cappelletti, la oralidad constituye una idea símbolo en los dos últimos siglos para impulsar una serie de movimientos de crítica y reforma de los procesos jurisdiccionales en los sistemas romano-canónicos, emprendidos después de la Revolución Francesa y del movimiento codificador.⁶

Esta idea, elevada a principio procedimental, obviamente, hoy se proyecta con plena intensidad al ámbito del procedimiento administrativo que, tradicionalmente, ha mostrado un carácter predominantemente escrito, fragmentado y disperso que lo prolonga en el tiempo de manera indebida e injustificada, todo en perjuicio del administrado que busca dirimir un conflicto con la propia administración pública en un plazo razonable.

Los procedimientos administrativos absolutamente escritos presentan una serie de inconvenientes tales como los siguientes: a) Lo que no consta en el expediente administrativo no existe en el mundo (inadmisibilidad e invalidez absoluta de los elementos orales *quod non est in actis no est de hoc mundo*); b) ausencia de inmediatez, tanto en el procedimiento administrativo constitutivo –en el que, tradicionalmente, existe un órgano instructor y otro decisor- y

⁶ Ver Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, EJE, 1972, pp. 32-34.

ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS...

durante la fase de impugnación, sea de resolución y conocimiento de los recursos administrativos ordinarios y c) ausencia de concentración, puesto que, el procedimiento está constituido por una serie de etapas y fases concatenadas y prolongadas además de estar llenas de vicisitudes y eventualidades, esto es, un procedimiento administrativo difuso, disperso o desconcentrado que propicia los procedimientos anómalos y abusivos por su naturaleza laberíntica o la mala fe de alguna de las partes que intervienen.

La oralidad –aún la imperfecta- en los procedimientos administrativos, por su parte, supone una serie de ventajas tangibles tales como la celeridad, simplicidad, economía procedimental, concentración y publicidad. Al suprimir las barreras de papel entre el administrado y el órgano encargado de resolver, se produce una mayor humanización del procedimiento administrativo y un acercamiento del administrado con el aparato público al tener una comunicación más expedita y libre con quienes tienen la responsabilidad de resolver sus pedimentos.

2. Procedimientos administrativos predominantemente mixtos

En la doctrina del derecho procesal común, la oralidad y la escritura asumen una posición antagónica, puesto que, la primera es representación de lo moderno y contemporáneo, en tanto la segunda encarna lo vetusto y desfasado.⁷ Esta lucha dialéctica –comunicación procedimental entre ausentes o presentes- también se reproduce en el terreno del procedimiento administrativo, sin embargo, resulta ponde-

⁷ Ver Calamandrei, Piero, *Oralità nel processo. Opere Giuridiche*, Napoli, Morano Editore, Volume Primo, 1965, p. 450.

ERNESTO JINESTA LOBO

rado sostener que no puede existir un procedimiento administrativo puro, sea, eminentemente escrito u oral. Lo recomendable es buscar un término medio, es decir, una coexistencia o complementación armónica del elemento escrito y del oral que desemboque en un procedimiento mixto. Resulta difícil imaginar un procedimiento administrativo estrictamente oral que no admita la existencia de actos escritos, dado que, la escritura constituye un modo de expresión, conservación y fijación del pensamiento muy utilizado modernamente. De lo que se trata, más bien, es de otorgarle al elemento escrito el sitio real que le debe corresponder en el procedimiento.

El procedimiento administrativo puede ser escrito en su fase inicial, introductoria o preparatoria y oral en la etapa de sustanciación, por lo que el problema radica en la coordinación de sendos elementos y no en la exclusión radical de uno de estos.

Ambos factores tienen sus virtudes, así el escrito, ocasionalmente, ofrece precisión, preparación y reflexión. No obstante, también, ofrece graves desventajas, puesto que, los escritos extensos, desordenados y redundantes contribuyen a complicarle a las partes y al órgano administrativo el entendimiento de cuestiones básicas y elementales, así como a prolongar, innecesariamente, la resolución final.

Por su parte el elemento oral brinda las ventajas de la elocuencia muda del cuerpo (gestos, ademanes, muecas y actitudes corporales) y de la palabra viva, persuasiva y simple, que le permiten al órgano administrativo determinar los puntos medulares objeto de la discusión. Desde esta perspectiva, se deben combinar y coordinar sendos elementos, utilizando la escritura para los actos que requieren de precisión, conservación y seriedad (verbigracia petición inicial en la que se fija la *causa petendi*, sea los

ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS...

hechos y el derecho y el *petitium* o pretensión) durante una fase inicial y la oralidad para aquellos donde la espontaneidad, inmediación y simplicidad son relevantes. Obviamente, la escritura también cumple un rol fundamental al documentar o registrar los aspectos relevantes de los debates ocurridos en las audiencias, sobre todo para una instancia posterior, a través de las actas que se levantan al efecto contentivas de las preguntas dirigidas a las fuentes de prueba y sus respuestas, las aclaraciones, rectificaciones y modificaciones formuladas por las partes, las resoluciones dictadas por el órgano administrativo encargado, etc. Tratándose de la recepción de prueba, la oralidad cumple un papel fundamental.

III. LA ORALIDAD: CONJUNTO DE PRINCIPIOS⁸

Tanto Chiovenda como Calamandrei manifestaron en la primera mitad del siglo pasado, respecto del derecho procesal común, que la oralidad, en su correcta acepción jurídica, recoge sintéticamente un conjunto de principios inseparables, a los que haremos referencia de seguido.

1. *Inmediación*

La inmediación es la relación o comunicación inmediata y directa que se establece, en virtud de la

⁸ Jinesta Lobo, Ernesto, "La oralidad en el proceso contencioso-administrativo", en *Revista Iustitia*, año 13, Nos. 155-156, noviembre-diciembre 1999, p. 26; así como "La oralidad en el nuevo proceso contencioso administrativo (Costa Rica)", en *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2009, pp. 335-336.

ERNESTO JINESTA LOBO

oralidad, entre el órgano administrativo y los restantes sujetos del procedimiento –presencia contextual-, los hechos y los medios de prueba.

La inmediatez objetiva hace referencia a que la deliberación debe ser iniciada de manera inmediata al término del juicio oral –momento procedimental en el que el órgano encargado de decidir ha tenido contacto directo con los sujetos que intervienen en el procedimiento y el material probatorio- y se debe procurar dictar, también, inmediatamente, la resolución administrativa definitiva.

En la gran mayoría de los procedimientos administrativos constitutivos incoados –de oficio o a instancia de parte- para conformar la declaración administrativa de voluntad, juicio o conocimiento, el tema de la inmediatez, aunque exista una audiencia, queda seriamente comprometido, por cuanto, el órgano decisor no puede –por sus responsabilidades y competencias de administración activa- participar en la producción y evacuación de la prueba. De modo que, en los procedimientos administrativos de carácter constitutivo es poco probable lograr una inmediatez subjetiva entre el órgano que participa de la evacuación y producción de la prueba –cuando se prevé una audiencia oral- y el que decide. Como veremos infra, esta oralidad plena, solo se logra cuando un órgano administrativo especializado, llamado “tribunal administrativo” conoce y resuelve, enteramente, y en única instancia un procedimiento constitutivo. En materia jurisdiccional se llama a este aspecto subjetivo de la inmediatez la “identidad física del juez”, siendo que en los procedimientos administrativos constitutivos es, prácticamente, imposible, que exista una identidad física entre el órgano que recibe y evacúa la prueba y el que decide.

ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS...

2. *Concentración*

La concentración y la continuidad son principios inherentes a la oralidad, puesto que, representan lo contrario de la fragmentación y la discontinuidad consustancial a lo escrito. Significa que la causa se debe sustanciar en un periodo único que incluya el menor número posible de audiencias sucesivas y, especialmente, el dictado de la resolución final o definitiva después de la clausura de la audiencia. La concentración produce, necesariamente, una aceleración de los procedimientos administrativos, con lo cual este principio encuentra fundamento en el derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida que se ha proyectado, también, a la sede administrativa con lo que se ha denominado derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido o dentro de un plazo razonable (artículo 41 constitucional y 8, párrafo 1º, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

La concentración supone una o varias audiencias consecutivas para evitar que se olvide lo debatido y que todas las cuestiones previas e incidentales se concentren en la vista, sin provocar procedimientos independientes.

3. *Publicidad*

La publicidad y la transparencia deben ser la regla tratándose de la función administrativa y de cualquiera de sus manifestaciones, como la actividad formal que precisa de un procedimiento administrativo previo. De modo que la audiencia oral en los procedimientos administrativos constitutivos y en los de

ERNESTO JINESTA LOBO

impugnación –recursos– debería ser, *de iure condendo*, abierta al público, con lo que se logra un control ciudadano y una mayor legitimación de los actos administrativos que, finalmente, se adopten.⁹

La publicidad, supone que las partes interesadas deben estar informadas de lo que se debate en el procedimiento y de lo resuelto por los órganos administrativos, adicionalmente, que los terceros, a través de su presencia o por los medios de comunicación colectiva, se informen de lo que acontece en el procedimiento administrativo y de sus resultados.

Esta publicidad de la audiencia en los procedimientos administrativos constitutivos o de la que se verifique durante la sustanciación de un recurso administrativo, debe ser matizada –convirtiéndose en excepción– cuando se encuentren de por medio los límites intrínsecos y extrínsecos generalmente aceptados del derecho de acceso a la información administrativa, tales como que el objeto verse sobre un secreto de Estado, esté de por medio la intimidad personal o familiar, la presunción de la inocencia –muy común en procedimientos disciplinarios o sancionatorios–, el secreto bancario o industrial, etc.¹⁰

4. *Celeridad, sencillez y economía*

Las declaraciones escritas, entre personas lejanas, están separadas por intervalos que permiten la respuesta correspondiente, mientras que, entre los presentes, que hablan e interactúan, la respuesta sigue a la pregunta. La audiencia oral es contextual

⁹ Jinesta Lobo, Ernesto, *Transparencia administrativa y Derecho de acceso a la información administrativa*, San José, Editorial Juricentro, 2006, pp. 19-46.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 181-243.

ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS...

y no admite interrupciones o reenvíos. A diferencia, los procedimientos administrativos exclusivamente escritos son dispersos y desconcentrados, se fraccionan en una serie de fases o episodios, con la posibilidad de impugnar separadamente las resoluciones interlocutorias.

IV. LOS PODERES DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ORAL

En un procedimiento administrativo con oralidad perfecta o imperfecta –sea en la fase constitutiva o de impugnación– el órgano debe tener poderes directivos, ordenadores y sancionadores, que le permitan desarrollar un papel protagónico y activo en la relación procedimental, provisto de la autoridad necesaria para ejercer su función, debe dirigir y conducir la audiencia conveniente y ágilmente para la toma de una resolución acertada.

En la recepción de la prueba debe tener ciertas características específicas que le permitan conversar e interactuar, directamente, con las partes y sus representantes y colaborar en la producción de la prueba, tales como control, dirección, iniciativa y liderazgo para propiciar el contradictorio o el interrogatorio cruzado y encauzar el procedimiento por la senda correcta.

Estos poderes, que se han predicado para el ámbito jurisdiccional,¹¹ son mayormente exigibles en los procedimientos administrativos, ante la vigencia de los principios de la verdad real o material y de la impulsión de oficio, que impelen al órgano administrativo a ordenar y practicar todas las diligencias

¹¹ Jinesta Lobo, Ernesto, “La oralidad en el nuevo...”, ob. cit., nota 8, pp. 336-337.

ERNESTO JINESTA LOBO

probatorias necesarias para ese fin, aún si no han sido propuestas por las partes interesada o, incluso, en contra de su voluntad (artículos 214, párrafo 2º, 221, 297, párrafo 1º, LGAP).¹²

V. ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS CONSTITUTIVOS

1. *Oralidad en los procedimientos administrativos comunes o generales*

La LGAP de 1978 tuvo la pretensión manifiesta de crear un procedimiento común y general para suprimir la dispersión de procedimientos administrativos, en aras de una mayor seguridad jurídica para el administrado. Grosso modo esta Ley, incluye cinco grandes procedimientos comunes o generales que son el ordinario con vigencia plena del debido proceso y la defensa, el sumario con acortamiento de plazos y supresión de trámites, el procedimiento de revisión o los recursos administrativos, el procedimiento de urgencia y el de formación de los reglamentos.¹³ Sólo el procedimiento ordinario incorpora la oralidad imperfecta o debilitada.

El Libro II de la LGAP está dedicado al procedimiento administrativo, en el Título Primero, relativo a los “Principios generales”, el artículo 218 preceptúa que

Las partes tendrán derecho a una comparecencia oral y privada con la Administración, en que se ofrecerá y recibirá en lo posible toda la

¹² Ver Jinesta Lobo, Ernesto, *Tratado de ...*, ob. cit., nota 1, pp. 81-84.

¹³ *Ibidem*, pp. 64-71.

ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS...

prueba, siempre que la decisión final pueda causar daños graves a alguna o a todas aquellas, de conformidad con la ley.

Lo resaltable de esta norma es que proclama la oralidad como un derecho de las partes interesadas en el procedimiento administrativo constitutivo, esto es, abierto para formar la declaración de voluntad, juicio o conocimiento de la administración pública. Al proclamarse como un derecho, surge una inequívoca obligación administrativa correlativa –a cargo de los entes y órganos públicos- de actuar y respetar ese derecho. Este precepto hace obligatoria la oralidad en los procedimientos administrativos constitutivos cuando el acto administrativo definitivo pueda causar “daños graves” a las partes interesadas, expresión que hace imperativa la oralidad, prácticamente, para todo supuesto, puesto que, salvo para los actos administrativos claramente reglados, es muy difícil prever que el resultado final será favorable o desfavorable para el administrado. Es criticable que el legislador haya indicado que la audiencia debe ser “privada” con lo que convierte la reserva y el secreto en la regla, invirtiendo el orden normal de las cosas, por cuanto, la audiencia, en principio, debe ser siempre pública, salvo cuando operen los límites intrínsecos y extrínsecos del derecho ciudadano de acceso a la información administrativa (verbigracia secretos de Estado, intimidad familiar y personal, presunción de la inocencia, secretos industriales, comerciales, etcétera).¹⁴

Los fines de la audiencia oral son formular alegatos, ofrecer y recibir prueba y formular conclusio-

¹⁴ Jinesta Lobo, Ernesto, *Transparencia administrativa...*, ob. cit., nota 9, pp. 19-37.

ERNESTO JINESTA LOBO

nes, tal y como desprende de la concordancia de los artículos 217 y 218 de la LGAP.

De manera consecuente con la proclamación de la oralidad como un derecho de los administrados y una obligación de las administraciones públicas y, en particular, de la comparecencia o audiencia, el artículo 219, párrafo 2º, de la LGAP señala que la omisión injustificada de ese trámite “causará indefensión y nulidad de todo lo actuado posteriormente”. Consecuentemente, la LGAP erige la oralidad en un trámite sustancial e indispensable de los procedimientos administrativos constitutivos (artículo 223, párrafo 2º, de la LGAP). Ese mismo numeral en su párrafo 1º, señala que sólo “excepcionalmente” y “únicamente” se podrá prescindir de la oralidad “cuando lo exija la urgencia para evitar daños graves a las personas o de imposible reparación en las cosas”, esto es, se precisa de un estado de urgencia o necesidad que sólo cabe, según norma constitucional (artículo 180, párrafo in fine) “en casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública”.¹⁵ En circunstancias normales u ordinarias resulta jurídicamente inválido prescindir de la oralidad.

Cabe advertir que la oralidad no está prevista para el procedimiento sumario (artículos 320 a 326 de la LGAP) que puede ser seguido cuando no sea obligatorio sustanciar uno ordinario, el que se caracteriza suponer un acortamiento de los plazos y la prescindencia de ciertos trámites. En este procedimiento sumario, la LGAP indica que “no habrá debates, defensas ni pruebas ofrecidas de las partes, pero la

¹⁵ El artículo 226, párrafo 1, LGAP prevé un procedimiento de urgencia al preceptuar que *“En casos de urgencia y para evitar daños graves a las personas o irreparables a las cosas podrá prescindirse de una o de todas la formalidades del procedimiento e incluso crearse un procedimiento sustitutivo especial”*.

ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS...

Administración deberá comprobar exhaustivamente de oficio la verdad real de los hechos y elementos de juicio del caso”, siendo que las “pruebas deberán tramitarse sin señalamiento, comparecencia ni audiencia de las partes” (artículo 321).

2. Oralidad en el procedimiento ordinario

El procedimiento administrativo ordinario es el procedimiento constitutivo por antonomasia, de observancia preceptiva cuando el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a su derechos o intereses legítimos, cuando hay contradicción o concurso de interesados frente a la administración y en los procedimientos disciplinarios que concluyan con una sanción de suspensión o destitución o cualquiera de similar gravedad (artículo 308 de la LGAP). En suma, se trata de un procedimiento administrativo previsto para el dictado de actos de gravamen o ablatorios, con la dificultad de prever, con la suficiente antelación, ese eventual contenido negativo del acto final.

Al tenor del artículo 309, párrafo 1º, de la LGAP en el procedimiento ordinario debe haber una “comparecencia oral y privada ante la Administración, en la cual se admitirá y recibirá toda la prueba y alegatos de las partes que fueren pertinentes”.

Los artículos 309 a 319 de la LGAP contienen una regulación detallada de la audiencia oral, destacando, entre otros elementos, los siguientes:

- a) Se admite, a lo sumo una segunda comparecencia, únicamente cuando haya sido im-

ERNESTO JINESTA LOBO

sible en la primera dejar listo el expediente para su decisión final y las diligencias pendientes así lo requieran (artículo 309, párrafo 3°). Esta regla asegura la concentración y la inmediación que se pretende con la oralidad, para evitar su fragmentación y prolongación irrazonable en el tiempo. Incluso el artículo 319, párrafo in fine, señala que “Será prohibido celebrar más de dos comparecencias”. Obviamente, estas normas no deben ser interpretadas gramaticalmente, impidiendo la suspensión y reanudación de la audiencia cuando lo imponga la complejidad de los alegatos y de la prueba por evacuar.

b) Sólo las partes y sus representantes pueden comparecer al acto, siendo que la administración puede autorizar la presencia de estudiantes, profesores o científicos quienes asistirán obligados por el secreto profesional (artículo 310). Este precepto invierte el principio de la publicidad y de la transparencia administrativas, haciendo, inválidamente, de la reserva y del secreto la regla; consecuentemente, la norma debe ser reformada para admitir la publicidad y, excepcionalmente, la reserva cuando media algunos de los límites intrínsecos o extrínsecos del derecho de acceso a la información administrativa.

c) La citación a la comparecencia oral debe hacerse con 15 días de antelación (artículo 311) para permitir la preparación en el ejercicio adecuado y razonable del derecho a la defensa.

d) La comparecencia debe ser grabada, debiendo levantarse el acta antes de la decisión final, grabación que debe conservarse hasta la

ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS...

conclusión definitiva del procedimiento administrativo (artículo 313).

e) El órgano director del procedimiento, será el encargado de dirigir e instruir la comparecencia (artículo 314, párrafo 1°).

f) La ausencia injustificada de una de las partes interesadas no impide la realización de la audiencia, sin que produzca la aceptación de los hechos, las pretensiones o las pruebas de la administración o de la contraparte (artículo 315, párrafo 1°).

g) El artículo 317, párrafo 1°, enuncia un elenco de derechos que tiene la parte interesada en la audiencia oral: 1°) ofrecer prueba; 2°) obtener su admisión y trámite cuando sea pertinente y relevante; 3°) pedir confesión a la contraparte o testimonio a la Administración, preguntar y repreguntar a testigos y peritos propios o de la contraparte; 4°) aclarar, ampliar o reformar su petición o defensa inicial; 5°) proponer alternativas y sus pruebas y 6°) formular conclusiones de hecho y de derecho en cuanto a la prueba y resultados de la audiencia.

Tales derechos deben ejercerse verbalmente y bajo la sanción de caducidad si se omite su ejercicio en la audiencia (artículo 317, párrafo 2°). Esta norma es muy significativa y de una gran potencialidad aplicativa, pues refuerza, potencia y hace obligatoria la oralidad, compeliendo a las partes a someterse a la misma, dado que, solo se admiten alegatos escritos después de la comparecencia cuando haya sido imposible hacerlo en esa oportunidad (artículo 317, párrafo in fine).

ERNESTO JINESTA LOBO

h) La audiencia debe tener, normalmente, lugar en la sede del órgano director, salvo si es necesario practicar un reconocimiento administrativo, una prueba pericial, si la economía de gastos o cualquier otra ventaja administrativa evidente así lo recomiendan, aclara la ley, siempre y cuando, no suponga pérdida de tiempo o perjuicio grave para las partes (artículo 318).

Es preciso añadir que el órgano director del procedimiento, encargado de instruirlo y de dirigir la audiencia oral tiene importantes poderes, así el artículo 300 LGAP indica que “A los fines de la recepción de la prueba, el órgano director tendrá las mismas facultades y deberes que las autoridades judiciales”, luego el artículo 301, párrafo in fine -independientemente de lo ridículo del monto-, lo habilita para imponer una multa de quinientos a mil colones al citado a confesión que no compareciere sin justa causa; el artículo 304, párrafo 2°, preceptúa que en los interrogatorios las preguntas se harán “bajo la dirección y control del órgano director” y el párrafo 4° lo habilita para intervenir “por iniciativa propia, con el fin de que la materia de cada pregunta quede agotada en lo posible inmediatamente después de cada respuesta”.

3. Oralidad en algunos procedimientos constitutivos especiales por razón de la materia

A. Procedimiento ambiental

En esta materia las denuncias por infracción de la legislación tutelar del medio ambiente y de los recur-

ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS...

Los naturales que llevan a cabo personas físicas o jurídicas -públicas o privadas- se tramitan ante el Tribunal Ambiental Nacional, el cual fue configurado como un órgano desconcentrado con “competencia exclusiva y independencia funcional en el desempeño de sus atribuciones” que da por agotada la vía administrativa (artículo 103 de la Ley Orgánica del Ambiente (LOA), No. 7554 de 4 de octubre de 1995). Los artículos 106 de la LOA, 1º y 11 del Reglamento de procedimiento del Tribunal Ambiental Administrativo (Decreto ejecutivo No. 34136 de 20 de junio de 2007), disponen que ese órgano administrativo estará sometido al principio de la oralidad. En cuanto a la audiencia oral, el Reglamento de Procedimiento (artículo 24), remite en bloque al procedimiento ordinario regulado en los artículos 308 y siguientes de la LGAP. Cabe acotar que por la especialidad del órgano sí rige con todo esplendor la oralidad y todos sus principios, tales como la inmediación y la identidad del órgano que instruye y resuelve. El reglamento de procedimiento, no dispone ningún trámite oral para el eventual recurso de revocatoria que cabe ante el propio Tribunal Ambiental Administrativo.

Es preciso señalar que las competencias del Tribunal Ambiental Administrativo están muy acotadas -denuncias por infracción a la legislación tutelar del medio ambiente y los recursos naturales-, de modo que cuando se trata de la impugnación de algún acto de la administración ambiental que no tenga un procedimiento especial pautado -como en materia de minería- rigen las reglas analizadas para los procedimientos administrativos comunes y, en particular, del procedimiento ordinario. De modo que la oralidad se garantiza, en materia ambiental, con el procedimiento ordinario -con las limitaciones ya

ERNESTO JINESTA LOBO

indicadas- en la fase constitutiva y no en la recursiva.

B. Procedimiento de transporte público

La Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos modalidad taxi, No. 7969 de 22 de diciembre de 1999, creó el Tribunal Administrativo de Transporte Público, como órgano desconcentrado del Ministerio de Obras Públicas y Transportes con atribuciones exclusivas e independencia funcional, administrativa y financiera (artículo 16), para conocer y resolver, entre otros aspectos, de las denuncias por daños producidos por la infracción de la legislación de transporte público (artículo 22, inciso b). El artículo 19 de esa ley, dispone que ese Tribunal debe ejercer sus funciones sujeto al principio de la oralidad. Este es otro caso de procedimiento constitutivo excepcional, donde opera la oralidad perfecta y pura. Como se ve se trata de un caso aislado, pues la mayor parte de los procedimientos constitutivos en que interviene la administración de transportes se rige por el procedimiento ordinario de la LGAP de 1978.

VI. ORALIDAD EN LA FASE RECURSIVA

1. Tendencia a la oralidad en la fase recursiva

En los últimos años se ha producido una tendencia legislativa para introducir la oralidad en los procedimientos administrativos de impugnación o recursos administrativos, específicamente en los pro-

ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS...

cedimientos especiales por razón de la materia, sobre todo cuando deben ser conocidos y resueltos por un Tribunal administrativo especializado.

Cabe apuntar que la LGAP de 1978, en lo relativo al trámite de los recursos administrativos, no establece la oralidad, de modo que de *lege ferenda*, podría introducirse una audiencia en la que se expresen los agravios y se ofrezca la prueba para mejor resolver. Bastaría, entonces, que la parte interesada, en el plazo prescrito por ley, indique que recurrirá y que ofrecerá determinada prueba para mejor proveer, para que en la audiencia oral exponga los agravios y se evacúe la prueba pertinente.

2. *Procedimiento de transporte público*

Como se indicó supra el Tribunal Administrativo de Transporte Público fue creado por la Ley No. 7969 de 22 de diciembre de 1999, para conocer y resolver, entre otros puntos, del recurso de apelación contra los actos y resoluciones dictados por el Consejo de Transporte Público (artículo 22, inciso a), siendo que el numeral 19 de esa ley, somete el Tribunal a la observancia del principio de la oralidad.

3. *Procedimiento registral*

El Tribunal Registral Administrativo fue creado mediante la Ley de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual No. 8039 de 12 de octubre de 2000, como órgano de desconcentración máxima del Ministerio de Justicia y Gracia con personalidad jurídica instrumental, atribuciones exclusivas, independencia funcional y administrativa (artículo 19),

ERNESTO JINESTA LOBO

para conocer de las apelaciones contra los actos, resoluciones y ocurso dictados por los Registros que integran el Registro Nacional (artículo 25). El artículo 22 de la Ley No. 8039 indica que el Tribunal Registral Administrativo debe actuar sometido al principio de la oralidad; así lo reafirma el artículo 3°, del Reglamento Operativo del Tribunal Registral Administrativo (Decreto Ejecutivo No. 35456 de 30 de marzo de 2009).

El “juez” asignado al estudio de un determinado asunto (instructor), puede proponer verbalmente al Tribunal –de acuerdo a lo que señala el artículo 23, párrafo 1°, del Decreto Ejecutivo No. 35456-, que se convoque a una audiencia oral y privada a las partes, para una mejor comprensión de los agravios que se estén discutiendo. Asimismo, a tenor de lo señalado en los párrafos 2° y 3° de ese mismo numeral, las partes, también, podrán solicitar el señalamiento de tal audiencia, quedando a discreción del Tribunal otorgarla o no. En caso de ser autorizada, dicho órgano señalará la fecha y hora en que se llevará a cabo. No obstante, si tal audiencia es rechazada, el Tribunal no está obligado a emitir un pronunciamiento expreso sobre el particular. Lo criticable de estas normas reglamentarias es que dejan a discreción del “juez” instructor o de las partes interesadas la observancia de la oralidad, cuando debería ser, en esa fase recursiva, obligatoria, incluso, si es rechazada la audiencia el Tribunal no está obligado a motivar tal denegatoria, extremo que lesiona, a todas luces, el derecho de las partes interesadas a contar con una audiencia oral.

En cuanto a la celebración de la audiencia, el artículo 24 del Reglamento Operativo del Tribunal Registral Administrativo señala los siguientes aspectos de interés: a) Se llevará a cabo en las instalaciones

ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS...

del Tribunal, con la asistencia de todos sus miembros y de las partes; b) se seguirán los principios del informalismo y la oralidad; c) el Tribunal fijará, verbalmente o por escrito, el tiempo de duración de la audiencia y el orden de las exposiciones; d) según disponga el Tribunal, en esa misma oportunidad o posteriormente, se levantará un acta de todo lo acontecido en la audiencia, y e) la audiencia podrá ser grabada.

Como se ve, se trata de una oralidad parcial - únicamente para la fase recursiva- y facultativa que desdibuja las implicaciones de esa idea símbolo.

4. Procedimiento de contratación

El Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa –Decreto Ejecutivo No. 33411 de 27 de septiembre de 2006, según la reforma dispuesta por el Decreto Ejecutivo No. 35218-H de 30 de abril de 2009-, introduce la oralidad durante la sustanciación del recurso de apelación contra el acto de adjudicación, según el monto del último, que debe ser conocido y resuelto por un órgano de desconcentración constitucional que es la Contraloría General de la República que goza de absoluta independencia y administración en el desempeño de sus competencias como entidad de fiscalización superior (artículo 183 constitucional). En efecto, los párrafos 7° y 8° del artículo 182 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, establecen lo siguiente:

En los casos, que la Contraloría General de la República así lo considere oportuno, podrá realizarse una audiencia pública de exposición de alegatos, evacuación de pruebas y conclu-

ERNESTO JINESTA LOBO

siones, según las reglas que se dispongan en el auto de audiencia inicial. Esta audiencia deberá llevarse a cabo una vez evacuadas todas las audiencias escritas que correspondan y deberán convocarse con al menos tres días hábiles de anticipación.

En caso de que se hubiese tramitado una audiencia oral de cualquier naturaleza, la resolución final podrá ser dictada de manera oral, ya sea de seguido a la finalización de la audiencia, o en un plazo no mayor a tres días hábiles posteriores a su realización. Esa resolución será motivada y bastará que se grabe por algún medio idóneo cuyo registro se incorporará al expediente de apelación.

De esta manera, por lo menos para la fase recursiva, se incorporan las ventajas de la oralidad a través de sus principios, tales como la celeridad, la concentración e inmediación. El problema de la norma reglamentaria es que deja el trámite oral a discreción de la Contraloría General de la República. Además, parece admitir una hibridación inconveniente entre escrituradad y oralidad, cuando debería optar, preponderantemente, por alguno de los dos sistemas.¹⁶ La innovación es que dispone que la audiencia es pública y no privada como ha sido la tónica en la legislación costarricense.

En cuanto al recurso de revocatoria contra el acto de adjudicación que procede interponerlo cuando no cabe el de apelación, debe plantearse ante el mismo órgano administrativo que emitió la adjudicación (artículo 91 Ley de la Contratación Administrativa).

¹⁶ Ver Jinesta Lobo, Ernesto, *Contratación Administrativa. Tomo IV, Tratado de Derecho Administrativo*, San José, IUSconsultec S.A. y Ediciones Guayacán, 2010, pp. 326-327.

ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS...

La novedad es la oralidad en el trámite de este medio de impugnación –según reforma por Decreto Ejecutivo No. 35218-H de 30 de abril de 2009–, en efecto, al artículo 186 del Reglamento a la Ley de la Contratación Administrativa le fueron adicionados 3 párrafos en el siguiente sentido:

Cuando la Administración lo considere conveniente, la audiencia puede ser oral. Para ello, se convocará a las partes, con al menos dos días hábiles de anticipación, para que expongan sus alegatos, evacuación de pruebas y conclusiones, según las reglas que se dispongan en el auto de audiencia.

Las audiencias orales serán públicas y se deberá publicar un aviso por los medios que garanticen su debida difusión. De lo actuado se levantará un acta que contendrá, al menos, el nombre de las partes y resumen de lo actuado, la cual se incorporará al expediente.

En caso de que se hubiese tramitado una audiencia oral, la resolución final podrá ser dictada de manera oral, ya sea de seguido a la finalización de la audiencia, o en un plazo no mayor a tres días hábiles posteriores a la realización de tal audiencia. Esa resolución será motivada y bastará que se grabe por algún medio idóneo cuyo registro se incorporará al expediente respectivo.

La crítica a estos preceptos del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa radica en dejar, nuevamente, librado a la discrecionalidad de la administración activa, la implementación o no de un trámite oral, de modo que se trata de un tímido intento de introducir la oralidad en la sustanciación de

ERNESTO JINESTA LOBO

este medio recursivo administrativo, cuando lo propio, si se pretende un giro significativo -superando el carácter predominantemente escrito-, es establecer la oralidad con un carácter preceptivo e imperativo.¹⁷ Lo encomiable de esta norma reglamentaria es preceptuar que la audiencia es pública y se debe un aviso con antelación para garantizar su efectiva difusión y eventual participación.

5. *Procedimiento migratorio*

La Ley General de Migración y Extranjería No. 8764 de 19 de agosto de 2009, creo el Tribunal Administrativo Migratorio como órgano de desconcentración máxima del Ministerio de Gobernación y Policía, con competencia exclusiva e independencia funcional en el desempeño de sus atribuciones (artículo 25). Le corresponde conocer la apelación administrativa interpuesta contra las resoluciones de la Dirección General de Migración en materia migratoria y de la Comisión de Visas Restringidas y Refugio en lo relativo a esta última materia (artículo 29).

El artículo 28, párrafo 1º, indica que ese Tribunal Migratorio ejercerá sus funciones sujeto, entre otros, al principio de la oralidad. Nuevamente, se trata de una oralidad parcial, por cuanto, se proyecta a la segunda instancia administrativa, dado que, el procedimiento constitutivo en materia migratoria es, fundamentalmente, escrito (artículo 205), solo en el procedimiento especial de deportación el artículo 209 prescribe una audiencia oral para que el extranjero pueda ejercer el derecho de defensa.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 329-330.

ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS...

VII. CONCLUSIONES

1. Es posible la introducción e implementación de la oralidad en los procedimientos administrativos, pese a que, tradicionalmente, se ha sostenido que son predominantemente escritos.

2. En los procedimientos administrativos es posible distinguir entre una “oralidad perfecta o plena” y una “oralidad imperfecta o debilitada”. La primera se produce cuando rigen todos los principios inherentes a la oralidad, incluso, la inmediación y la identidad física del órgano que tiene contacto con los sujetos del procedimiento y la prueba. La oralidad es imperfecta o debilitada cuando se produce una distinción necesaria entre un órgano instructor y otro decisor, en cuyo caso no operaran los principios de inmediación e identidad física del órgano que tiene contacto con los sujetos del procedimiento y la prueba y el que resuelve.

3. En los procedimientos administrativos constitutivos de la declaración administrativa de voluntad, juicio o conocimiento, es factible introducir la oralidad a través de una audiencia oral y pública que garantice la concentración, la celeridad y la publicidad. En este tipo de procedimientos administrativos, la oralidad es imperfecta o disminuida, dado que, por las responsabilidades y competencias propias del órgano decisor, resulta, materialmente, imposible que éste dirija la audiencia y participe en la producción y evacuación de la prueba, de modo que en esta clase de procedimientos administrativos, la inmediación y la identidad física entre el órgano que instruye y el que resuelve se ven afectados, no así el resto de los principios que integran la oralidad y que producen

ERNESTO JINESTA LOBO

grandes ventajas (concentración, publicidad, celeridad, simplicidad y economía procedimental).

4. La oralidad puede ser perfecta y plena en procedimientos constitutivos, cuando éstos deben ser conocidos y resueltos por un “tribunal administrativo” con una competencia exclusiva y especializada, como en materia de denuncias por actuaciones irregulares de ciertos agentes. El “tribunal administrativo” tiene una competencia exclusiva en dirimir conflictos de interés o controversias que le permite invertir los tiempos que demanda la oralidad lo que facilita que rijan, plenamente, los principios de inmediación y de identidad física entre el órgano que instruye y el que resuelve definitivamente. La particularidad, en estos casos, radica en que tales procedimientos son resueltos en una única instancia administrativa, lo que no resulta condenable, por cuanto, la doble instancia no es una garantía que rija en la sede administrativa. De otra parte, no siempre resulta posible, por razón de la materia y la organización administrativa, que un “tribunal administrativo” tramite y resuelva un procedimiento constitutivo, basta pensar en la infinidad de competencias de la administración activa, que deben ser ejercidas por los órganos que son titulares de éstas y sus resoluciones revisadas por el superior jerárquico.

5. La oralidad es posible implementarla en los procedimientos administrativos de impugnación o la fase recursiva con una audiencia oral y pública obligatoria a cargo del órgano que conoce y resuelve el medio de impugnación. Resulta más fácil hacerlo cuando hay un órgano especializado o “tribunal administrativo” encargado, exclusiva y especialmente, de conocer y resolver tales recursos administrativos.

6. Actualmente, la introducción de la oralidad en los procedimientos administrativos ha sido tímida y

ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS...

parcial, por cuanto, es posible verificar que se introduce en los procedimientos constitutivos comunes o generales –no así en ciertos procedimientos especiales por razón de la materia– sin que se haya generalizado en la fase recursiva. También sucede lo contrario, se implementa la oralidad en la fase recursiva o los procedimientos administrativos de impugnación, pero no en el procedimiento constitutivo. Este fenómeno ha contribuido a proyectar una oralidad debilitada, imperfecta y parcial en el terreno de los procedimientos administrativos.

7. La oralidad demanda, en razón de las ventajas que supone tanto para el administrado como para la propia administración, ser implantada tanto en el procedimiento administrativo constitutivo –a sabiendas que en algunos de éstos será, necesariamente, imperfecta– y en el procedimiento administrativo de impugnación, esa debe ser una tendencia y un *desideratum* del procedimiento administrativo contemporáneo.