

La Teoría de la Forma y el derecho fundamental de defensa ante la Administración Pública

JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ*

I. CUESTION PREVIA

PARA ABORDAR EL TEMA anunciado es menester, primero, hacer una breve referencia a la importancia de la forma para el Derecho y, segundo, a la noción de formalidad, a fin de evitar los equívocos frecuentes en esta materia, provocados por la distinta significación jurídica que se le atribuye.

En las Sociedades evolucionadas es necesario que el Ordenamiento Jurídico provea al tratamiento preventivo de la Seguridad Jurídica, no sólo sin recurrir para ello a la institución del proceso, sino procurando que el entramado normativo e institucional que se despliega a tal fin sirva, además, por su propia eficacia, para ahorrar la conflictividad procesal, cuya inflación es muy inconveniente para la Sociedad.

Pues bien: ¿cuál es a tal efecto el recurso alternativo? Sencillamente la Forma. Esta es la noción-nuclear del Derecho administración formal, como la noción de proceso lo es para el Derecho procesal; o la de acto administrativo lo es para el Derecho administrativo material.

En efecto, al preguntarse Francois GENY qué es lo que produce en las institucionales sociales su transformación en jurídicas, decía que ese «algo» es la Forma (en el sentido de regulación identificadora), de la cual la «solemnidad» sólo es un ejemplo aislado y concreto (*Science et technique en Droit privé positif*, París, Tomo III, pp. 16-17).

* Universidad Católica Andrés Bello, Especialista en Derecho Administrativo. Profesor de Derecho Administrativo. Universidad Central de Venezuela, Profesor de Derecho Administrativo. Universidad Católica del Táchira, Profesor en los cursos de Post-grado.

Así, para el autor GENY, Forma

es todo elemento sensible que reviste exteriormente un fenómeno natural y de cuya concurrencia depende en alguna medida, según las exigencias de la organización jurídica del tiempo y lugar, la efectividad de la creación, modificación, extinción o transferencia de un derecho socialmente sancionado como subjetivo. La Materia es el elemento «dado» por la sociedad; la Forma, lo elaborado o aportado «artificialmente» por la técnica del Derecho, lo cual no significa en absoluto que esté sustraída a la razón natural de las cosas. (ob. y vol. cits., p. 96).

Y cuando más adelante GENY aborda el tema del formalismo y la publicidad, se aparta explícitamente de la generalizada reacción que sólo ve en tales recursos, el residuo de un instinto primitivo y considera su marginación síntoma de progreso. Por el contrario, GENY calibra en el formalismo lo que tiene de recurso técnico, reconociéndole gran relevancia para un mejor ejercicio de la jurisprudencia natural, al potenciar la reflexión y la adecuación, y reforzar por tanto la libertad civil (ob. y vol. cits., p. 96).

Por último, al efectuar el autor GENY el análisis de la evolución histórica del «sentido de las formas», en el que sigue claramente a IHERING, concluye en que la función moderna de la Forma es la corrección de los riesgos de los excesos del espiritualismo, y con ello revela su naturaleza de artificio técnico jurídico, reforzado a veces de simulaciones y ficciones con las que potencia su efecto. La Forma no es, por ende, un recurso arcaico; sino moderno, imprescindible al Derecho, y cuyo objetivo real es «asegurar la seguridad» (certeza y firmeza) que es uno de los fines esenciales del Derecho (ob. cit., p. 116).

Con esta concepción, el autor GENY enlaza claramente la de la «función de la forma como instrumento de los procesos institucionalizadores u organizadores de lo jurídico», que percibió netamente un tiempo después otro pensador del Derecho Santi ROMANO. Este autor, tras indicar que las instituciones desempeñan la misión de «reducir a sistema y unificar» una serie de elementos (posiciones subjetivas, cosas y energías), destinándolos a fines pertinentes y generales en un contexto de garantías, poderes, sujetaciones, libertades y frenos, añade que el hecho sólo de su organización implica por sí el fenómeno de la juridicidad, igual que, a la inversa, nada que carezca de organización es Derecho; y seguidamente vincula esa idea con la de Forma al sostener: «De ahí el acierto de la doctrina que sostiene que es la Forma —y no el contenido material, indiferente— la esencia estructural del Derecho; pues sólo es ajurídico o antijurídico lo que permanece individual, antisocial, no plasmado en su Forma, y a través de ella, estructurado y ordenado en una institución». *El Ordenamiento Jurídico*, Madrid, I.E.P., 1963, p. 131.

Por su parte, IHERING en una obra que es uno de los monumentos del pensamiento jurídico de todos los tiempos, sostiene que las formalidades de los actos jurídicos son instrumentos para potenciar la facilidad y la certeza en la aplicación de los derechos. La Forma facilita y asegura los «diagnósticos jurídicos» y, además, generan autocontrol, que es el antídoto a la irreflexión, peligro que según IHERING, la Forma despeja gracias a que presenta las ventajas siguientes: en primer lugar, constituye una prueba clara de la existencia de la voluntad; en segundo lugar, evita decisiones precipitadas; y, por último, la formalidad hace posible extender los efectos, al llevar a todos el conocimiento de los actos formales. No obstante, el propio IHERING es consciente de que la Forma presenta desventajas consistentes, tanto en el peligro en que se pueda incurrir en un vicio de forma, con las perjudiciales consecuencias; como la incomodidad, porque no siempre resulta fácil observar las formalidades prescritas. (R. VON IHERING, *L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, París, 1877, 3^a. Ed., Tomo III, p. 55).

Así las cosas, sería muy difícil superar la defensa que IHERING, GENY y ROMANO hicieron de la Forma institucional. Esta rememoración de tan ilustres juristas es traída a colación porque por fuerza, este tema de la relación entre la Libertad y la Forma, es central en un análisis estimativo del efecto de la *formalidad* y la *informalidad* dentro de un contexto como el del procedimiento administrativo y el de las relaciones jurídico-administrativas, dinámico hasta más no poder.

Dinamismo éste que está llevando al procedimiento administrativo y, por consiguiente, a las garantías inherentes al mismo, por una senda equivocada y peligrosa para las situaciones jurídicas subjetivas de los administrados. En efecto, el talante de «falsa modernidad» del informalismo ha llevado en plenos tiempos actuales a nuestra jurisprudencia, a propuestas del siguiente orden: la denominada *teoría de la pérdida de los efectos invalidantes de los vicios formales*, que analizaremos más adelante.

II. CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

Se nos ha dicho que la clásica contraposición entre la Forma y el fondo constituye la traslación al mundo del Derecho de la discusión filosófica entre forma y materia, distinción que en el Derecho administrativo tiene una particular relevancia. De ahí la necesidad de analizar lo que es la Forma, para luego hablar sobre la trascendencia en este campo, donde las consecuencias prácticas se ponen de relieve con más evidencia.

En efecto, la diversa utilización de vocablos aconseja una previa precisión terminológica, ya que la pluralidad de sentidos con que es utilizada

la palabra *formalidad* repercute dañinamente al ser empleada en el Derecho. Para evitar fáciles confusiones, conviene distinguirlos conforme al hecho a que se refiere la formalidad y a la eficacia que se le atribuye, de manera muy breve.

- i. En primer lugar, la expresión formalidad sirve para designar la importancia que concede el Ordenamiento positivo a la apariencia exterior de los actos jurídicos. Por extensión, se habla de Derechos formalistas para referirse a los Ordenamientos donde esos aspectos externos tienen una importancia muy considerable para determinar la validez de los actos jurídicos.

En este sentido se habla de formalidad o formalismo de los Derechos antiguos o primitivos, en los cuales la observancia de ciertos ritos o formalidades, tales como el pronunciar palabras determinadas, el número exacto de testigos, etc., condiciona la validez de los actos jurídicos.

- ii. En segundo lugar, tenemos la acepción de formalidad o informalidad como falta de conexión entre el mundo de las reglas, normas y conceptos que parecen constituir el Derecho, y la vida social que el Derecho pretende regular. Es, pues, el desfase entre lo establecido y la conducta social efectiva.
- iii. Por último, señalamos una acepción que se refiere a una limitación del Poder Público, en su manifestación del Poder Ejecutivo. En efecto, el Poder Ejecutivo debe actuar con sometimiento pleno al Derecho y garantizar la posición de los particulares frente a la Administración Pública. Generalmente esto se conoce en el Derecho administrativo como *principio de legalidad administrativa*, y el Estado que actúe conforme a ese principio se le denomina Estado de Derecho.

Esta última acepción es la que nos interesa especialmente, ya que la formación de la voluntad de los órganos de la Administración Pública no se produce en el orden interno, ni por lo tanto, de la misma manera en que opera en el individuo o persona física, sino que de ordinario requiere de un «*iter*» procedural, es decir, de una serie de ritos-forma, sin los cuales aquélla no puede producirse.

En ese sentido, las disposiciones que sobre la Forma contiene la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) pueden referirse, de dos maneras: en abstracto, como garantía genérica de la legalidad de la actuación administrativa (forma como *institución jurídica*); y en concreto, en cuanto elemento formal que integra junto con otros la estructura

del acto administrativo (*forma como elemento*). En el último sentido, la Forma se definiría contraponiéndola al fondo del acto administrativo.

Por tanto, en el primer caso, la Forma juega como garantía de la *legalidad externa*, global y abstractamente considerada, mientras que en el segundo caso es necesaria, en cuanto forma parte de la *legalidad interna* del acto administrativo.

Por todo cuanto se acaba de exponer, todas las consideraciones que de ahora en adelante se efectúen, deberán entenderse referidas a la Forma como cauce formal o proceso de formación de la voluntad administrativa (*formalidad adjetiva*) excluyendo, por tanto, su forma de expresión una vez creada (*formalidad sustantiva*).

Pues bien, la única garantía que con carácter previo se puede establecer para tratar de asegurar el respeto del *principio de legalidad* consagrado en el artículo 137 de la Constitución vigente, es definir *a priori* los distintos «*pasos*» que han de seguirse en el proceso de formación de la voluntad, esto es, exigir que los actos jurídicos de la Administración Pública se adopten conforme a un procedimiento administrativo formalizado.

La señalada extensión de la Forma al campo del Derecho administrativo sirve, por sí sola, para justificar cómo en este orden aquélla adquiere mayor trascendencia y especiales matices, y cuyo análisis abordamos de seguidas.

III. LA FORMA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El imperio de la Forma, afirma JELLINEK, es más intenso en el Derecho administrativo por la especial naturaleza del sujeto, del ente que no crea ni manifiesta la voluntad, ni desarrolla la acción, sino por medio de formas; ni actúa, ni afirma su existencia, ni es capaz sino por la representación y en la forma establecida por la Ley (cit. por GARCÍA-OVIEDO y MARTÍNEZ USEROS, *Derecho Administrativo*, Madrid, Vol. II, p. 60).

Al mismo tiempo, la más estricta exigencia de la Forma en el campo del Derecho administrativo, tiene su razón de ser en la función de *garantía* que las formalidades están llamadas a ejercer en las modernas organizaciones estatales, pues como señala ALESSI, es una función de garantía que arraiga en los orígenes mismos de la ciencia jurídica administrativa, porque ésta nace como producto de un Estado que desconfía del Poder Público (*Instituciones de Derecho Administrativo*, 1970, Barcelona, p. 273).

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia se ha referido a esta noción de «procedimiento-garantía» en los siguientes términos:

La necesaria observancia del procedimiento *ad hoc* administrativo, en cualquiera de sus fases, o judicial, ha sido justamente puesta de relieve por la teoría jurídico-pública en atención a su carácter de «garantía» para los particulares y, que observa la Corte, aún para la propia Administración autora del acto ocurrido. De ahí que la doctrina acostumbre a referirse al procedimiento, utilizando la expresión procedimiento-garantía. (Sentencia adoptada en Corte Plena, de fecha 25-07-84, caso «Société Maritime Shell» en Gaceta Forense N° 125, Vol. 1, 3^a. Etapa, pp. 57 a 69).

Sentencia de la Sala de Casación Civil del 7 de Julio de 1993, JCSJ/EPT, 1993, N° 7-9; CSJ/SPA: 10-03-87, RDP; N° 30-151; 23-05-88, RDP, N° 35-109; 10-08-89, RDP, N° 39-117

Sobre la base de esta función de garantía —de los derechos del administrado y de la eficacia de la Administración— se ha planteado incluso, desde la vertiente procedimental, la cuestión de si en este campo debería o podría aplicarse la regla de la Libertad de Forma, en el sentido de que donde una norma especial no establezca lo contrario, el procedimiento no necesita de Forma, o bien si debería regir el principio contrario.

En efecto, la distinción entre, por un lado, la Libertad de Forma y, por el otro, la sujeción a formas, da lugar a la distinción entre *procedimiento administrativo formalizado* y *procedimiento administrativo no formalizado*, donde es el elemento de libertad el que decide la cuestión.

En todo caso, la idea que interesa retener es la de que hay casos en que el fin que persigue la actuación administrativa ha de lograrse siguiendo un cauce ritual diseñado por el Legislador, el cual ha indicado en qué momento han de realizarse todas y cada una de las formalidades que integran el procedimiento de que se trate (*procedimiento formalizado*), mientras que hay otros casos —los menos— en que no está legalmente señalado el «*iter*», sino que éste lo fija en cada caso el instructor atendiendo a las ideas de simplicidad, eficacia y garantía (*procedimiento no formalizado*), de lo cual es una muestra una sentencia del Alto Tribunal que citamos a continuación:

Cuando la Ley crea formas especiales para el cumplimiento del acto administrativo, quiere decir que el acto debe estar rodeado de todas aquellas garantías necesarias para que pueda producir su efecto. Mas, es necesario que la misma Ley establezca de manera categórica, las formas en que ha de cumplirse, y sólo así es, cuando el acto cumplido fuera de esas formalidades legales llega a estar viciado de nulidad. Pero, cuando la ley no establece esas formas especiales para el acto, sino que únicamente establece la facultad de cumplir el funcionario tal o cual acto, la forma de expresión de la voluntad de la administración pública, puede hacerse en las condiciones que juzgue más convenientes y racional el

funcionario público, siempre que, esa forma de expresión, demuestre claramente la voluntad de la administración...

CFC-SPA: 07-12-37, M. 1938. p. 374; CFC:07-12-37, M. 1938, p. 374.

Ahora bien, en el Derecho administrativo, la evolución del *valor* de la Forma se caracteriza por pasar, de una concepción rigurosamente formalista que lleva a calificar a los vicios de forma como vicios de orden público, a otra concepción claramente informalista en la que la regla general va a ser, no ya la nulidad sino la anulabilidad.

El carácter marcadamente formalista de los orígenes del Derecho administrativo tiene su razón de ser en que para ese momento, la Forma constituye una garantía de legalidad de la actuación administrativa, la cual siendo ésta limitada, va a tener escasa influencia en el tráfico jurídico; empero, esto va a cambiar a medida que la Administración Pública extiende sus poderes de intervención prácticamente a todos los sectores de la vida social, que de exigir las formas con el rigor que en sus orígenes se le otorgó, lejos de ser una garantía se convertiría en un auténtico obstáculo al desenvolvimiento de las relaciones jurídico-administrativas, con perjuicio tanto del interés público como de los concretos derechos e intereses de los administrados.

Sin embargo, con ello no se quiere significar que la Forma no tenga hoy valor para el Derecho administrativo, sino que tiene valor sólo en la medida que resulta necesaria para alcanzar el fin que a través de esa determinada formalidad, la Ley quiere garantizar.

Por tanto, la premisa de la que habremos de partir es que la Forma no es sólo un instrumento al servicio de la legalidad de fondo. Esta, por supuesto, es una de sus finalidades, pero no la única. Por ello, para determinar si la infracción formal ha impedido al acto administrativo alcanzar algunos de los fines que el Ordenamiento le encomienda, no basta con comprobar si el contenido del mismo es correcto a pesar del vicio de forma, sino que es necesario averiguar: (i) si la vulneración del requisito formal ha impedido al acto lograr alguno de los fines que con su emanación el Ordenamiento pretende conseguir; y (ii) si no se ha causado lesión en el ámbito de los derechos subjetivos de los administrados (CSJ/SPA: 03-10-90, RDP, caso *Ali Madrid Guzmán*, N° 44-128).

Ahora, la diversidad de fines que a través de la Forma se pretenden alcanzar, impide establecer una consecuencia jurídica idéntica para todos los supuestos en que se infrinja la Forma predeterminada por la Ley. Por tanto, partiendo de la afirmación general válida que cabe adelantar de que, la Forma tiene transcendencia en la medida en que no se logre el fin que a través de la misma se pretenda conseguir, procederemos a analizar una

jurisprudencia que, no por el hecho de que no haya merecido la atención de la doctrina venezolana, no deja de constituir un precedente peligroso para la función específica del procedimiento administrativo, de ser garantía jurídica de los derechos de administrados frente a la Administración Pública y, de manera capital, del derecho fundamental de defensa.

IV. LA FORMA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA

De ordinario, la importancia de una institución se destaca no solamente por la enunciación de su existencia y la serie de requisitos o circunstancias que la hacen viable sino, más específicamente, por la fijación de los efectos, en particular, por defecto o ausencia. Evidentemente, no hay mejor modo de conocer la importancia que realmente tienen la Forma y las normas de procedimiento administrativo en un Ordenamiento Jurídico, que atendiendo a las consecuencias que a su infracción se anudan. Las precisiones que sobre el tema del derecho fundamental de defensa vamos a realizar, nos sirve para mostrar nuestra disconformidad con la minusvaloración que de las secuencias del vicio de Forma, se pretenden derivar en nuestro país.

Al respecto observamos que el reconocimiento de un «derecho a las formas» es una idea que se encuentra presente en el Derecho administrativo desde sus orígenes, y que GARCÍA DE ENTERRÍA aludiendo a «un derecho a las formas procedimentales», sostiene la atribución de una acción en protección de las formas y trámites, lo que supone inequívocamente un verdadero derecho subjetivo reaccional, cuya pretensión se dirige contra la Administración Pública, a la que así se impone, la observancia rigurosa de las formas (*Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, 1989, p. 108). Sin embargo, este «derecho a las formas» o «derecho a la formalidad» como también lo denomina BREWER-CARÍAS (*El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, 1982, Caracas, p. 122), no sólo se encuentra olvidado sino, lo que es peor, radicalmente combatido desde la propia jurisprudencia.

Ahora bien, no vamos a realizar una valoración general de la Forma en el Derecho, de manera abstracta y absoluta, sino el valor de la Forma en el procedimiento administrativo, para lo cual es necesario averiguar cuáles son las funciones que dicha institución jurídica le asigna.

Es sabido que el procedimiento administrativo no sólo constituye un instrumento de garantía de la corrección del obrar administrativo, sino que también cumple la importante función de constituir un medio de garantizar que la Administración Pública respete los derechos de los administrados. Finalidad de garantía que es la esencia misma del procedimiento

administrativo y una exigencia ineludible del Estado de Derecho. Esta sería, pues, en términos generales, la función del procedimiento administrativo como un todo considerado, en cuanto institución jurídica.

Ahora bien, si la exigencia de actuar siguiendo un procedimiento administrativo es la primera de las garantías que el Ordenamiento exige, no es la única, puesto que a su vez, las concretas *formalidades* que configuran el procedimiento administrativo van a ser también garantías de legalidad, sólo que tienen la peculiaridad de perseguir cada una un fin específico.

De manera que hay que distinguir dos supuestos distintos: (i) el vicio de procedimiento constituido por la omisión de toda garantía formal; y (ii) el vicio de procedimiento constituido por la infracción de alguno de los concretos trámites que componen el procedimiento administrativo.

De todo lo que ha sido dicho hasta el momento, es necesario insistir en que los distintos trámites o formalidades que componen el procedimiento administrativo, además de garantizar la legalidad interna del acto, tienen otras finalidades asignadas, tan o quizás más relevantes para el interés público que el directamente perseguido por el acto administrativo. Por tal razón, parece necesario reconocer que la Forma tiene un valor para el Derecho, y más en concreto para el procedimiento administrativo.

Así, se puede concluir que la Forma tiene un valor institucional que permite considerarla como el instrumento jurídico que tiene encomendado satisfacer otros fines que el Derecho considera relevantes, y que sólo a través del procedimiento administrativo se pueden llegar a alcanzar.

Una de las funciones que tradicionalmente se asigna a la Forma, es la de constituir una garantía para los administrados de que la Administración Pública actúe respetando sus derechos e intereses, lo que se traduce en el derecho fundamental de defensa.

Ahora bien, como ha puesto de relieve la jurisprudencia, en nuestro texto fundamental existe un derecho de rango constitucional de defensa, es decir, caracterizado por el nivel normativo superior en el que se encuentra incorporado, con una serie de importantísimas consecuencias para la Administración Pública como destinataria de la norma constitucional, que son las que interesa establecerse y estudiar.

En efecto, primeramente el derecho fundamental de defensa, es predicable, no sólo ante el Poder Judicial, sino que resulta de la aplicación a toda la Administración Pública en los términos de nuestra jurisprudencia que se transcriben a continuación:

«Garantía fundamental del Estado de Derecho, debe la Administración en su actuar, garantizar a todo ciudadano que pueda resultar perjudicado en su situación subjetiva, el ejercicio del derecho a la defensa, concediéndole la oportunidad para que alegue y pruebe lo conducente en beneficio de sus derechos e intereses. De esta forma, y como la manifestó este Alto Tribunal en sentencia del 08-05-91 (caso: «Cancro» y «Ganadería El Cantón»), el derecho a la defensa, consagrado genéricamente en el artículo 68 de la Carta Magna, es «extensible (en) su aplicación tanto al procedimiento constitutivo del acto administrativo como a los recursos internos consagrados por la ley para depurar aquél» (véase además la decisión del 26-04-93, caso: «Radio Rochela»)». Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 8 de septiembre de 1993, con ponencia del Magistrado Dr. Alfredo Ducharne Alonzo, caso Universidad Nacional Experimental Simón Bolívar, en el expediente N° 10.033, JCSJ/EPT, 1993, N° 8/9 – 9 En el mismo sentido: 26-05-94, caso Arnoldo José Echegaray Salas, JCSJ/EPT, 1994, N° 5-65; 08-08-94, caso Carlos Villarroel Díaz, JCSJ/EPT, 1994, N° 8/9 – 106; 01-10-96, JCSJ/EPT, 1996, N° 10-13.

En este último caso, resulta importante precisar que el artículo 49 de la Constitución de 1999 ha constitucionalizado el criterio jurisprudencial (TSJ-SPA: 17-02-2000; 25-05-2000); así, el derecho fundamental de defensa ante la Administración Pública como manifestación concreta del genérico principio de defensa constitucional pretende únicamente garantizar que ésta actúe sin perjudicar los derechos e intereses de los administrados, por el ejercicio indebido de las potestades administrativas.

La dificultad comienza, sin embargo, a la hora de descifrar que interpreta la jurisprudencia por indefensión, cuando en el supuesto de un acto administrativo cuyo contenido material está ajustado a Derecho, pero que durante la tramitación del procedimiento administrativo se ha vulnerado alguna de las formalidades que tiene como fin garantizar el ejercicio del derecho de defensa de los interesados en alguna de sus manifestaciones: derecho a ser oído (art. 32, LOPA); el derecho de acceso al expediente (art. 59, LOPA); el derecho a obtener copias certificadas (art. 59, LOPA); derecho a la motivación (art. 9, LOPA), etc. La pregunta que nos hacemos es ¿puede considerarse válido el acto administrativo dictado en tal circunstancia?

Por la afirmativa se pronuncia la jurisprudencia de la que es una buena muestra la doctrina contenida en sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, cuando sienta: «La Sala Político-Administrativa ha aceptado pacíficamente la teoría de la pérdida de los efectos invalidantes, a medida que los interesados van interviniendo y dando desarrollo al proceso

administrativo». CSJ/SPA: 10-08-93, caso José A. Correia RDP, N° 55/56-227.

Para luego terminar afirmando la relatividad del derecho fundamental de defensa por efecto de «la intervención del administrado, primero en sede administrativa y ahora en esta jurisdicción contencioso-administrativa». CSJ/SPA: 16-10-91, RDP, N° 48-129.

Debemos notar que desde el punto de vista de tal interpretación, lo que va a determinar la nulidad del acto no es que la Administración Pública haya actuado creando la indefensión, sino si se ha privado al administrado de la posibilidad de defenderse, sin importar, si el derecho de defensa lo ejerce ante la propia Administración Pública o ante los tribunales administrativos. Así, la propia jurisprudencia parece reconocer el distinto alcance que puede tener el derecho de defensa según se ejerza ante la Administración Pública o ante los Tribunales.

Con tal forma de entender la prohibición de indefensión resultaría que, la falta de audiencia o la omisión del trámite de prueba no van a constituir un vicio del procedimiento, ya que el interesado va a tener siempre la posibilidad de: (i) impugnar la decisión en sede administrativa; o (ii) impugnar la decisión en sede judicial.

No deja de resultar paradójico que el derecho fundamental de defensa haya pasado, de tener casi un carácter sagrado o sacramental —objeto incluso de protección reforzada mediante el amparo constitucional— a ser considerado por la propia jurisprudencia como una mera irregularidad no invalidante o, al menos, convalidable.

En nuestra opinión, aún admitiendo la tesis del principio instrumental de la Forma, no constituye fundamento jurídico bastante para justificar, la relatividad del derecho fundamental de defensa que se pretende deducir en la vía administrativa.

Esta sentencia, siguiendo la tesis informalista equipara de modo erróneo, el derecho fundamental de defensa ante la Administración Pública al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, siendo que se trata de dos manifestaciones distintas del principio de defensa.

Al respecto es oportuno transcribir una sentencia del Tribunal Supremo español, que establece una doctrina que conviene tener en consideración, cuando sostiene:

Entre el procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso-administrativo no existe un *continuum* en el que la indefensión producida en un momento pueda subsanarse en otro, sino que el primero es

cualitativamente diferente del segundo, y sus respectivos contenidos no pueden extrapolarse de uno a otro.

Terminado el procedimiento administrativo *ex post* del mismo y ya fuera de él, no pueden subsanarse los vicios producidos *ex ante* de la resolución que le puso término, siendo el análisis por la jurisdicción uno de los posibles motivos del recurso contencioso-administrativo en el que se impugne la validez de un acto producido sin las garantías jurídicas exigibles.

(TS: 22-02-90. Art. 774).

De lo anterior se desprende muy enfáticamente que, la defensa procesal posible ante la jurisdicción administrativa, no elimina la realidad ni la significación jurídica de la lesión al derecho fundamental de defensa producida ante la propia Administración Pública.

Por tanto, el criterio de la sentencia señalada conduce prácticamente a la eliminación de la eficacia jurídica del vicio de procedimiento y, más concretamente, de la indefensión, pues en la medida en que todos los actos administrativos por virtud del principio de la universalidad del control que consagra el artículo 259 de la Constitución vigente, son susceptibles de impugnación judicial, la oportunidad de defensa en vía judicial subsanaría tal lesión, lo que es todo un absurdo, siendo tal criterio subsanatorio inaceptable si se piensa que la mayoría de los amparos constitucionales que se siguen contra la Administración Pública y que se declaran con lugar, es con fundamento en la lesión o amenaza de lesión al derecho fundamental de defensa ante la propia Administración Pública.

V. VICIO DE INDEFENSIÓN Y LA NULIDAD ABSOLUTA

En el campo específicamente administrativo, el tema debe plantearse, esencialmente, a la vista de la LOPA y, concretamente, acerca de la regulación de los vicios de procedimientos en ella contenida en el artículo 19, ordinal 4º, *ejusdem*, siendo de recordar que, aparentemente, el defecto formal en el Derecho administrativo, para nuestra doctrina y jurisprudencia dominante, no va más allá de la anulabilidad. Esta última ha sostenido que: «(...) el criterio dominante es considerar que no todo vicio de procedimiento determina la invalidez de los actos, sino los esenciales o que produzcan indefensión de los interesados, es decir, que se carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin, o producir la indefensión de los interesados» (CPCA (Acc): 06-10-81, *Revista de Derecho Público*, N° 8-97. En el mismo sentido: CSJ/SPA: 13-03-97.

Señalaba LAFERRIERE que a cada una de las formalidades corresponde, en el pensamiento del legislador, un medio de evitar un error, de impedir una injusticia, de asegurar la madurez y oportunidad de la decisión;

de tal manera que el acto administrativo sólo se presume correcto, si todas las formalidades exigidas han sido respetadas. Esa es la idea general que preside la nulidad por vicio de forma (*Traité de la juridiction administrative*. París. T. II, p. 520).

Por tanto, conviene tener presente que para que el derecho fundamental de defensa sea efectivo, no basta con consagrarse en las normas de procedimiento administrativo ciertas formalidades que traten de garantizar el mismo ante la Administración Pública. Es necesario, además, asegurarle su efectivo cumplimiento por parte de la Administración Pública, lo que sólo se puede lograr sancionando con la nulidad todo acto —incluido aquel cuyo contenido es conforme a Derecho— que haya sido dictado sin respetar el referido derecho fundamental de defensa, sin perjuicio de exigir responsabilidades disciplinarias al funcionario que incumple el deber de actuar conforme a la legalidad. De no ser así, la Administración Pública terminaría por prescindir de las formalidades en que se concreta el derecho fundamental de defensa.

La función de garantía que desempeña el procedimiento administrativo sería en sí misma, una finalidad de interés general que se antepone al concreto fin público que pueda perseguir el acto administrativo. Por ello su infracción siempre debe sancionarse con la nulidad, incluso si el contenido de dicho acto es conforme a Derecho.

Por tanto, sancionar con la nulidad al acto administrativo que haya incurrido en una infracción formal que derive en una situación de indefensión frente a la Administración Pública, constituye el único medio de asegurar ese derecho de rango constitucional. Es claro que en estos casos, la vulneración del requisito formal que tiene por función hacer efectivo el derecho fundamental de defensa ante la Administración Pública, aún siendo el contenido del acto administrativo correcto, no le permite cumplir válidamente el resultado práctico al que está destinado.

Esa sanción de nulidad debe comportar que el vicio de forma: (i) haya situado al administrado en una situación real de indefensión; y (ii) que dicha indefensión no puede ser subsanada en sede administrativa.

En tales casos, la sanción de nulidad actúa como una medida disuasiva respecto de la Administración Pública, para lograr que respete escrupulosamente los trámites que garantizan el específico derecho fundamental de defensa en el procedimiento administrativo, pues de otro modo se convertiría a los preceptos legales que regulan la Forma en el procedimiento administrativo, en meras recomendaciones que el legislador da a la Administración Pública para la gestión del interés público. Por tanto,

creemos que en virtud del principio de imperatividad, la obligatoriedad de las normas del procedimiento administrativo no ofrece dudas.

Ciertamente —como señaló IHERING— en los casos en que el vicio de forma determina la invalidez de un acto jurídico cuyo contenido material sea válido, los efectos del formalismo son más visibles que sus ventajas, pues «se hace notar más intensamente que en los que en la forma ha cumplido su función tutelar», pero estas ventajas, a pesar de que sean menos visibles, son mayores que los beneficios que se derivarían de la ausencia de formalismo.

VI. CONCLUSIÓN

Llegados al término de estos comentarios cabe preguntarse ¿a qué conclusiones podríamos arribar?

Como señala el autor MONTERO PUERTO, cierto que el hábito no hace al monje, pero cierto también que el rito y la liturgia sirvan a la fe, como el rito en la Justicia y en la Administración Pública sirven a la libertad y a la garantía. (*Teoría de la forma de los actos jurídicos en Derecho Público*, Ed. Marfil, S.A. 1973), pues no en vano sostiene IHERING que, enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es la hermana gemela de la libertad (cit. por Juan Carlos ESGUERRA PORTOCARRERO, en *La formalidad y la informalidad en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativas*).

No tenemos inconveniente en defender la Forma, por lo cual no debe acusársenos de estar haciendo un canto a la Forma, ni tampoco pretendemos una vuelta al formalismo o, lo que es peor, al «formulismo» de viejo cuño. Ello tampoco supone desconocer las frecuentes y en ocasiones certas críticas que al uso desmesurado de la Forma se formulan y de las que en el campo del procedimiento y de las relaciones jurídico-administrativas se hace eco la doctrina contemporánea, pero que la legislación no logra superar todavía. Por ello, lo que propugnamos es reconducir la Forma a sus justos y apropiados términos.

En consecuencia, una cosa es que las exigencias del tráfico jurídico impiidan una concepción rigurosamente formalista del procedimiento administrativo, y otra muy distinta, que el procedimiento administrativo haya renunciado a la Form, pues ésta sigue siendo necesaria, siempre y cuando las ventajas que ofrezca superen los inconvenientes que su adopción conlleva (BELADIEZ ROJO, M., *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 81).

Ahora bien, todo lo anterior no significa que en la actualidad el procedimiento administrativo pueda ser calificado como informalista. Ciertamen-

te, algunos sectores del tráfico jurídico se encuentran presididos por el principio de Libertad de Forma; pero también existen otros muchos sectores en los que la Forma ha adquirido un papel preponderante. Piénsese en el imparable auge de las consultas de los archivos electrónicos o base de datos de la Administración Pública, lo que, como es obvio, exige garantizar de modo indubitable la autenticidad de la información.

Todo lo anterior pone de manifiesto que, el paso del *formalismo* al *informalismo* no es proceso lógico de la evolución del Derecho. La mayor o menor necesidad de Forma, no depende sólo del menor o mayor grado de desarrollo de un Ordenamiento Jurídico, sino sobre todo de las posibilidades de control social.

En efecto, los actos de la Administración Pública y, por supuesto, también los provenientes del Poder Legislativo y del Judicial, son actos que por definición transcinden la esfera jurídica del autor, afectando, directa o indirectamente a toda la comunidad y, por ello, el Ordenamiento Jurídico exige que se adopten con las adecuadas garantías de corrección.

En conclusión, la Forma es la vestidura del Derecho y no debe ser eliminada radicalmente. Lo que hay que evitar es que la Forma ahogue, que la Forma entorpezca, que la Forma predomine sobre el fondo, en suma, impedir que se sacrifique el fin en el altar de la Forma (GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos, en administración y Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Mesa Moles*, Madrid, 1981, p. 355).