TESIS
DP2002
G3

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

LA VÍA ADMINISTRATIVA DE RECURSO (PRESUPUESTO PROCESAL O GARANTÍA CIUDADANA)

Trabajo Especial de Grado, presentado como requisito parcial para optar al Grado de Especialista en derecho Procesal Civil

Autor:
Abog. Javier Genaro Gallo Sequera

Asesor:
Abog. Paolo Longo

Caracas, 2 de septiembre de 2002

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado presentado por el ciudadano Abogado Javier Genaro Gallo Sequera, cuyo título es: **LA VÍA ADMINISTRATIVA DE RECURSO (PRESUPUESTO PROCESAL O GARANTÍA CIUDADANA);** considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a dos días del mes de septiembre de 2002

Paolo Longo
C.I. 7.666.665

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

LA VÍA ADMINISTRATIVA DE RECURSO (PRESUPUESTO PROCESAL O GARANTÍA CIUDADANA)

Por: Javier Genaro Gallo Sequera

Trabajo Especial de Grado de especialización en Derecho Procesal aprobado en nombre de la Universidad Católica "Andrés Bello", por el jurado abajo firmante, en la ciudad de Caracas, a los dos días del mes de septiembre de 2002.

Nombre:	**Nombre:**
C.I..	**C.I.**

A María Isabel y Javier Gerardo quienes con su apoyo y compresión me facilitaron el camino para lograr la meta

INDICE GENERAL

APROBACIÓN DEL ASESOR....ii
APROBACIÓN DEL JURADO....iii
DEDICATORIA....iv
INDICE GENERAL....v
RESUMEN....vi
INTRODUCCIÓN....1
CAPITULO I: LA VIA ADMINISTRATIVA DE RECURSO....9
Origen....9
Evolución Histórico-Legislativo de la Vía Administrativa de Recurso en España....15
Los Recursos Administrativos como Garantía de los Particulares....25
CAPITULO II: LA VIA ADMINISTRATIVA DE RECURSO EN VENEZUELA....32
Una Construcción Jurisprudencial....32
La Vía Administrativa de recurso en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos....35
Estado Actual de la Jurisprudencia Venezolana en Materia del Agotamiento de la Vía Administrativa....46
CAPITULO III: LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SU INCIDENCIA EN LA VIA ADMINISTRATIVA DE RECURSO....68
Consideraciones Preliminares....68
La Tutela Judicial Efectiva como Principio Informador de la Labor Interpretativa del Juez....70
El antiformalismo....72
La Subsanabilidad....73
Orientación Antiformalista en la Vía Administrativa de Recurso Algunas Referencias en el Derecho Comparado....76
La Subsanabilidad del Recurso Prematuro....76
La Subsanabilidad por Falta de Recurso Administrativo....78
Flexibilización de la Extemporaneidad del Recurso Administrativo....80
CAPITULO IV: LA VIA ADMINISTRATIVA DE RECURSO EN EL DERECHO COMPARADO....81
La Vía Administrativa de Recurso en España....81
La Vía Administrativa de Recurso en la Republica Federal de Alemania....86
La Vía Administrativa de Recurso en Italia....91
La Vía Administrativa de Recurso en Francia....98
CONCLUSIONES....102
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS....110

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

LA VÍA ADMINISTRATIVA DE RECURSO (PRESUPUESTO PROCESAL O GARANTÍA CIUDADANA)

Autor: Javier Genaro Gallo Sequera
Tutor: Paolo Longo
Septiembre 2002

RESUMEN

Esta investigación analizó la vía administrativa de recurso, su origen, evolución legislativa, su recepción en el derecho venezolano y su actual regulación en la Ley Orgánica de Procedimientos administrativos. Así mismo investigó la validez constitucional de la vía administrativa de recurso como presupuesto procesal y el papel que desempeña éste instituto en un Estado de Derecho y de Justicia. Conforme a las condiciones establecidas en el manual para la elaboración del trabajo especial de grado de la Universidad Católica Andrés Bello (1997), la investigación fue monográfica a nivel descriptivo, con el objetivo de conocer las características del problema de investigación. Se partió de métodos tanto cualitativos como documentales, con apoyo de una extensa bibliografía, con los cuales se analizaron los criterios doctrinarios y jurisprudenciales que se refieran al análisis del tema planteado. La importancia de esta investigación consistió en establecer criterios generales que permiten fijar una posición sobre el sentido y alcance de la vía administrativa de recurso, así como su validez constitucional, tanto desde la perspectiva general, como desde su particular configuración en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
Descriptores: Tutela judicial efectiva, agotamiento de la vía administrativa, acceso a la justicia, vía previa, vía administrativa de recurso, jurisdicción contencioso- administrativa, causar estado, acto consentido, silencio administrativo.

INTRODUCCIÓN

La inclinación por el estudio del tema analizado en ésta investigación surge como consecuencia de una serie de decisiones dictadas durante el transcurso de los años dos mil y dos mil uno, tanto por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo como por el Tribunal Supremo de Justicia. En ellas se plantea el tema de la validez constitucional del requisito del agotamiento de la vía administrativa como presupuesto de acceso a la justicia administrativa.

El inusitado interés de los tribunales venezolanos sobre la materia del agotamiento de la vía administrativa, parecía razonable dada la reciente aprobación de un nuevo Texto Constitucional. En efecto la nueva Constitución venezolana aprobada en diciembre de 1999, ha consagrado con mayor precisión y amplitud que su predecesora de 1961, el derecho a la tutela judicial efectiva. Por otra parte su exposición de motivos favorece la tesis de la electividad de los recursos administrativos, haciendo un llamado al legislador nacional para que mediante una reforma de la ley orgánica respectiva, elimine la utilización obligatoria de la vía administrativa de recurso para acudir al contencioso de anulación de los actos de efectos particulares.

Las razones expresadas aunadas a la invocación de otros preceptos constitucionales como la consagración del Estado de Derecho y de Justicia, así como el de la prevalencia de la justicia sobre las formalidades no esenciales del proceso entre otros, llevaron a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo mediante sentencias como la recaída en el caso Ramón Díaz contra el Municipio Sucre del Estado Miranda de 24 de mayo de 2001 a considerar que las disposiciones legales que exigen el agotamiento de la vía administrativa, no debían constituir formalidades esenciales por ser contrarias a derechos y garantías establecidas en el texto constitucional.

Una posición similar asumió el propio Tribunal Supremo de Justicia, cuando en la sentencia de la Sala Electoral, recaída en el caso Guarulla, de 18 de Septiembre de 2000, estableció que al confrontar las normas de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que exigen el agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de los recursos contenciosos electorales, con los preceptos constitucionales que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, traía como resultado que en materia electoral, el ejercicio del recurso jerárquico previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en lugar de ser una garantía para los administrados, era un privilegio de la administración que podía incluso llegar a conculcar el derecho de acceder a la justicia electoral.

Sobre la base de las consideraciones anteriores determinó que cuando el acto recurrido emanase de un órgano distinto del directorio del máximo ente comicial, no constituía un requisito de admisibilidad de los recursos contenciosos electorales.

No fue esta sin embargo la posición de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, cuando en una sentencia de fecha 27 de marzo de 2001, retomó el criterio original que consideraba el agotamiento de la vía administrativa como un presupuesto de la justicia administrativa. Esta posición fue secundada por la propia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia de 26 de abril de 2001, con lo cual daba un cambio radical respecto de su criterio anterior, favorable a la no exigencia de la vía administrativa previa como presupuesto procesal que venía sosteniendo desde hacía tan solo un año antes.

Conforme a estas decisiones jurisprudenciales se puede afirmar que en Venezuela, el agotamiento de la vía administrativa era requisito de acceso a la justicia para el año 1999, en 2000 dejaba de serlo y, en 2001 volvía a ser exigible. La situación descrita plantea la necesidad de buscar respuestas a interrogantes como el de la validez constitucional de la vía administrativa como presupuesto del la justicia administrativa, así como el del verdadero

sentido y alcance de este instituto en un estado social de derecho y de justicia.

Estas exigencias se acentúan en el caso del agotamiento de la vía administrativa en el contencioso de anulación de los actos administrativos de efectos particulares, debido al engorroso sistema de recursos administrativos implantado por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) de 7 de mayo de 1981, que impone a los particulares, la carga de plantear dos y en ocasiones tres recursos administrativos sucesivos para agotar la vía administrativa, circunstancia que pareciera ir en contra del derecho de los ciudadanos de acudir a los órganos judiciales para la cobertura de sus derechos e intereses.

En efecto la LOPA exige la interposición preceptiva de un recurso de reposición previo al jerárquico, el cual a su vez también se establece de forma obligatoria. Mas aun, el recurso jerárquico impropio que bajo el criterio jurisprudencial precedente, era excepcional y procedía solo cuando una disposición legal expresa así lo dispusiera, ahora se exige como regla general.

La respuesta a los planteamientos expresados precedentemente, requieren una investigación que analice por una parte las distintas teorías y estudios

sobre la validez constitucional de los requisitos legales condicionantes de la apertura al proceso. Mas concretamente sobre la cobertura constitucional de la vía administrativa de recurso como presupuesto de la justicia administrativa. Por otra parte, si la vía administrativa de recurso es simplemente un presupuesto procesal o algo mas que ello, una garantía ciudadana.

Lo anterior exige un estudio a profundidad de la vía administrativa de recurso, su origen, su evolución legislativa, su regulación actual en Venezuela y fundamentalmente los fines que este instituto desempeña en el marco de un estado social de derecho y de justicia.

También se ha considerado útil a los fines de la investigación, hacer referencia al derecho comparado. Con ello se pretende confrontar la regulación vigente de la vía administrativa de recurso en Venezuela, con la de aquellos países que presentan una larga tradición legislativa en el tratamiento de la materia.

El derecho comparado resulta útil, ya puede aportar elementos que permitan en un futuro llevar adelante la reforma al sistema de recursos de la LOPA, que como se comentaba, tan difícil hace el acceso a la justicia. Por último no se debe soslayar el rol fundamental que los jueces como garantes de los

derechos fundamentales y de la integridad de la Constitución, fundamentalmente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como máximo y último interprete de la constitucionalidad, están llamados a desempeñar en la modulación del requisito del agotamiento de la vía administrativa, sobre todo en sus aspectos mas inicuos, aquellos que presentan mayores dificultades a la hora de garantizar el acceso a la justicia administrativa.

Por ello se analizan los efectos de la tutela judicial efectiva en la vía administrativa de recurso. En especial se hace referencia a ciertas experiencias de la jurisprudencia española, algunas de recibo en Venezuela, en las que por una interpretación de las disposiciones legales en el sentido mas favorable al acceso al proceso, se han venido relajando las reglas de la obligatoriedad de la vía administrativa previa.

La importancia de esta investigación está precisamente en la originalidad con que aborda el tema de la vía administrativa de recurso. En Venezuela por lo general los estudios en esta materia forman parte de obras mas extensas, referidas bien a la teoría de la actividad administrativa, o sobre el derecho procesal administrativo. Por consiguiente, es difícil encontrar en ellas aspectos tales como la validez constitucional de la vía administrativa, referencias al derecho comparado, o sobre origen de este instituto. Desde

esta perspectiva la materialización de la presente investigación, constituye un aporte para el estudio de un aspecto de la ciencia jurídica poco tratado por la doctrina venezolana. En tal sentido, el análisis de las opiniones versadas por tratadistas nacionales y extranjeros sobre el tema, desde el enfoque y punto de vista del autor, permitirá arrojar un cuadro de conclusiones que servirán de soporte a futuras investigaciones de mayor alcance.

Para lograr esta investigación se siguieron las recomendaciones aportadas por el manual para la elaboración del trabajo especial de grado en el área de derecho, para optar al título de Especialista de la Universidad Católica Andrés Bello, del año 1997. En consecuencia se trató de un estudio monográfico, apoyado en fuentes bibliográficas, y a un nivel descriptivo. La técnica utilizada fue el análisis de contenido de opiniones de autores y criterios jurisprudenciales. Se utilizó como instrumento, la matriz de análisis de contenido, en la que fueron estudiadas las distintas posiciones de autores calificados en el área de la problemática estudiada. El instrumento se validó confrontando los resultados arrojados por la investigación, con la opinión de expertos en la materia, los cuales fueron seleccionados de acuerdo a los cargos desempeñados y su experiencia profesional.

La información fue recolectada a través de técnicas como la de visión general de la obra (VGO) y la lectura selectiva. Esta información se clasificó

de acuerdo a las técnicas de resumen, fichaje y sistema fólder, lo que permitió la ordenación y clasificación de los datos consultados y recogidos. Finalmente se utilizaron métodos deductivos e inductivos y la información resultante fue sometida a un análisis interno y externo, para precisar su autenticidad y racionalidad.

CAPÍTULO I

LA VÍA ADMINISTRATIVA DE RECURSO

Origen

Pudiera afirmarse que la vía administrativa como fase previa a la jurisdiccional, tiene su fundamento en la particular interpretación dada por los revolucionarios franceses, al principio de separación de poderes, materializada en la Ley 16, de 24 de agosto de 1790, con antecedente en otra de 22 de diciembre de 1789, que establecía:

> "...Las funciones judiciales son y han de permanecer siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de cualquier manera...las operaciones de los cuerpos administrativos, ni emplazar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones..." (De Enterría, E. y Fernández, T. 1995, 482).

Esta exención judicial sobre la actuación de la administración, materializada en la ley de separación precedentemente citada, se debió al temor de los constituyentes en las posibles obstrucciones y desvíos que podrían haber ejercido los parlamentos, al nuevo gobierno que se instauraba; se debe recordar que fueron estos estamentos nobiliarios, los que dieron al traste con el antiguo régimen, circunstancia que trajo como consecuencia que fuera la propia administración activa en cabeza del Ministro o los directorios de departamento, la que se encargara de dirimir las controversias suscitadas

entre ésta y los ciudadanos en los primeros tiempos del gobierno republicano, (principio de la justicia retenida).

Posteriormente con la creación de los órganos consultivos, Consejo de Estado en el ámbito central y los Consejos de Prefectura en el local, se inicia el proceso de separación entre la función activa y la jurisdiccional, en donde si bien, la administración activa conserva aún la atribución resolutoria, previamente debía oír al Consejo de Estado o al de Prefectura, en tanto se tratara de asuntos concernientes al poder central o local.

Este sistema de justicia retenida, tiene recepción en España mediante la aprobación de las leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, por medio de las cuales se crean los consejos provinciales y el Consejo Real, con funciones similares a las realizadas en Francia por los ya mencionados consejos de prefectura y Consejo de Estado.

Posteriormente en Francia con la ley de 24 de mayo de 1872, se pasa a la etapa de la justicia delegada, otorgándose al Consejo de Estado, facultades resolutorias, circunstancia que se vio reforzada con la desaparición de las facultades jurisdiccionales otorgadas al Ministro, que en un primer momento, era el juez de derecho común de la primera instancia en los asuntos administrativos, siendo el Consejo de Estado, juez de apelación. Esta

situación cambia con la sentencia del Consejo de Estado, de 13 de diciembre de 1889 (caso Cadot), en la que éste órgano asume la condición de juez de derecho común, eliminando así al Ministro de la jurisdicción administrativa. (Rivero, J. 1984,151).

En España, la fase de justicia delegada se produce con la ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 13 de septiembre de 1888, que instaura un sistema mixto o armónico que hace intervenir en los órganos de resolución de los recursos contencioso-administrativos, a personal judicial estricto junto a personal administrativo. (De Enterría, E. 1992, 30 y 31).

El origen y posterior evolución del sistema de justicia administrativa de tipo continental, en su país de origen Francia y su posterior recepción en los distintos países de su entorno, incluyendo por supuesto a España, hubo de influir decididamente en la configuración de la vía administrativa previa a la jurisdiccional, y de institutos afines como la necesidad del acto previo y el carácter revisor en que fue estructurado este sistema. Este criterio es sostenido por Sarmiento, M. (1996, 71 y 72), al señalar:

> "A lo largo de este trayecto histórico se va consolidando la vía administrativa previa a la jurisdiccional. Tal consolidación se ha producido por la concurrencia e interconexión de una serie de circunstancias que comienzan por el propio carácter y evolución de la jurisdicción primero retenida, luego delegada... Como ya se ha puesto de manifiesto, el sistema articulado por las Leyes de 1845 es un modelo, al menos en su órgano más relevante

> de justicia retenida, en la cual hay que distinguir, por de pronto, la administración activa de la contenciosa a la que corresponde el contencioso-administrativo. La separación de las dos esferas Administración activa-Administración contenciosa es, ... clara y pacifica, y no suscita ninguna controversia o discusión. Tal diferenciación hay que tenerla en cuenta para comprender cabalmente cómo se van consolidando las vías previas, ya que si desde una visión esquemática del funcionamiento de la jurisdicción retenida no parece encontrarse excesiva justificación a las vías previas, lo cierto es que el desenvolvimiento de estas dos vertientes de la administración activa y contenciosa hicieron cobrar sentido a las vías previas. De manera que si en el comienzo de la andadura de los nuevos organismos (Consejo Real y Consejos Provinciales) no estaba clara la necesidad de tener un acto definitivo para formular el recurso contencioso, la evolución posterior, produjo la exigencia de un acto definitivo en vía administrativa..."

El hecho de que la evolución por separada de estas dos vertientes, administración activa y contenciosa, cimentó la consolidación de las vías previas, puede comprobarse si se tiene en cuenta que la ley española de 2 de abril 1845 arriba mencionada, no establecía otros presupuestos procesales para las causas sometidas a la consideración de los consejos provinciales, que los establecidos para los asuntos civiles. Va ser con la evolución posterior de la rama administrativa separada de la contenciosa, y en la medida en que la administración se hace mas compleja e interventora, que esta última va ir arrancando inmunidades y privilegios frente a los jueces, los cuales se van a ir perfilando como obstáculos a la admisión de la demanda.

Ejemplo de lo anterior lo representa la Real Orden de 9 de junio de 1847, que va a introducir en el ámbito de la jurisdicción civil, el principio de la reclamación administrativa previa en los juicios en que se hubiera visto involucrada la administración pública, mas tarde llevada al ámbito de las demandas contra la Hacienda Pública, por Real Decreto de 20 de septiembre de 1851.

Por su parte en el ámbito concreto del contencioso administrativo y paralelamente a la reclamación administrativa previa de la jurisdicción ordinaria, surge la problemática de la exigencia del acto que cause estado, articulado también como requisito de admisión de la demanda, la cual va a ser fundamental para el surgimiento de la vía administrativa previa de recurso, y que va a significar que se le van a dar a los actos administrativos, las características propias de las sentencias, es decir, su ejecutoriedad y la imposibilidad de que puedan ser modificados, salvo mediante la interposición del recurso contencioso administrativo. Esta nueva exigencia la va a establecer en el ámbito de la Hacienda Pública como se verá mas adelante, el Real Decreto de 21 de mayo de 1853 y extendida a los otros órganos de la administración del estado, en virtud del Real Decreto de 20 de junio de 1858. (Alonso. M. 1996).

La cuestión estribaba en saber cuales actos causaban estado y cuales no lo hacían. Según el referido Decreto Real de 21 de mayo de 1853, causaban estado con carácter general las resoluciones del Ministro de Hacienda, no obstante, se admitía por vía de excepción que en ocasiones algunas resoluciones emanadas de los directores generales causaran estado, siempre que alguna norma especial así lo dispusiera. Puede observarse como el principio de la Jerarquía jugaba un papel preponderante en el pensamiento jurídico del siglo diecinueve, lo que va a llevar a Nieto (1992), citado por Sarmiento (1996, 74) a afirmar, que este "... era uno de los instrumentos para conseguir los fines de la Administración de esta época..."

El hecho de que en la generalidad de los casos, causaran estado solo las resoluciones o actos dictados por los superiores jerárquicos de la estructura administrativa, va a explicar como surge la necesidad de instrumentar un sistema de recursos administrativos necesarios para obtener el acto que cause estado, como vía preceptiva y previa al posterior enjuiciamiento jurisdiccional.

Por último va a ser la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 13 de septiembre de 1888, el primer instrumento normativo español de carácter adjetivo, en establecer como cláusula general, la exigencia

obligatoria del acto que cause estado como presupuesto para acceder a la justicia administrativa.

Evolución Histórico-legislativo de la vía Administrativa de Recurso en España

El Real Decreto de 21 de mayo de 1853, fue el primer instrumento normativo español que articuló la vía administrativa de recurso con la contenciosa, estableciendo en su artículo 2 la obligación de revisión gubernativa ante el Ministro, de las decisiones dictadas por los directores generales. Sin embargo, debido a la posibilidad como se hacía referencia con anterioridad de que algunas resoluciones o actos de los directores generales causaran estado, se generó cierta duda a cerca de si debían recurrirse en vía administrativa los actos de estos últimos, o si por el contrario, podían ser demandados directamente ante la justicia administrativa.

Esta circunstancia se va a conectar con el sentido y alcance que debía otorgársele a la vía administrativa previa, puesto que para quienes consideraban la vía previa como una prerrogativa de la administración, estimaban que en todo caso debía admitirse alzada ante el Ministro. Por el contrario, quienes concebían a la vía administrativa como una garantía del particular adoptaban la postura contraria, en el sentido de estimar que el

interesado podía perfectamente renunciar el recurso de alzada y acudir directamente a la justicia administrativa.

Pudiera parecer contradictorio que en un ámbito como el de hacienda, que dio origen a muchas de las actuales prerrogativas que goza la administración en sus relaciones con los particulares, pudiera tener cabida una interpretación que privilegiase la noción de concebir a la vía administrativa como una garantía para salvaguardar los derechos e intereses de los particulares.

Sin embargo tal concepción garantista de la vía previa, tuvo recepción en el derecho positivo precisamente en el ámbito de hacienda. Así la Real Orden de 20 de agosto de 1866 estableció, que los acuerdos de la Junta Superior de Ventas y de la Dirección de Propiedades y Derechos del Estado causaban estado, si en el plazo de sesenta días no se recurrían; posición reafirmada por el Reglamento para el Régimen y Tramitación de los Negocios del Ministerio de Hacienda de 18 de febrero de 1871, el cual disponía que las resoluciones de los directores causaban estado, pasados sesenta días de su publicación, abriéndose por consiguiente la vía jurisdiccional para los interesados en impugnar tales resoluciones, por considerarlas perjudiciales a sus derechos e intereses, para lo cual, contaban con un lapso de seis meses

a contar desde el día en que hubiere causado estado la resolución del Director.

Puede observarse claramente que para la época, la no impugnación por el interesado del acto o resolución en los plazos indicados, no significaba que este adquiriera firmeza como ocurriría hoy en día, ya que el principio del acto consentido no se va a consagrar en la legislación española, sino hasta el año de 1881.

Efectivamente este instituto pasa a formar parte del derecho positivo español, con la Ley de Bases para el Procedimiento en las Reclamaciones Económicas Administrativas de 31 de diciembre de ese año, también conocida como Ley Camacho, con lo que se inicia la diferencia entre los actos firmes y los que causan estado. Así "...un acto... que no causa estado, por proceder de órganos inferiores de la jerarquía, alcanza sin embargo firmeza, tanto frente al particular que deja vencer los plazos de alzada ...como frente a la Administración, para la cual se hace... definitivo e irrevocable." (De Enterría, citado por Sarmiento, 1996, 78).

De tal manera que a partir de la Ley Camacho, el particular se verá obligado a recurrir del acto administrativo dentro de plazos fugaces, ya que de lo contrario, el acto que inicialmente era anulable se convierte en firme,

quedando subsanado de sus posibles vicios y haciéndolo inatacable, tanto en la vía administrativa como en la judicial.

Otro aspecto introducido por la Ley Camacho, fue la doble instancia en vía administrativa, de manera que los directores generales conocían en primera instancia de los asuntos propios de la administración central, y las resoluciones que adoptaban estos, eran recurribles para ante el Ministro en el fugaz plazo de quince días. Este sistema de doble instancia en vía administrativa, va a permanecer hasta la reforma parcial de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) de 2 de diciembre de 1963, que redujo a uno, los recursos de alzada que podían interponerse.

Estas circunstancias alteraron definitivamente el sentido de la vía administrativa de recurso en España, sentando las bases de su concepción actual, mas inclinada hacia su configuración de carga para el particular que como una ventaja, con lo cual se echó por tierra la línea evolutiva implantada por la Real Orden de 20 de agosto de 1866, cuya secuela de carácter potestativo de los recursos, tantos beneficios podía haber dado.

Posteriormente la Ley de Bases de 19 de octubre de 1889, también conocida como Ley Azcárate, en un intento por establecer unos principios procedimentales mínimos que guiaran la actuación de la administración de la

época, remitió a los reglamentos de procedimiento de los distintos departamentos ministeriales, la regulación de los recursos procedentes en vía administrativa.

De esta manera se fueron dictando con el tiempo, los distintos reglamentos que establecieron una disparidad de regímenes e incluso de denominaciones de estos medios de impugnación, en el que variaban de un reglamento a otro, aspectos tan fundamentales como la tramitación, plazos de interposición y resolución, inclusive dentro de una misma tipología de recursos, circunstancia que generó como era de esperarse un profundo caos, que produjo según la opinión de Piñar, J. (1990, 126), una verdadera desorientación entre los particulares, en el que éstos asistían al procedimiento completamente a oscuras, solo remediado en parte por la buena voluntad del funcionario de turno.

Resulta indudable que una situación coma la descrita, en nada favorecía la posición jurídica de los particulares, que veían en el asistemático sistema de recursos, un obstáculo insoslayable para la protección de sus derechos e intereses frente a la actuación de la administración, lo que hacía imperiosa la promulgación de una ley de procedimiento administrativo que consiguiera la tan anhelada unidad del sistema de recursos.

En este contexto es dictada la LPA de 17 de julio de1958, que junto con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJ) de 27 de diciembre de 1956, establecieron un sistema de recursos administrativos que vendría a solucionar en cierta medida, la situación planteada precedentemente. Efectivamente la LPA, significo un grado de unificación y simplificación importante dentro del sistema de recursos, pero también una mejora de su configuración procedimental, especialmente en aspectos fundamentales como la tramitación, plazos y silencio, cuya voluntad quedaba expresada en la propia exposición de motivos al establecer:

> "La Ley atiende, en primer lugar a un criterio de unidad. Procura, en lo posible, reunir las normas de procedimiento en un texto único aplicable a todos los Departamentos ministeriales ...Respeta sin embargo, la especialidad de determinadas materias administrativas, cuyas peculiares características postulan un procedimiento distinto del ordinario...Sin embargo, como la existencia de tales procedimientos en modo alguno puede justificar un régimen diferenciado del sistema de recursos y del silencio... en estos aspectos se mantiene la unidad de normas..." (González, J. 1960, 26 y 27).

En cuanto al sistema de recursos de la LPA, estos se podían dividir en tres grandes grupos: recursos ordinarios (alzada y reposición), especiales (suplica y reclamaciones económico-administrativas) y extraordinario, (de revisión). Sin embargo, por ser los recursos ordinarios los que habitualmente debían ser interpuestos para tener abierta la vía judicial, serán estos los que centrarán la atención del presente trabajo monográfico.

El recurso de alzada estaba regulado en los artículos 122 al 125, ambos inclusive de la LPA. Se trataba de un recurso jerárquico, que se interponía contra los actos que no agotaban la vía administrativa. Así el artículo 122 numeral 1 establecía que los actos que no ponían fin a la vía administrativa, debían recurrirse en alzada ante el órgano superior jerárquico del que lo dictó, de modo que si la autoridad del cual emanaba el acto tenía superior jerárquico, el recurso que había que interponer para agotar la vía administrativa era el de alzada, por tanto, era presupuesto procesal únicamente cuando el acto objeto de la impugnación, emanaba de un órgano que dependía de un superior jerárquico. (González, J. y González, F. 1999, 2338).

Este recurso de alzada se interponía de conformidad con el artículo122 numeral 24 de la LPA, en el plazo de 15 días contados a partir del día siguiente a la notificación o publicación del acto. Conforme al artículo 125 de la aludida ley, el plazo de resolución del recurso era de tres meses, pasados los cuales sin que la administración notificare su resolución se consideraba desestimado y expedita la vía judicial.

El recurso de reposición por el contrario, se previó como trámite previo al contencioso administrativo y de carácter obligatorio. Introducido primeramente contra los actos dictados por las corporaciones y autoridades

municipales, pasando luego a toda la administración local, y por último generalizándose como requisito previo y obligatorio al contencioso administrativo por la LJ (Guaita, A. 1977, 31).

Por lo anteriormente expuesto se puede afirmar, que si el recurso de alzada era admisible solo contra los actos que no ponían fin a la vía administrativa, el recurso de reposición por el contrario, procedía solo contra aquellos actos que no fueran susceptibles de recurso de alzada, ya fuera porque el órgano que dictó el acto no tuviese superior jerárquico o porque aun teniéndolo, así lo hubiese dispuesto el ordenamiento jurídico, en consecuencia, el recurso de reposición era admisible solo contra los actos que ponían fin a la vía administrativa.

El recurso de reposición se caracterizaba por que se interponía ante el mismo órgano que dicto el acto recurrido. El plazo para su interposición era de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 de la LJ, de un mes contado a partir de la publicación o notificación del acto. Por el contrario debía ser resuelto de acuerdo con el artículo 54, en el plazo de un mes.

El recurso de reposición era preceptivo en la generalidad de los casos, salvo en aquellos establecidos en el artículo 53 de la LJ. Así de conformidad con la

aludida norma, era potestativo el recurso de reposición en los siguientes supuestos:

En el caso de resolución de un recurso administrativo.

Cuando eran dictados en ejercicio de la potestad de fiscalización sobre actos provenientes de otro órgano, corporación o institución si fueren aprobatorios del acto fiscalizado.

Cuando se producía el silencio administrativo.

En los casos de actos no manifestados por escrito y,

En los casos de las disposiciones de carácter general, en el supuesto previsto en el artículo 39, párrafo primero.

El recurso de reposición por su configuración técnica nunca fue bien acogido por la doctrina, criticándose el hecho de ser un requisito inútil que retrasaba el acceso a la justicia administrativa. Efectivamente al ser resuelto por la misma autoridad que dictó el acto recurrido, se dudaba de la voluntad del propio funcionario para corregir o revocar su criterio (González, J. y González, F. 1999, 2349).

Quizás atendiendo a estas criticas, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC) de 26 de noviembre de 1992, eliminó el recurso de reposición, no obstante instaurado de nuevo en la reforma de 1999, pero con carácter facultativo.
Como se puede constatar el sistema de recursos instaurado por la LJ y LPA en los años cincuenta, constituyó un avance importante en la simplificación y unificación de estos medios impugnativos, no obstante, al generalizar el recurso de reposición como requisito previo y obligatorio al contencioso administrativo, afectó la posibilidad de que los actos emanados de órganos situados en la cúspide de la jerarquía administrativa, fuesen recurribles directamente ante la justicia administrativa.

La legislación de los años cincuenta, venía siendo duramente criticada por la doctrina mas calificada. Se le objetaba el carácter obligatorio con que habían sido configurados los recursos en sede administrativa, por lo cual si el particular, quería impetrar la justicia administrativa, debía necesariamente intentar un recurso de alzada o de reposición según el caso, y luego esperar la decisión expresa de la administración, o que trascurrieran los plazos del silencio, tres meses para el recurso de alzada y un mes para el de reposición.

Otra de las criticas iba dirigida a la simplificación del sistema. Para algunos autores como Fernández, T. (1990, 8), carecía de sentido la pluralidad de regímenes jurídico de los recursos de alzada y reposición, en cuanto a plazos de interposición y silencio, e inclusive sobre las posibilidades de subsanación de uno y otro recurso, ya que si bien el artículo 129 numeral 3, de la LJ, daba la posibilidad de subsanar en el contencioso la omisión del recurso de reposición, la LPA no establecía tal posibilidad para el recurso de alzada, esto debido a que la regulación de estos, estaba confiada a dos leyes distintas que nunca lograron ser armonizadas por completo.

Las anteriores circunstancias propiciaron una reforma sustancial del régimen de recurso llevada a cabo mediante la LPC de 1992, que con la reforma parcial de 1999, regula en la actualidad todo lo referente a los recursos en sede administrativa. El estudio de cómo se articula la vía previa administrativa de recurso con la jurisdiccional, al amparo de esta ley, será objeto de estudio en el capítulo IV de esta investigación.

Los Recursos Administrativos como Garantía de los Particulares

Los recursos administrativos cumplen una función importante en la tutela jurídica de los particulares, son medios de impugnación que permiten al

administrado poner de manifiesto a la administración, con entera libertad, su punto de vista y le da una segunda oportunidad de obtener una respuesta satisfactoria después de un nuevo examen del expediente. La tutela jurídica que brinda es universal por cuanto no solo se limita al examen de la legalidad del acto, sino que va mas allá y abarca razones de oportunidad, mediante un examen completo del asunto.

Por otra parte los recursos administrativos cuando son declarados con lugar, brindan una tutela jurídica a mas bajo costo y en un menor tiempo como promedio de la otorgada por los tribunales de justicia. La ventaja de los recursos administrativos queda patentizada en los asuntos de pequeña cuantía, ya que virtualmente se convierten en el único medio de garantía que disponen los particulares, para hacerle frente a los actos de la administración contrarios a derecho (Fernández, citado por Tornos, 1993, 651). En tal sentido, sería inimaginable que un funcionario al cual le fue impuesto una amonestación escrita por ejemplo, vaya a intentar un recurso contencioso administrativo contra tal acto, ya que el tiempo y los costos del proceso hacen en estos casos imposible su revisión jurisdiccional.

Sin embargo la tutela jurídica que proporcionan los recursos administrativos es limitada. Al ser interpuestos y resueltos por la propia administración activa, se configura en ésta la doble condición de juez y parte, lo que va en

detrimento de la neutralidad e independencia del órgano llamado a decidir el asunto. Por esta circunstancia cobra sentido la propuesta de Tornos, J. (1993) de dejar la resolución de los recursos a funcionarios situados fuera de la línea jerárquica. De esta forma, dice el precitado autor "...podrá revisarse el acto impugnado...ante un órgano técnico en la materia e independiente, órgano que resolverá en modo directo o propondrá la resolución a adoptar..." (P.656)

Otro aspecto que pudiera afectar o incidir de manera negativa sobre las posibilidades que ofrecen los recursos administrativos como medio de garantía de los derechos de los particulares, tiene que ver con la forma como éstos han sido tradicionalmente establecidos en muchas legislaciones. En efecto como se ha podido evidenciar para el caso de España, así como en otros tantos países, en especial en América Latina, cuyas legislaciones en su gran mayoría son tributarias directas de la de aquel país, la interposición de los recursos en sede administrativa constituye un requisito de obligatorio cumplimiento para acceder a la justicia administrativa.

La configuración obligatoria de los recursos administrativos, ha sido duramente criticada por buena parte de la doctrina española, sobre todo después de la Constitución de 1978, cuyo artículo 24 numeral 1, contempló el derecho a la tutela judicial efectiva. Esta corriente doctrinal sostiene que la

vía administrativa previa, debe ser una potestad facultativa del interesado, es decir, si el particular lo dispone puede interponer los recursos administrativos y acudir después a la justicia administrativa o bien si lo prefiere, una vez dictado el acto administrativo puede acudir a los órganos jurisdiccionales, sin tener que pasar por este largo requisito procesal.

En ese mismo sentido Campo, J. (1993, 1020 y 1021) ha expresado que "...si los recursos administrativos están concebidos como una garantía para los administrados, los mismos interesados pueden decidir autónomamente, si impugnan previamente ante el ente público...o bien impetra directamente su acción en la vía judicial..."

En Alemania donde es necesario interponer los recursos administrativos para poder acceder a la justicia administrativa, la discusión sobre la electividad de los recursos es de vieja data. Ya en 1958, Kniesch citado por Nieto (1960, 86) se había manifestado a favor de la conversión de los recursos en potestativos, en el entendido que la imposición obligatoria de la vía previa administrativa era un instituto inconstitucional, por atentar contra el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 19 numeral 4 de la Constitución Alemana. Así mismo entendía el precitado autor, que esta formula de recursos cercenaba al Poder Judicial y constituía una autentica intromisión del ejecutivo sobre el ámbito de la jurisdicción.

No obstante lo anterior ni la doctrina en su porción mayoritaria ni la jurisprudencia alemana han formulado reparos al sistema obligatorio de recursos administrativos, instaurado por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 21 de enero 1960, esto por cuanto se ha sostenido que al ser instrumento de control de la legalidad y oportunidad del acto administrativo, lejos de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, lo fortalece (Bernéz, J. 1993, 459).

En definitiva la vía administrativa de recurso es una garantía para los ciudadanos que permite cuando es estimada, brindar una tutela jurídica a menor costo y en un tiempo relativamente mas breve que la brindada por la jurisdicción, especialmente en asuntos de poca relevancia. No obstante se requiere revisar algunos aspectos de su configuración técnica, que si alguna vez tuvieron validez, hoy en día resulta difícil su justificación.

En primer lugar estaría la conveniencia de separar a la administración activa de la resolución del asunto. Con la creación de órganos separados de la línea jerárquica, se lograría mayores garantías de imparcialidad y objetividad en la resolución de los asuntos. Por otra parte con esta formula, la administración activa ganaría eficacia ya que no tendría que ocuparse en lo adelante de asuntos que le son ajenos a su cometido constitucional, es decir,

la de dar pronta y eficaz satisfacción a los intereses generales que tiene confiados.

En tal sentido, se produciría una desconcentración de actividades de la administración, que tendría la posibilidad de reorientar los recursos humanos y materiales que de ordinario son dispuestos para resolver los recursos, en otras áreas prioritarias, dejando que órganos especializados situados fuera de la línea jerárquica, resuelvan directamente el asunto, o propongan la resolución a adoptar.

El otro aspecto que debe ser revisado en la arquitectura del recurso administrativo va referido a su mantenimiento como obligatorio, es decir, como presupuesto procesal. Dictado el acto de la administración, sería preferible que el interesado pueda acudir directamente a la jurisdicción en defensa de sus derechos e intereses legítimos que hubiesen resultado lesionados. Si bien se debe admitir la posibilidad de que el administrado pueda, si es su preferencia, interponer los recursos administrativos que se establezcan. Todo dependerá del grado de confianza que se tenga en la vía administrativa, para la satisfacción de sus pretensiones.

Ante la situación planteada, si el administrado, en razón de la naturaleza del asunto considera que por la vía de los recursos administrativos puede conseguir la satisfacción de su pretensión, sin necesidad de acudir al

proceso, siempre mas lento, complicado y costoso, se ha de admitir la posibilidad de los recursos. Pero si tiene el convencimiento de que nada logrará por esta vía, no tiene sentido retardar el acceso a la jurisdicción, con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil.

CAPÍTULO II

LA VÍA ADMINISTRATIVA DE RECURSO EN VENEZUELA

Una Construcción Jurisprudencial

En Venezuela la regulación mediante ley de los recursos administrativos como presupuesto del contencioso-administrativo de anulación de actos de efectos particulares es relativamente reciente, circunstancia que contrasta con países cuya tradición legislativa en este campo puede remontarse a mas de un siglo. Esto no quiere decir que la vía previa de recurso haya sido ajena al derecho venezolano, por el contrario, su exigencia había sido acogida jurisprudencialmente ya desde las primeras décadas del siglo XX.

Su origen pudiera situarse en la interpretación que la Corte Federal y de Casación daba al artículo 123, numeral 11 de la Constitución de 1936. En efecto, en sentencia de 6 de abril de 1945, la Corte había dispuesto que solo los actos de los funcionarios situados en la cúspide de la jerarquía administrativa podían ser objeto del control de la constitucionalidad, toda vez que de conformidad con el artículo 123 numeral 11 de dicho texto fundamental, únicamente los actos del Ministro podían ser atacados en sede jurisdiccional, lo que conllevaba lógicamente a que fueran éstos actos, los

únicos que podían ser susceptible de la acción de inconstitucionalidad. Ello debido a que la Constitución de 1936, regulaba la acción de inconstitucionalidad junto al recurso de nulidad por ilegalidad. (Brewer, A. 1987, 299 y 300).

En efecto según el criterio fijado por la sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación, para que un acto administrativo pudiera ser revisado en sede judicial, si no era dictado por el Ministro o por funcionarios situados en el tope de la jerarquía administrativa, se debía previamente agotar la vía administrativa mediante la interposición de los recursos administrativos. Ahora ¿cual era el recurso que agotaba la vía administrativa? La respuesta la da la propia Corte Federal y de Casación, cuando en un fallo de 1958 estableció que "...es bien sabido que el recurso contencioso-administrativo contra decisiones del Poder Administrativo no puede intentarse sino cuando el interesado ha agotado la vía administrativa por medio del recurso jerárquico..." (p.301).

El recurso de reconsideración, que al igual que su contraparte español de reposición, se deduce y es resuelto por la misma autoridad que dicta el acto, también había sido admitido por la jurisprudencia venezolana. Así en una sentencia de 17 de agosto de 1953, la Corte Federal y de Casación estableció que "...es de principio que los actos administrativos, aun cuando

no sean de la categoría de los llamados discrecionales, pueden ser revisados por el propio órgano que lo expide, sobre todo cuando lesionan derechos legítimamente adquiridos..." (De Pedro, A. 1992, 110). Claro está la jurisprudencia nunca había considerado al recurso de reconsideración, como presupuesto procesal del contencioso-administrativo.

Sobre la base de las consideraciones anteriores es fácil observar como la jurisprudencia venezolana en materia de agotamiento de la vía administrativa por medio del recurso, acogía el criterio existente en España con anterioridad a la legislación de ese país de los años 50, es decir, si el acto era dictado por el Ministro o por la autoridad situada en la cumbre de la jerarquía administrativa, se podía acceder directamente a la vía jurisdiccional, permitiéndose no obstante que el interesado solicitara la revisión del asunto ante la propia autoridad que dicto el acto a través del recurso de reconsideración. Por el contrario si el acto era dictado por el inferior jerárquico, bastaba para agotar la vía administrativa con la interposición del recurso jerárquico o de apelación como también se le denominaba.

La Vía Administrativa de Recurso en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

El requisito del agotamiento de la vía administrativa por medio de los recursos, como presupuesto del contencioso de anulación de los actos administrativos de efectos particulares, fue primero en Venezuela como se ha podido evidenciar en los párrafos anteriores, una exigencia jurisprudencial. Es apenas con la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ), de 30 de julio de 1976, que el requisito procesal se establece legislativamente. En cuanto a los recursos administrativos tampoco existía una regulación legal con carácter general que les fuera aplicable, regulación que solo se lograría en 1981 con la con la LOPA.

La LOPA al igual que la LOCSJ exige como presupuesto procesal del recurso de anulación de los actos de efectos particulares, el requisito del agotamiento de la vía administrativa mediante la interposición de los recursos administrativos. Así se desprende del artículo 92, al disponer "Interpuesto el recurso de reconsideración, o el jerárquico, el interesado no podrá acudir ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, mientras no se produzca la decisión respectiva o no se venza el plazo que tenga la administración para decidir."

El artículo 93 por su parte establece: "La vía contenciosa administrativa quedará abierta cuando interpuestos los recursos que ponen fin a la vía administrativa, éstos hayan sido decididos en sentido distinto al solicitado, o no se haya producido la decisión en los plazos correspondientes..."

Es evidente entonces que el rasgo característico de los recursos administrativos en Venezuela es el de su preceptividad, lo que implica para el administrado, la carga de interponer los recursos administrativos si desea demandar en sede judicial la nulidad de los actos de la administración que no agotan la vía administrativa, lesivos a sus derechos e intereses. Esta circunstancia resulta de capital importancia ya que los recursos administrativos pasan de esta manera a formar parte de los presupuestos procesales, situación que sería distinta si fueran concebidos como facultativos, en cuyo caso, su estudio sería relevante solo para la rama del derecho administrativo sustantivo.

El sistema establecido por la LOPA para agotar la vía administrativa, modificó sustancialmente el criterio jurisprudencial según el cual, si los actos no agotaban la vía administrativa, bastaba la interposición del recurso jerárquico para agotarlo. Ahora por el contrario, la referida Ley exige siempre un recurso de reconsideración previo al jerárquico. Así lo dispone el artículo 95:

> "El recurso jerárquico procederá cuando el órgano inferior decida no modificar el acto de que es autor en la forma solicitada en el recurso de reconsideración. El interesado podrá, dentro de los quince (15) días siguientes a la decisión a la cual se refiere el párrafo anterior interponer el recurso jerárquico directamente para ante el Ministro."

La obligación legal de hacer preceptivo el recurso de reconsideración previo al jerárquico, (dos recursos sucesivos) cuando los actos administrativos no ponen fin a la vía administrativa, complicó las posibilidades de acceder a la jurisdicción y en consecuencia lograr una tutela plena y efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos. Por otra parte, aumentó las posibilidades de que los actos adquirieran firmeza, debido a los fugaces lapsos que la Ley otorga para su interposición.

El sistema de articulación de la vía administrativa de recurso y la vía jurisdiccional propuesto originalmente en el Proyecto de Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, elaborado por el Ministerio de Justicia, como se ha podido evidenciar del Diario de Debates del Senado correspondiente a la sesión de 17 de diciembre de 1979, se asimilaba al criterio que había sostenido la jurisprudencia venezolana de considerar agotada la vía administrativa con la sola interposición del recurso jerárquico. Así el artículo 101 del referido Proyecto disponía "los actos administrativos dictados en resolución de recursos jerárquicos agotan la vía administrativa." (p. 664).

El recurso de reconsideración no era presupuesto del jerárquico, como si en la versión que definitivamente se aprobó. El encabezamiento del artículo 100 del Proyecto disponía "el recurso jerárquico procede, salvo disposición legal en sentido contrario, contra las decisiones de las autoridades subalternas para ante el superior jerárquico..." (p. 664).

El recurso de reconsideración de conformidad con el artículo 106 del aludido Proyecto, era concebido como facultativo, y procedía contra todo acto administrativo que pusiera fin a la vía administrativa, excepto el que decidía el recurso jerárquico.

Es evidente entonces que el proyectista pareció tomar como modelo, el criterio adoptado por la LJ española de 27 de diciembre de 1956, de concebir al recurso de reposición (reconsideración) admisible sólo con relación a aquellos actos que no fueran susceptibles de recurso de alzada (jerárquico), bien porque el órgano que dicto el acto recurrido no tuviese superior jerárquico, o por que aun teniéndolo, así lo hubiese consagrado el ordenamiento jurídico, con la diferencia que en aquel régimen, el recurso de reposición era presupuesto de la vía jurisdiccional, y en consecuencia obligatorio para los actos emanados de los superiores jerarcas.

Posteriormente para la segunda discusión, la Comisión de Permanente de Administración y Servicios del Senado, introdujo cambios al articulado que modificaron sustancialmente el sentido de la vía administrativa de recursos, tal como había sido configurada en su redacción original.

Efectivamente como se aprecia de la lectura del Diario de Debates del Senado correspondiente a la sesión del día 23 de julio de 1980, el recurso de reconsideración pasaba a ser admitido a todos los niveles pero con el recurso jerárquico automático cuando no se reconsiderara el acto. Con este sistema, se acudía ante el inferior por vía de reconsideración, y, a todo evento, por vía jerárquica para el caso de que no se reconsiderara la decisión. Así lo disponía el artículo 99, al establecer:

> "El recurso jerárquico procederá de pleno derecho, cuando el órgano inferior decida no modificar el acto de que es autor en la forma solicitada en el recurso de reconsideración.
>
> En este caso, el expediente será elevado de oficio por el órgano inferior a conocimiento del Ministro, quien decidirá y notificará al interesado los resultados de su decisión.
>
> Si al vencimiento del plazo de quince (15) días establecidos por la reconsideración, el funcionario no hubiere decidido favorablemente o elevado el recurso al Ministro, el interesado podrá, dentro de los quince (15) días siguientes, iniciar el recurso jerárquico directamente para ante el Ministro, sin perjuicio de las responsabilidades del funcionario y de las sanciones a que se haga acreedor por su omisión o negligencia en la gestión del recurso." (p. 408).

Con la formula acogida por la nueva redacción, el recurso de reconsideración pasaba a ser presupuesto del jerárquico, pero con la salvedad que este

último no era propiamente un recurso independiente, sino mas bien una fase del recurso de reconsideración, similar al modelo del recurso de contradicción adoptado en Alemania por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1960, que unificó en un solo recurso los clásicos recursos de reposición y alzada. Por último la Cámara de Diputados reformó la redacción del artículo 99, dando origen a la versión del hoy vigente artículo 95 de la LOPA.

Otro aspecto modificado por la LOPA respecto del sistema tradicional venezolano, lo constituye el régimen de los denominados recursos jerárquicos impropios, los cuales constituyen una manifestación del poder de tutela de la administración central sobre los institutos autónomos. El artículo 96 de la referida ley establece:

> "El recurso jerárquico podrá ser intentado contra las decisiones de los órganos subalternos de los Institutos Autónomos por ante los órganos superiores de ellos.
>
> Contra las decisiones de dichos órganos superiores, operará recurso jerárquico para ante el respectivo Ministro de Adscripción, salvo disposición contraria de la Ley."

En el sistema tradicional venezolano, el recurso jerárquico impropio tenía carácter excepcional y procedía solo cuando la Ley expresamente lo consagrara, tal era el caso del artículo 201 de la Ley de Reforma Agraria o del artículo 36 del Reglamento sobre Administración, Coordinación y Control

de los Institutos Autónomos de la Administración Pública Nacional entre otros (De Pedro, A. 1992, 116).

Ahora, el nuevo sistema adoptado por la LOPA ha transformado lo que era excepcional en regla general, así, los actos de los órganos superiores de los entes descentralizados, no agotan por si mismos la vía administrativa, para lo cual será necesario interponer un recurso para ante el respectivo Ministro de adscripción, salvo que la Ley establezca lo contrario.

El Proyecto original de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, elaborado por el Ministerio de Justicia, tal como se observa del diario de debates del Senado de la República correspondiente a la sesión del fecha 17 de diciembre de 1979, mantenía el criterio tradicional de establecer el recurso jerárquico impropio por vía de excepción, así se infería del último aparte del artículo 100 al disponer que "contra las decisiones de los órganos superiores de los mencionados institutos únicamente procede el recurso jerárquico ante el respectivo Ministro de adscripción en los casos en que la ley expresamente lo consagre." (p. 664).

Posteriormente para la segunda discusión, la Comisión de Administración y Servicios del Senado, modificó la redacción del artículo, llevándolo a los mismos términos del vigente artículo 96 de la LOPA.

Como puede observarse, ahora con el régimen de los recursos adoptado por la LOPA, quien pretenda impugnar en sede jurisdiccional, un acto de la administración central de efectos particulares, que sea definitivo o de trámite en el caso que imposibilite su continuación, causa indefensión o lo prejuzgue como definitivo, siempre que emane de un órgano inferior en la jerarquía administrativa, se verá obligado indefectiblemente, a interponer preceptiva y sucesivamente un recurso de reconsideración ante la misma autoridad que dicto el acto y posteriormente, en caso de que la autoridad recurrida decida no modificar el acto, o decida no hacerlo en la forma solicitada, deberá interponer el recurso jerárquico por ante la máxima autoridad del órgano que lo emitió.

Sin embargo, si se trata de actos dictados por órganos inferiores de los institutos autónomos, el interesado tendrá necesariamente que interponer preceptiva y sucesivamente, el recurso de reconsideración ante la misma autoridad que dicto el acto, un recurso jerárquico por ante la máxima autoridad del instituto autónomo y por último, el recurso jerárquico impropio por ante el Ministro de adscripción del ente descentralizado.

La situación planteada no se puede decir que sea un adelanto con respecto al criterio que venía sosteniendo la jurisprudencia, en relación al agotamiento

de la vía administrativa en el contencioso de anulación, toda vez que conforme a dicho criterio, al interesado le bastaba con interponer un solo recurso administrativo para acceder a la tutela jurisdiccional, si el acto impugnado era emitido por un inferior jerárquico. Por el contrario tenía abierta la vía judicial, si el acto era emitido por el superior jerárquico.

Parece evidente que el sistema de recurso instaurado por la LOPA, produce una interdicción grave al derecho fundamental del acceso a la justicia, a lo que hay que añadir, unos plazos excesivamente largos establecidos en la ley para la resolución de los recursos, siendo de quince días hábiles para que el funcionario decida el recurso de reconsideración, es decir, tres semanas si no coincide una fecha patria entre los laborables, noventa días hábiles para la decisión del recurso jerárquico, que en tiempo real se convierten en algo así como cuatro meses y medio, lo que implicaría con la unión de ambos plazos, que el interesado en impugnar la validez del acto en sede judicial, tendría que esperar un promedio de seis meses, lo que resulta excesivo.

Más evidente resulta la lesión al derecho de acceso a la justicia, cuando la ley establece el recurso jerárquico impropio con carácter general, que ha de ser resuelto por el órgano de adscripción del ente descentralizado, lo que retarda en casi un año, el plazo para acudir a la justicia administrativa. (Canova, A. 1999, 54 y 55).

Sobre la base de los planteamientos anteriormente expuestos sería posible plantear la inconstitucionalidad del sistema de articulación de la vía administrativa de recurso con la vía jurisdiccional, tal como quedo consagrado en la LOPA de 1981. Efectivamente el orden constitucional impone al legislador ciertos límites a la hora de configurar los requisitos procésales que establecen limitaciones al acceso a la justicia, ya que en todo caso debe respetarse el contenido o núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su faceta de acceso a la justicia. El problema estribaría en determinar cuando esos límites legislativos, afectan ese contenido o núcleo esencial indisponible del derecho fundamental.

La jurisprudencia y doctrina española, siguiendo la orientación de la doctrina alemana, suelen hacer referencia a dos vías de aproximación al contenido esencial. La primera sería tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o modo de concebir o configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de relacionar el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas referidas a determinados derechos, con la imagen característica o estereotipo que de esos derechos poseen los juristas, jueces y especialistas en derecho, es decir, se trataría de una concepción abstracta del derecho en cuestión, y por tanto preexistente conceptualmente al momento legislativo concreto, por lo que habría una recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la legislación concreta.

En ese mismo sentido, los especialistas en derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado, se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. En fin, para este planteamiento, constituiría el núcleo esencial del derecho, el conjunto mínimo de facultades y posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose.

La segunda vía para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales estaría en conseguir aislar, lo que se ha dado en llamar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos; así desde esta perspectiva, el contenido esencial estaría formado por aquella parte del contenido del derecho, absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos, quedando afectado intolerablemente o desconocido el contenido esencial cuando el derecho es sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. (Ortiz-Alvarez, L., y Lejarza, J. 1997, 58).

Bajo esta línea argumental sería posible establecer la institucionalidad del sistema de vía de recurso administrativo tal como está previsto en la LOPA,

al imponer limites innecesarios y excesivos al derecho de acceso a la justicia, que van mas allá de la razonabilidad y proporcionalidad, respecto de los fines que lícitamente persigue el legislador al concebir tal instituto.

Estado Actual de la Jurisprudencia Venezolana en Materia del Agotamiento de la Vía Administrativa

La jurisprudencia venezolana no había puesto en duda la constitucionalidad del requisito del agotamiento de la vía administrativa, a pesar de que un importante sector de la doctrina había formulado ya críticas al sistema de recursos administrativos de la LOPA. Por el contrario en una sentencia tan reciente como la proferida el 29 de mayo 1997, la Sala Político-Administrativa de Corte Suprema de Justicia, encontraba la finalidad del requisito procesal en el orden de proveer al sistema una mayor seguridad jurídica, estableciendo el límite entre la vía administrativa y la judicial, lo que le permitía al administrado fijar el momento preciso en que terminaba la primera de las vías y en razón de lo cual podía éste acudir a la jurisdicción.

Así mismo establecía la Sala en esa oportunidad, que la razón jurídico política que justificaba la exigencia de un acto previo que causara estado, estaba dado por la conveniencia de filtrar las contiendas que pudieran llegar a los tribunales, constituyendo una etapa de conciliación previa al juicio.

Además se argumentaba que el requisito permitía al Estado la posibilidad de revisar el asunto, dándole al superior jerárquico la facultad en razón de su potestad revisora, de conocer y corregir los actos de los inferiores.

Finalmente estimaba la Sala que el requisito procesal del agotamiento de la vía administrativa no atendía a la imposición de un mero formalismo sino que estaba destinado a cumplir una importante función racionalizadora tanto de la actividad administrativa como de la judicial. (Pierre, O. 1997, 154 y 155).

Sin embargo con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, cuya exposición de motivos favorece la tesis de la electividad del agotamiento de la vía administrativa, el criterio jurisprudencial no discutido hasta la fecha, favorable a la constitucionalidad de la vía administrativa, dio un giro de ciento ochenta grados, sobre todo mediante una serie de decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y posteriormente por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Así en sentencia recaída en el caso Ramón Díaz contra el Municipio Sucre del Estado Miranda de 24 de mayo de 2001, en la que se planteaba la inadmisibilidad del recurso por no haberse realizado la gestión conciliatoria prevista en el parágrafo único del artículo 15 de la Ley de Carrera

Administrativa, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo estableció que el requisito del agotamiento previo de la vía administrativa, previsto en los artículos 15, parágrafo único de la Ley de Carrera Administrativa, 124 numeral 2 de la LOCSJ, y 92 y 93 de la LOPA, no se correspondía con el texto constitucional, al confrontar tales preceptos, con el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 26 de la Constitución de la República, en concordancia integral y progresiva del Preámbulo y con los artículos 2, 3, 25, 26, 257 y 259 del mismo texto fundamental, disponiendo en consecuencia que tal exigencia no debía considerarse una formalidad esencial, por lo que su omisión no comportaba la perdida del derecho a la tutela jurisdiccional.

En apoyo a esta línea argumental, la Corte esgrimió que por lo general estas vías previas constituían un ritualismo inútil, por cuanto rara vez el autor del acto recurrido o su superior jerárquico, modificaban el contenido del mismo, convirtiéndose, mas bien en una pesada carga para el administrado que quería impetrar la justicia.

Por su parte, dispuso la Corte para apoyar su argumentación, que el agotamiento de la vía administrativa, diluía la responsabilidad individual en que incurrirían los funcionarios por sus actos ilegítimos, pues el transcurso del tiempo entre la emisión del acto y la declaratoria de nulidad del mismo,

haría difícil la ubicación precisa del funcionario responsable. Además en el caso de actos ratificados en sede administrativa, se plantearía la duda de si lo correcto sería sancionar al máximo jerarca y al autor original del acto o únicamente al autor del acto recurrido.

Por último y en aras de flexibilizar los formalismos que dificultan el acceso de los particulares a una tutela jurisdiccional efectiva y a la justicia material, la Corte dispuso la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad de los artículos 92 y 93 de la LOPA, 124 numeral 2 de la LOCSJ y 15, parágrafo único de la Ley de Carrera Administrativa. (Ortiz-Alvarez, L., y Prado, R. 2001).

En ese mismo sentido se pronunció la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de fecha 24 de mayo de 2000, en el caso Raúl Rodríguez Ruiz versus Sentencia del Tribunal de Carrera Administrativa. La Corte comienza por distinguir lo que son los valores normativos de los valores de aplicación del derecho. De una parte estaría el establecimiento del requisito del agotamiento de la vía administrativa, cuyo fin busca proteger un instituto de vital importancia como lo es la autotutela administrativa, por tanto este sería el valor normativo de las disposiciones que establecen la vía previa.

Por su parte estarían las nuevas disposiciones constitucionales que establecen un Estado Justicialista, por encima de las formalidades no esenciales, cuya versión mas acabada estaría constituido por el derecho de acceso a la justicia como expresión del mas amplio derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 26 constitucional, el cual sería el valor de aplicación inmediata. De tal modo establece la Corte, que en el momento que la Constitución establece el derecho de acceso a la justicia, entendido como una garantía universal (valor de aplicación inmediata en los casos particulares), toda limitación legal o doctrinal al ejercicio de este derecho, debe reputarse como una interpretación antinómica en el cual debe prevalecer el mandato constitucional, en razón del principio de la supremacía constitucional.

En consecuencia establece la Corte, deben aplicarse inmediata y no programaticamente las normas constitucionales que permiten el libre derecho de acceso a la justicia, con lo cual declara que no es necesario el agotamiento de la vía administrativa , o la reclamación administrativa previa de las demandas contra la República contemplado en los artículos 84, ordinal 5° y 124, ordinal 2° de la LOCSJ, 15 de la Ley de Carrera Administrativa, 93 de la LOPA, 32 de la Ley de Tribunales y Procedimientos del Trabajo y 30 de la Ley de la Procuraduría General de la República. Todo lo anterior en aplicación preferente e inmediata de los artículos 2 (preeminencia de

derechos fundamentales), 7 (primacía de la Constitución), 19 (obligación de garantizar el goce y ejercicio de los derechos), 26 (derecho de accionar y tutela judicial efectiva), 257 (prevalencia de la justicia sobre las formalidades no esenciales del proceso) todos del Texto Constitucional.

La situación planteada lleva a la Corte a eliminar el carácter obligacional del agotamiento de la vía administrativa previa y la reclamación previa a las demandas patrimoniales contra el Estado a que se refieren las disposiciones legales señaladas y en su lugar aplicar de manera preferente, las normas constitucionales también invocadas. (Ortiz Alvarez, L. 2000).

El criterio jurisprudencial sostenido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, favorable a la apertura de la vía judicial, sin que previamente se hubiera agotado la vía administrativa, fue reafirmado por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia recaída en el caso Guarulla, de 18 de Septiembre de 2000.

El recurrente planteaba a la Sala un pronunciamiento sobre la preceptividad o no del agotamiento de la vía administrativa, como requisito de admisibilidad del recurso contencioso electoral, argumentando que el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado y garantizado por la actual Constitución,

resultaría irrealizable en caso de tener que ejercerse los recursos administrativos.

Por otra parte exponía que la tendencia dominante en el derecho comparado estaba orientada, a la eliminación de la vía administrativa o hacerla optativa para el administrado.

Para decidir, la Sala comienza afirmando que el fallo está referido o circunscrito al ámbito contencioso electoral, no extrapolable al contencioso administrativo general, en razón de las singularidades sustantivas y procésales que caracterizan a este tipo de recursos. Posteriormente expone que las tendencias imperantes en los países europeos que mayor influencia han tenido en nuestro derecho, es a simplificar el sistema de recursos administrativos, haciendo mas expedito el acceso a la jurisdicción, y en algunos casos a postular el carácter facultativo de los mismos, en contraposición con la tradicional concepción de presupuesto del contencioso administrativo.

Seguidamente pasó la Sala al análisis de si es o no obligatorio el agotamiento previo de la vía administrativa en materia contencioso electoral, para lo cual consideró fundamental resaltar las particularidades que lo diferencian del contencioso general, haciendo énfasis en las características

de sumariedad, brevedad y eficacia, tal como lo establece el artículo 235 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

Posteriormente resalta la Sala las virtudes de la nueva Constitución en materia de derechos fundamentales, al reconocer en su texto las mas modernas tendencias del derecho comparado, espacialmente en cuanto al derecho a la igualdad ante la Ley, artículo 21, a la tutela judicial efectiva y acceso a una justicia expedita, artículo 26, la concepción del Estado Venezolano como democrático y social de derecho y de justicia, artículo 2 y el reconocimiento del proceso como instrumento fundamental para realización de la justicia, caracterizados por los principios de no formalismo y brevedad, artículo 257.

Luego de un largo razonamiento, la Sala opta para decidir el pedimento del demandante, acudir a la regla de la interpretación conforme a la Constitución, insistiendo que no considera derogados los dispositivos de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que consagran al agotamiento de la vía administrativa en un presupuesto procesal, ni los inaplica, pues se limita a interpretarlos, en razón que la aplicación del test de compatibilidad, permite llegar a posiciones contrapuestas acerca de su constitucionalidad, conforme a la Constitución de 1999.

Concluyó la Sala en su fallo, que el ejercicio del recurso jerárquico, cuando el acto impugnado emane de un órgano distinto del directorio del máximo ente comicial, no constituye un requisito de admisibilidad de los recursos contenciosos electorales, resultando opcional para el interesado ejercer el referido recurso jerárquico, caso en el cual no podrá recurrir contemporáneamente en sede jurisdiccional, sino que tendrá que esperar la conclusión del procedimiento administrativo, o invocar el silencio administrativo, para poder interponer válidamente el recurso contencioso electoral (Pierre, O. 2000).

Con estas paradigmáticas sentencias, todo parecía indicar que se había consolidado un nuevo criterio jurisprudencial favorable a la apertura de la vía judicial, sin que previamente hubiera la necesidad de agotar la vía administrativa.

No obstante, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, dentro del clima de inestabilidad y contradicción jurisprudencial que impera en Venezuela, reafirmó en una sentencia de fecha 27 de marzo de 2001, el criterio original que consideraba el agotamiento de la vía administrativa como un presupuesto de la justicia administrativa. Esta criterio fue secundado por la propia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia de 26 de abril de 2001, con lo cual daba un cambio radical respecto de su

posición anterior favorable a la no exigencia de la vía administrativa previa como presupuesto procesal, que venía sosteniendo desde hacía tan solo un año antes.

Es así como en Sentencia recaída en el caso Nora González contra la Universidad Central de Venezuela de 27 de marzo de 2001, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia estableció el siguiente planteamiento:

Primeramente opta por reafirmar la vertiente garantista de los recursos administrativos como paso previo a la vía judicial, afirmando que los recursos administrativos no fueron concebidos por el legislador para imponer una carga al administrado, sino más bien, como un mecanismo de tutela jurídica de los derechos de los particulares. Posteriormente reconoce en los recursos administrativos, un medio de conciliación previo al juicio, que le permite al administrado, un medio para resolver en la misma sede administrativa la controversia planteada.

Pasa luego a resaltar que en el derecho comparado nunca ha prevalecido la tendencia de eliminar los recursos administrativos o el agotamiento de la vía administrativa, sino por el contrario, la doctrina se ha inclinado en promover su mejora, para evitar el congestionamiento judicial.

Concluye la Sala en su fallo que el agotamiento de la vía administrativa establecido en el ordinal 2° del artículo 124 de la LOCSJ, no vulnera el derecho constitucional consagrado en el artículo 26 de la Carta Fundamental. (Ortiz-Alvarez, L., y Prado, R. 2001).

Poco tiempo después la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia de fecha 26 de abril de 2001, recaída en el caso Antonio Alves Moreira determinó, cambiando su jurisprudencia, el carácter obligatorio del agotamiento de la vía administrativa como requisito de necesario cumplimiento para el ejercicio del recurso contencioso administrativo de nulidad.

El fallo fue dictado por la Corte en el marco de una apelación interpuesta contra una sentencia del Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, que declaró inadmisible el recurso intentado por el apelante por no haberse dado el agotamiento de la vía administrativa. Se plantea la Corte que la resolución de la cuestión propuesta, impone determinar si la exigencia legal de agotar la vía administrativa como requisito del proceso administrativo de anulación es o no un obstáculo legitimo al derecho de acceso a la justicia, ya que ciertamente establece el artículo 124, ordinal 2° de la LOCSJ, que el recurso de nulidad no será admitido cuando no se haya agotado la vía administrativa.

En este sentido aduce el apelante que el aquo ha debido apreciar que dicha norma ha sido derogada por imperio del artículo 24 constitucional, que consagra el derecho de acceder a los órganos de administración de justicia, para hacer valer sus derechos e intereses y obtener una tutela efectiva sobre tales derechos e intereses. Por el contrario la contraparte rechaza tal argumentación, sosteniendo que no es posible aplicar las disposiciones constitucionales invocadas, a un recurso interpuesto antes de que ellas tuvieran vigencia.

En ese orden de ideas, ante el planteamiento del apelante, la sentencia advirtió que ningún derecho fundamental es otorgado por el ordenamiento jurídico, ni siquiera por la propia Constitución quien si puede reconocerlo y otorgar las garantías necesarias para su defensa y mantenimiento. De esta manera afirma la sentencia, el derecho a la tutela judicial efectiva no es exigible por disposición expresa del Texto Fundamental de 1999, no depende de texto normativo alguno que lo establezca expresamente, sino que éste como derecho fundamental, existe por ser inherente a la persona humana y consustancial al Estado de Derecho.

En consecuencia señala la sentencia, si la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva no se deriva directamente de la Constitución de 1999, ni ésta lo consagra de forma innovadora ya que el mismo se encontraba regulado en

la Constitución de 1961, la validez o invalidez de las disposiciones legales que exigen el agotamiento de la vía administrativa como condición de admisibilidad de la justicia administrativa no puede ser determinada por una situación sobrevenida como lo es la entrada en vigencia del artículo 26 de la Constitución, ni por la existencia de la disposición derogatoria única de dicho Texto Fundamental.

Por su parte, la Corte señaló que el derecho a la tutela judicial efectiva no es, en el marco de un estado de derecho, un derecho fundamental ilimitado, ya que puede estar sujeto a límites y restricciones derivadas del interés general, cuya interpretación y acotación corresponde exclusivamente al poder legislativo, no pudiendo los órganos del poder judicial sustituir al legislador en esa tarea política esencial, en el marco de un estado de derecho. Uno de esos límites legales al derecho de tutela judicial efectiva, en opinión de la Corte es precisamente el agotamiento de la vía administrativa previa como presupuesto del recurso contencioso administrativo de anulación.

Para la Corte la exigencia del requisito del agotamiento de la vía administrativa, se erige como un medio que permite a los particulares, en protección de sus derechos e intereses, solicitar ante la administración la revisión de sus actos para lograr así su eliminación y la de los perjuicios que éstos comportan. Bajo esta perspectiva, la sentencia consideró que todo

medio que permita a los particulares reaccionar frente a la Administración en protección de sus derechos e intereses como la vía administrativa es, en definitiva, un medio que garantiza la efectividad del estado de derecho.

De la misma manera, el establecimiento por ley de la vía administrativa como requisito previo al ejercicio del recurso contencioso administrativo de anulación prevista en el artículo 124, ordinal 2° de la LOCSJ, constituye un límite al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, producto de la ponderación efectuada por el legislador entre los beneficios que puede tener la vía administrativa para el interés general y el derecho de los particulares de acceder a los órganos de justicia, para hacer valer sus derechos e intereses.

Además, es potestad privativa del órgano legislativo nacional, legislar sobre derechos y garantías constitucionales a tenor de lo previsto en los artículos 156, numeral 32 y 187, numeral 1 constitucional. En este sentido, es evidente que el establecimiento de condiciones como la vía administrativa es también una facultad legitima producto del ejercicio de dicha potestad. El hecho de que se establezcan mediante ley límites y condiciones al ejercicio de determinados derechos individuales en beneficio de intereses superiores, en modo alguno atenta contra el Estado de Derecho y así lo reconoce la Constitución en los artículos 44, 47, 50, 52, 68, 112 y 115.

Esta afirmación en opinión de la Corte, es consecuente con la naturaleza del derecho a la tutela judicial efectiva el cual no tiene carácter ilimitado. Sostener lo contrario llevaría a la errónea conclusión que el legislador en ejercicio de su potestad legislativa no podría establecer límites a éste derecho, lo cual derivaría en la invalidez de todos los requisitos de admisibilidad de las demandas previstas en las leyes procesales.

Finalmente en criterio de la Corte, la exigencia legal del agotamiento de la vía administrativa no es contraria al derecho de tutela judicial efectiva, mas bien por el contrario, ha sido evidente incluso para el constituyente de 1999 quien no lo eliminó del ordenamiento jurídico, limitándose a exhortar al legislador, a través de la exposición de motivos, para que reconsidere la vigencia del requisito de la vía administrativa. De esta manera, el constituyente ha reconocido que si alguna modificación debe producirse en la materia en beneficio de la tutela judicial efectiva, dicha modificación debe ser impuesta exclusivamente por el legislador y no por los órganos del Poder Judicial. (Ortiz-Alvarez, L., y Prado, R. 2001).

De la lectura de las sentencias comentadas en los párrafos precedentes se puede inferir que todas ellas, con excepción de la Proferida por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Guarulla, de 18 de Septiembre de 2000, parten del criterio de considerar la validez constitucional

del instituto del agotamiento de la vía administrativa, sin tomar en cuenta la forma como esta haya sido legalmente articulada con la justicia administrativa.

En otras palabras se parte de la idea de que o bien la vía administrativa previa, en cuanto presupuesto del proceso es en sí misma inconstitucional, por ser contraria al derecho fundamental de acceso a la justicia o, por el contrario su validez constitucional no ha de ponerse en duda. Quizás sea éste el aspecto mas débil de la arquitectura argumental de este grupo de sentencias.

Así mismo considerar la inconstitucionalidad del artículo 124, ordinal 2° de la LOCSJ, en cuanto establece la exigencia del agotamiento de la vía administrativa para acceder al contencioso administrativo, sin tomar consideraración la forma cómo el legislador ha configurado el sistema de recursos para considerar agotada dicha vía, tal como lo hacen las dos sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 24 de mayo de 2000, sería admitir sin más, que todo requisito procesal que condicione el conocimiento del asunto por el juez, es contrario a la Constitución. Nada mas alejado de la realidad, no se debe olvidar que es plenamente valido desde el punto de vista constitucional, que la ley

establezca requisitos de admisibilidad del proceso; claro está, siempre que no sean caprichosos o arbitrarios.

Por su parte en una sentencia de 17 de enero de 2000, el Tribunal Constitucional Español se pronunció de la manera siguiente:

> "Conviene comenzar reiterando, una vez más, que el derecho a la tutela judicial efectiva...garantiza a todos los ciudadanos el derecho a obtener una respuesta judicial motivada, razonable y coherente a sus pretensiones, siempre que éstas se hubieren ejercitado con cumplimiento de los requisitos de procedibilidad legalmente establecidos, de tal modo que, como es conocida doctrina constitucional, no conculca el derecho a la tutela judicial efectiva, la resolución judicial meramente procesal o de inadmisión que, comprobando la inexistencia de un requisito procesal, se ve impedida de conocer el fondo del asunto..." (González, J. 2001, 36 y 37).

Sobre la base de lo anterior valdría la pena aclarar que el derecho a la tutela jurisdiccional, en su faceta de acceso al proceso como lo sostuvo el Tribunal Constitucional Español en fecha 14 de octubre de 1991, no es un derecho ejercitable sin más a partir de su consagración en el texto constitucional, sino un derecho de prestación no incondicionado de configuración legal que no puede ejercerse al margen de un procedimiento legalmente establecido, ya que incumbe al legislador la configuración del proceso en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de las pretensiones (Gui, T. 1997, 262).

Además como bien lo sostiene la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en su sentencia de fecha 26 de abril de 2001, en el caso de Antonio Alves Moreira, los derechos fundamentales pueden ser limitados. A este respecto valdría la pena recordar que ha sido criterio tradicional de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, que los derechos fundamentales pueden ser limitables, inclusive aquellos donde la Constitución no hace reserva expresa de limitación legal como lo sería el derecho de acceso a la justicia, ya que en todo caso operaría lo que se conoce como los limites inmanentes de los derechos fundamentales, derivados de la necesidad de su articulación con otros derechos, bienes, valores o intereses constitucionalmente protegidos con los que pudieran entrar en conflicto.

En consecuencia, para esta doctrina ya consolidada en Alemania, ningún derecho fundamental es ilimitado, ya que algunos lo son por expresa reserva constitucional, en tanto que los otros encontrarían sus límites, en la necesidad de proteger otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos. (Bacigalupo, M., y Velasco Caballero, F. 1995, 2 y 3).

Quizás aquí este la clave del asunto, el legislador nacional estaría habilitado de conformidad con el artículo 156, numeral 32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para establecer limites al derecho de

tutela judicial efectiva, en su faceta de acceso a la justicia, siempre y cuando esos limites sean razonables y proporcionales respecto de los fines que lícitamente pretenda perseguir el legislador al imponerlos. En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional Español en sentencia de 16 de marzo de 1986, al disponer:

> "...cuando se hayan impuesto obstáculos o requisitos del derecho al proceso o a la jurisdicción, su legitimidad constitucional habrá de ser examinada en esta sede atendiendo a las perspectivas de cada caso en concreto: habiendo de señalarse...en línea de principio que el obstáculo de acceso al proceso deberá obedecer a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos y deberá guardar una notoria proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables" (Pemán, J. 1992, 161 y 162).

En este orden de ideas y situando el problema en el agotamiento de la vía administrativa, el legislador nacional estaría habilitado desde el punto de vista constitucional, para establecer un sistema de recursos administrativos razonable, proporcional y adecuado a los fines que el derecho le tiene asignado a este instituto. Por el contrario carecería de toda validez constitucional aquel sistema de recursos que constituya un trámite engorroso que dificulte en extremo el acceso de los particulares al proceso, de tal manera que no guarde relación alguna con los fines y objetivos que llevan al establecimiento de este requisito procesal.

Ahora bien cuales serían esos fines que justificarían la exigencia de agotar la vía administrativa mediante la interposición de los recursos administrativos. La respuesta hay que encontrarla en la doctrina y jurisprudencia de aquellos países donde se exige este requisito para acceder a la jurisdicción, quienes han venido asignando a los recursos administrativos las siguientes funciones:

Sirve para filtrar las contiendas que llegan a los tribunales, reduciendo el numero de casos que llegan a la instancia judicial. Lo anterior permite que una mayor cantidad de asuntos alcancen solución, mediante el mecanismo mas simple del recurso administrativo.

Permite a la Administración la oportunidad de revisar sus actos y corregir los errores.

Constituye una etapa de conciliación previa al juicio.

Permite un eficaz autocontrol de la administración, que, con arreglo al principio de legalidad administrativa, se debe orientar a la juricidad y conveniencia de sus actos y,

Cuando es estimado, cumple una función de tutela jurídica de los administrados tal como se explicaba con mayor detenimiento en el capítulo

primero de este trabajo monográfico (Bullinger, M., y Bacigalupo, M. 1990, 20).

Lo expuesto anteriormente debe llevar al siguiente razonamiento. La exigencia legal del requisito del agotamiento de la vía administrativa no debe en principio ser considerada opuesta a la Constitución. Por el contrario la inconstitucionalidad vendría dada por la forma como la ley haya establecido tal exigencia, siempre que resulte en un trámite engorroso que dificulte mas allá de los limites razonables, las posibilidades del particular de impetrar la justicia administrativa, de manera que no guarde relación con los fines que el derecho tiene reservado para este instituto procesal.

Por consiguiente, el hecho de que el artículo 124, ordinal 2° de la LOCSJ, haya establecido con carácter obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, no convierte la referida disposición legal en inconstitucional. Caso contrario al de los artículos 92, 93 y 96 de la LOPA, que si deben ser considerados inconstitucionales al haber configurado un sistema de articulación de la vía administrativa con la contenciosa, mediante un sistema de recursos que prácticamente imposibilitan al interesado el ejercicio del derecho de acceso a la justicia, lo cual es evidentemente contrario al artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Para concluir es necesario resaltar que la Sala Constitucional, en un pronunciamiento 25 de mayo de 2001, ha sentado el criterio que considera válido el requisito del agotamiento de la vía administrativa, ya que su exibilidad advierte la Sala, viene impuesta por una disposición legal vigente en el ordenamiento jurídico venezolano como lo es el artículo 124 numeral 2 de la LOCSJ, disposición legal que al no contradecir al texto constitucional, mantiene su plena validez. Por consiguiente, el criterio que considera la exigibilidad del requisito del agotamiento de la vía administrativa rige en la actualidad en Venezuela, tomando en consideración que el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, le confiere a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el carácter de máximo y último interprete de la Constitución.

CAPÍTULO III

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SU INCIDENCIA EN LA VÍA ADMINISTRATIVA DE RECURSO

Consideraciones Preliminares

Como su nombre lo indica la tutela judicial efectiva, es el derecho a obtener de los órganos de justicia, una tutela eficaz. Así lo considera Canova, A. (1999, 25) cuando afirma que éste derecho fundamental busca el "...restablecimiento real, oportuno, eficaz, duradero e integral de los derechos e intereses de los particulares vulnerados o menoscabados. Impide, en otras palabras, que la función judicial sea solo nominal..." En fin este derecho busca que toda persona pueda y deba ser protegida y amparada en el ejercicio pacifico de sus pretensiones ante la justicia. Que éstas sean resueltas razonablemente con arreglo a derecho y en un plazo también razonable, a lo largo de un proceso en el que se garanticen unas garantías mínimas, de modo que todas las personas titulares de derechos e intereses afectados por esas pretensiones, puedan alegar y probar lo pertinente en defensa de sus respectivas posiciones.

La tutela judicial efectiva surge como derecho constitucional en la década que siguió al fin de la segunda guerra mundial, como reacción al difícil

momento jurídico vivido por los países dominados por el fascismo antes y durante el conflicto mundial. Así se quería frenar los embates del poder público y fortalecer la tutela judicial de los ciudadanos sobre todo en sus ámbitos mas amenazados: el penal y contencioso-administrativo. De esta forma se contempló en la Constitución italiana de 1947, artículo 24, posteriormente en la Ley Fundamental de Bonn, artículos 19 y 103 numeral 1. En la Constitución democrática española de 1978 en su artículo 24 numeral 1, y por último en la reciente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 26.

Si bien en sus inicios este derecho fundamental fue concebido para establecer limites a los embates del poder público, sobre todo en materia penal y contencioso-administrativo, lo cierto es que la tutela judicial efectiva debe entenderse como un derecho que comprende algo más: la intervención efectiva del Estado a través de los órganos judiciales para la resolución de los conflictos de todo orden, incluidos los jurídicos-privados (Grau, M. 2001, 2).

Este derecho fundamental despliega sus efectos en tres momentos distintos. En el acceso a la justicia, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable y por último, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la

jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia (González, J. 2001, 57).

Sobre la base de las consideraciones anteriores el derecho a la tutela judicial efectiva afecta determinantemente todo el sistema de justicia administrativa, ya que despliega sus efectos en las etapas procésales en las que tradicionalmente se han presentado mayores problemas a la hora de establecer la sumisión plena de la actividad administrativa al ordenamiento jurídico. De esta forma, las numerosas causales de admisibilidad, el limitado poder cautelar del juez contencioso-administrativo, y el problema de la ejecución de las sentencias se contraponen al derecho de acceder al proceso, al de una defensa contradictoria y plena de garantías, y al derecho a la efectividad de las sentencias, lo que obliga a una reinterpretación del sistema de justicia administrativa, a la luz de éste derecho fundamental.

La Tutela Judicial Efectiva como Principio Informador de la Labor Interpretativa del Juez

Como se comentaba en los párrafos anteriores, la tutela judicial efectiva busca fundamentalmente una justicia real y verdadera que restablezca los derechos e intereses de los particulares cuando estos hayan sido vulnerados. Para ello se debe favorecer la obtención de una resolución sobre

el fondo de la controversia (modo normal de finalización del proceso y de cumplimiento de la tutela judicial), salvo que lo impida una razón fundada en una disposición expresa de la ley, que a su vez sea respetuosa con el contenido esencial de este derecho fundamental. No se debe olvidar que la tutela judicial efectiva es un derecho prestacional de configuración legal, cuyo ejercicio está supeditado a la concurrencia de los presupuestos procesales, que en cada caso haya establecido el legislador.

Por lo antes expuesto se puede decir, que no conculca el derecho a la tutela judicial efectiva la resolución judicial meramente procesal o de inadmisión que, comprobando la inexistencia de un requisito procesal, se vea impedida de conocer el fondo del asunto, ya que los requisitos procesales como bien lo señala una sentencia del Tribunal Constitucional Español de 15 de febrero de 1988, cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del proceso, por lo que no puede dejarse al arbitrio de cada parte el cumplimiento de éstos requisitos ni la disponibilidad del tiempo en que han de cumplirse (Gui, T. 1997, 293).

Ahora bien siendo el contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva, el obtener una resolución sobre el fondo de la controversia, sea o no favorable al interesado, los jueces deben interpretar toda la legislación en el sentido mas favorable a esa posibilidad de entrar en el fondo del asunto y a

su vez, deben hacerlo restrictivamente en relación a las normas que permitan la inadmisión o la no entrada en él. Para ello los jueces han de basarse en principios informadores del proceso como el antiformalismo y la subsanabilidad que serían los instrumentos básicos para lograr la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva.

El Antiformalismo

Este principio informador del proceso tiene su fundamento constitucional en los artículos 26 y 257 de la Constitución Bolivariana de Venezuela. El formalismo vendría a constituir el respeto de la forma con prescindencia de su finalidad. La finalidad perseguida debe ser el criterio a seguir en la aplicación de la norma procesal, por ello se incurriría en el vicio del formalismo, si se insiste en exigir una forma, cuando la finalidad de la norma se ha cumplido, aunque se haya inobservado la forma establecida o cuando la finalidad ha desaparecido.

Este criterio ha sido sostenido por el Tribunal Constitucional Español, cuando en una sentencia de 8 de mayo de 1984, estableció:

> "Las normas que contienen los requisitos formales han de ser aplicadas teniendo siempre presente el fin pretendido al establecer dichos requisitos, evitando cualquier exceso formalista que los convertiría en meros obstáculos procesales y

> en fuente de incertidumbre e imprevisibilidad para la suerte de las pretensiones en juego..." (Chamorro, F. 1994, 315).

Resulta interesante la opinión expresada al respecto por el procesalista venezolano Henríquez, R. (1995, 38), cuando afirma que para entender el sentido de una formalidad, debe tomarse en cuenta la naturaleza instrumental de las leyes procesales, el objeto de todo proceso, cual es el logro de la justicia, no siendo aceptable de acuerdo a esa instrumentalidad, la formalidad como fin en sí mismo.

En definitiva se entraría en el formalismo al confundir el instrumento con su finalidad, ya que los presupuestos y requisitos procesales han de ser apreciados por los jueces en su sentido y finalidad, evitando dar preponderancia de lo que es solo un medio, en menoscabo de la verdadera finalidad de la función judicial que no es otra que la de ordenar el proceso para de esta manera resolver definitiva y eficazmente los asuntos que a ella se le someten.

La Subsanabilidad

La subsanabilidad tiene su fundamento constitucional igualmente en los artículos 26 y 257 de la Constitución Bolivariana de Venezuela. Este principio encuentra explicación en el siguiente razonamiento. Toda ves que las

normas procesales deben interpretarse en el sentido mas favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial los jueces deben, antes de detener el curso de un proceso por un defecto u omisión plantearse obligatoriamente si deben dar oportunidad a la subsanación, ya que este derecho fundamental impide absolutamente clausurar un proceso por defectos subsanables.

Debido a esto para saber si un defecto es subsanable o no, se debe tomar en cuenta la finalidad de la norma procesal. Por ello aquel defecto que afecte la finalidad de la norma es insubsanable, todo lo demás sería en principio subsanable, de modo que si el efecto o fin de la norma procesal se cumple aun cuando se haya omitido o dado cumplimiento defectuoso de una forma, debe procederse a la subsanación, con mayor razón cuando el efecto de la inobservancia sea precisamente el cierre del proceso.

El Tribunal Constitucional Español ha venido dando una serie de criterios generales sobre la posibilidad de subsanación o no, de los diferentes tipos de defectos e irregularidades procesales. Estos criterios han sido resumidos por Chamorro, F. (1994, 321 y 322) en el siguiente sentido:

Si el defecto lesiona algún derecho o garantía constitucional.

Si la finalidad perseguida por la norma procesal que se examina, se ha conseguido o no, siendo este punto decisivo.

Si ha habido una actitud diligente de la parte procesal, ya que la posibilidad de subsanación está supeditada a la inexistencia de negligencia o error no disculpable, y;

Si el defecto afecta un requisito esencial, no accidental del acto.

Cabe advertir que el criterio de la insubsanabilidad del acto por la omisión de un requisito esencial, está estrechamente vinculado al principio finalista de la norma que es lo fundamental. En tal sentido el juez debe valorar la esencialidad de la forma cuya omisión se denuncia, y debe determinar si el acto, aunque privado de la formalidad establecida en la ley o considerada esencial, ha alcanzado su fin, ya que el carácter esencial o accidental de un requisito legal no es de naturaleza estructural sino teleológica.

Por lo anteriormente expuesto una formalidad que afecte la estructura misma del acto será accidental, si éste a pesar de su omisión ha alcanzado su finalidad; por el contrario, una formalidad estructuralmente accidental será esencial, si por ella el acto no ha cumplido su cometido legal. (Rengel-Romberg, citado por Henríquez, 1995, 101 y 102).

Orientación Antiformalista en la Vía Administrativa de Recurso

Algunas Referencias en el Derecho Comparado

Como se ha visto el derecho a la tutela judicial efectiva impone al juez, la obligación de interpretar las disposiciones legales en el sentido mas favorable al acceso al proceso, en tal sentido, la jurisprudencia española tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo ha venido aplicando este principio a las reglas vigentes del recurso administrativo, lo que ha llevado a un cierto relajamiento de la regla de la obligatoriedad de la vía administrativa previa. De seguida se expondrán algunos ejemplos.

La Subsanabilidad del Recurso Prematuro

El recurso prematuro se da cuando es interpuesto antes de que se produzca el acto susceptible de impugnación, es decir, aquel que se interpone contra las denegaciones presuntas de una petición por silencio administrativo negativo, antes de que trascurran los plazos legales para considerar desestimada la petición. En estos casos, la jurisprudencia ha venido considerando que la falta de acto expreso es un defecto procesal subsanable, ya que iniciado el recurso contencioso administrativo antes de transcurrir el plazo previsto en la ley para que se considere desestimado el recurso administrativo, el defecto quedará subsanado si la Administración no

notificara la resolución expresa en aquel plazo, o si notificase resolución expresa denegatoria.

Este criterio jurisprudencial se ve reflejado en una sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1987, en la que se dispuso que si bien el recurso de alzada se interpuso el 6 de abril de 1983 y el recurso contencioso-administrativo el 14 de mayo de ese mismo año, es decir, antes de los tres meses que exige la ley para considerar desestimado el recurso por silencio, y expedita la vía judicial, ello "... no puede dar lugar a la inadmisibilidad alegada por la Abogacía del Estado, ya que al haberse producido la denegación presunta del recurso de alzada antes de formalizarse la demanda es de aplicación el principio básico de economía procesal..." (González, P. 1993, 803).

Por otra parte en una sentencia de 8 de junio de 1989, el Tribunal Supremo estableció el siguiente criterio:

> "...antes de entrar a conocer de la cuestión de fondo, la sala debe rechazar la causa de inadmisión formulada por el Letrado del Estado...en base a que en la fecha de interposición del recurso contencioso no había transcurrido el plazo de tres meses para que se entendiera producida la desestimación presunta de la alzada. Decimos que debe rechazarse tal petición, porque ante la existencia de una jurisprudencia contradictoria sobre el tema, habrá de buscarse aquélla que resulte más conforme con...el derecho de tutela judicial efectiva...que exige el que las causas de inadmisión se apliquen con cautela, a fin de lograr una resolución fundada en derecho

> que resuelva el tema de fondo, sin perjuicio de que este derecho de tutela quede a salvo con un pronunciamiento de inadmisión...Sin embargo esta inadmisibilidad no es aplicable en el caso enjuiciado, donde las actuaciones muestran que ha seguido trascurriendo un largo plazo de tiempo muy superior a los tres meses sin que la administración haya cumplido con su obligación de dictar un acto expreso para resolver la alzada deducida..." (p. 804).

Este criterio ha sido en ocasiones acogido por la jurisprudencia Venezolana como lo demuestra la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en el comentado caso Ramón Díaz contra el Municipio Sucre del Estado Miranda de 24 de mayo de 2001, en la que se expresaba que la "...interposición extemporánea por anticipada, de un recurso administrativo o contencioso administrativo, se subsana o convalida, si posteriormente la administración responde ratificando el acto recurrido..." (Ortiz-Alvarez, L., y Prado, R. 2001, 223).

Subsanabilidad por Falta de Recurso Administrativo

La jurisprudencia española igualmente ha hecho grandes avances con relación a permitir la subsanación de la falta de recurso administrativo. En tal sentido a pesar de que bajo la vigencia de la LJ de 1956, se admitía la posibilidad de subsanar la omisión del recurso de reposición, el criterio inicial de los tribunales había sido el de admitir tal posibilidad solo cuando el recurso contencioso-administrativo se interpusiera estando todavía abierto el

plazo para presentar el recurso de reposición. Ello debido a la aplicación rigurosa que se hacía del artículo 129 numeral 3 de la aludida ley, cuyo tenor literal establecía:

> "...si el defecto consistire en no haberse interpuesto recurso de reposición, siendo este preceptivo, y se hubiera denunciado esta omisión por la administración demandada, el Tribunal requerirá al demandante para que lo formule en el plazo de diez días..." (Pemán, J. 1992, 147).

Posteriormente la jurisprudencia ha sido partidaria de la tesis según la cual la subsanación de la omisión del recurso de reposición pueda verificarse en cualquier tiempo, y en forma distinta a la prevista en el referido artículo 129 numeral 3, argumentándose razones tales como lo inoperante que resulta proceder a interponer el recurso de reposición cuando a través del propio proceso contencioso administrativo consta fehacientemente la voluntad de la administración de mantener el acto recurrido. (p.148).

Esta línea argumental de permitir la subsanabilidad cuando se ha omitido el recurso de reposición, ha sido aplicada también a los supuestos de ausencia del recurso de alzada, a pesar de que la LPA de 1958 no establecía la posibilidad de subsanación por la omisión del recurso de alzada, como si lo hacía el articulo129 numeral 3 de la LJ. Así en una sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1990, se expuso el siguiente razonamiento:

> "...haciendo aplicación analógica de lo dispuesto en el citado artículo 129.3, no se ofrece duda alguna acerca de la corrección

> de este modo de proceder, ya que independientemente de la distinta naturaleza de los recursos de alzada y de reposición, la identidad de los supuestos fácticos imponía por razones de economía procesal tal aplicación analógica..." (González, P. 1993, 815).

Flexibilización de la Extemporaneidad del Recurso Administrativo

El tribunal Supremo ha atenuado la doctrina que considera inadmisible el recurso contencioso-administrativo cuando se ha interpuesto extemporáneamente el recurso en vía administrativa. Ejemplo de lo anterior lo constituye una reiterada doctrina jurisprudencial que establece que cuando el recurso de reposición interpuesto extemporáneamente es resuelto en atención a motivos de fondo, no puede invocar la administración dicha extemporaneidad para conseguir la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.

En ese orden de ideas se puede citar una sentencia de 30 de abril de 1993 que dispuso "...no es posible oponer la extemporaneidad de la reposición del acto administrativo cuando en dicha vía no se rechazó aquélla por tal motivo y se entro a conocer de la cuestión impugnada, como sucedió en caso de autos." (Alonso, M. 1996, 240).

CAPÍTULO IV

LA VÍA ADMINISTRATIVA DE RECURSO EN EL DERECHO COMPARADO

En los párrafos siguientes se hará referencia auque de manera sucinta a la forma como han sido regulados los recursos administrativos en países de gran tradición jurídica. Modelos que pudieran servir de referencia ante una posible reforma del sistema de recursos de la LOPA que tan difícil hace el acceso de los ciudadanos a los tribunales de justicia. En efecto tanto en España como en Alemania, Italia y Francia, la evolución legislativa se orienta por una parte hacia la simplifición de los recursos administrativos, como ha sucedido en los dos primeros países mencionados o en la de convertirlos en facultativos como ha sido el caso de los últimos.

La Vía Administrativa de Recurso en España

Como consecuencia de las criticas formuladas por la doctrina al sistema de recursos administrativos establecidos al amparo de la LJ de 1956 y la LPA de 1958, fue dictada la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992. Esta ley viene a simplificar el régimen de los recursos administrativos

vigente hasta ese momento ya que elimina el recurso de reposición y, el de alzada se sustituye por el recurso ordinario respondiendo en parte a las exigencias de la doctrina sobre la necesidad simplificar la pluralidad de regímenes jurídico de los recursos de alzada y reposición, que como se comentaba en el capítulo primero de este trabajo monográfico su regulación, estaba confiada a dos leyes distintas que nunca lograron ser armonizadas por completo.

El recurso ordinario viene a ser el mismo recurso de alzada, es decir, un recurso jerárquico que se interpone necesariamente ante el superior del órgano que dictó el acto con el objeto de agotar la vía administrativa. Así lo dispuso el artículo 107, numeral 1 de la referida ley al establecer:

> "...1. Contra las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión podrá interponerse por los interesados el recurso ordinario a que se refiere la sección 2° de este capítulo" (Parada, R. 1996, 502).

El plazo para la interposición del recurso ordinario es de un mes de conformidad con el artículo 114 numeral 2 de la ley, ampliando así el plazo de 15 días que establecía la LPA de 1958 para la interposición del recurso de alzada. El plazo para la resolución del recurso de conformidad con el artículo

117 es por el contrario de tres meses, es decir, igual al establecido para la resolución del recurso de alzada.

Otra de las innovaciones introducidas por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común lo constituye el establecimiento en el artículo 107 numeral 2, de procedimientos alternativos de impugnación, con la intención según la opinión De Enterría, E. y Fernández, T. (1993, 534) de regular por esa nueva vía algunos conflictos como los de personal, en los cuales debe haber una representación de los sectores involucrados.

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común simplificó e hizo mas expedita para los ciudadanos el acceso a la justicia administrativa. Ciertamente con la eliminación del recurso de reposición, los actos dictados por los órganos situados en la cúspide de la jerarquía administrativa pudieron ser directamente recurribles ante el contencioso-administrativo. Por el contrario solo en los casos de actos emanados por los órganos inferiores se requería agotar la vía administrativa, el cual se lograba con el recurso ordinario.

A pesar de lo anteriormente expuesto no puede decirse que fue una legislación carente de criticas. Por ejemplo no fue bien acogida por la doctrina la denominación dada al recurso ordinario ya que no se

correspondía con la tradición jurídica española. Por tal razón se argumentaba que no había razón para sustituir la antigua denominación de recurso de alzada por el italianizante término de recurso ordinario. Según Parada, R. (1996, 37), el vocablo alzada sugería la idea de jerarquía no así el de recurso ordinario que servía para denominar a cualquier recurso.

Pero las críticas formuladas a la ley distaban de ser solo semánticas, ejemplo de ello se encuentra en la disposición contenida en el artículo 110 numeral 3 de la ley, cuyo sentido era anunciar al órgano que dictó el acto impugnado que se iba a interponer frente a él un recurso contencioso-administrativo. En opinión de González, J. (1994, 17), este es un requisito innecesario y carente de sentido, que atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva.

Otro aspecto objetado por la doctrina lo constituyó la eliminación del recurso de reposición. Se criticaba que al eliminar este medio impugnativo, se dejaba sin cobertura de tutela en sede administrativa a todos los actos dictados por los órganos superiores en la jerarquía administrativa. La anterior circunstancia es mas evidente en las administraciones locales en donde los actos por lo general son emitidos por órganos que agotan la vía administrativa. Por consiguiente los particulares afectados por decisiones de las administraciones locales de pequeña cuantía quedaban sin garantía

alguna, ya que en esos casos el acceso a los tribunales resulta antieconómico. (De Enterría, E., y Fernández, T. 1993, 513).

Atendiendo a estas criticas la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común fue reformada parcialmente mediante ley de 13 de enero de 1999. Esta reforma involucró a grandes rasgos los siguientes aspectos en materia de recursos administrativos: se restituye el recurso de reposición pero con carácter facultativo, artículo 116. Se cambia la denominación del recurso ordinario volviendo a la denominación tradicional de recurso de alzada, artículo 114.

Así mismo se establecen dos plazos distintos para la interposición de los recursos de alzada y reposición, dependiendo de la naturaleza del acto a impugnar. De esta manera los artículos 115 y 117 establecen que los recursos de alzada y reposición se interpondrán en el plazo de un mes, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de tres meses y se contará a partir del día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo.

Finalmente a pesar de no ser producto propiamente de la reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común sino de la reciente Ley Reguladora de la Jurisdicción

Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998, merece la pena destacar la eliminación del requisito que obligaba comunicar al órgano que dictó el acto impugnado, de que se iba a interponer el recurso el contencioso administrativo.

De esta forma en España hoy en día, el agotamiento de la vía administrativa se produce con la interposición preceptiva del recurso de alzada, si el acto emana de órganos inferiores y directamente, si el acto es dictado por el superior jerárquico. En este último caso el interesado si lo desea puede interponer el recurso de reposición, por estar establecido de manera facultativa.

La Vía Administrativa de Recurso en la República Federal de Alemania

Siguiendo el criterio de Bullinger, M. y Bacigalupo, M. (1990) En la República Federal de Alemania existían antes de la entrada en vigencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 21 de enero 1960, dos recursos administrativos diferentes, el de reposición el cual se interponía por ante la autoridad que había emitido el acto y el de alzada dirigido al superior jerarca. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa vino a simplificar la vía administrativa previa en Alemania con el establecimiento del recurso de

contradicción, ya que reunía en un mismo recurso los anteriores recursos de reposición y alzada.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa estableció por primera vez en el derecho alemán, la vía administrativa de recurso por cláusula general. Con anterioridad los recursos de reposición y de alzada estaban consagrados en las leyes de manera casuística. Por ello la vía administrativa en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, significó un paso importante en la unificación con carácter general, es decir, con validez para todos los ámbitos de la administración de los dispersos recursos ordinarios de reposición y de alzada en un único recurso de contradicción.

Lo anterior es evidente si se considera que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa derogó plenamente los recursos de reposición y de alzada en el ámbito federal y en el de los estados federados, solamente cuando fueran presupuesto de acceso a la jurisdicción. No obstante la influencia unificadora de la ley, también es evidente en los estados federados aun cuando los recursos de reposición y alzada no hubiesen sido configurados como presupuesto procesal, ya que las legislaturas estadales han venido derogando el sistema dual de recursos administrativos, acogiendo en sus leyes de desarrollo, el sistema adoptado por la ley federal.

El recurso de contradicción se desarrolla procedimentalmente en dos fases que coinciden con los anteriores recursos de reposición y de alzada. En

efecto existe de conformidad con el artículo 72 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, una instancia preliminar de reparación o remedio ante la propia autoridad que dictó el acto recurrido, el cual si estima el recurso, debe emitir un acto formal anulatorio o modificatorio o bien emite el acto solicitado que denegó. Si por el contrario desestima el recurso la autoridad que dictó el acto debe remitirlo a la autoridad superior.

Pero además existe otra instancia en la cual se sustancia el procedimiento ante la autoridad competente para resolver el recurso, que será por regla general de conformidad con el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la de superior jerarquía, salvo en los supuestos específicos donde la autoridad federal o estadal carezca de superior jerárquico o cuando el acto administrativo impugnado sea propio de la materia de auto-administración de algún ente público autónomo.

Una vez que el recurso se interpone, la autoridad competente para resolverlo entra a fiscalizar la legalidad así como la conveniencia del acto. La autoridad determinará si el acto es ajustado o no a derecho o si se han vulnerado derechos fundamentales. Para ello puede practicar las pruebas que resulten pertinentes, y si el acto resulta contrario a derecho se pasa seguidamente al examen de las posibles violaciones a los derechos del particular. Una vez

realizadas las actuaciones, la autoridad se pronunciará rechazando o admitiendo el recurso.

De conformidad con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el recurso de contradicción solo es presupuesto del proceso contencioso-administrativo, en los casos de impugnación de los actos administrativos, y cuando va dirigido a obligar a la autoridad a dictar el acto administrativo. También de conformidad con lo dispuesto en la Ley Marco del Estatuto Jurídico de los Funcionarios Públicos, se debe agotar la vía administrativa previa antes de acudir al contencioso-administrativo, en aquellos juicios instaurados por los funcionarios públicos con apoyo en su estatus funcionarial, incluso en casos en que están legalmente exentos del cumplimiento del requisito de la vía administrativa previa.

No obstante lo anterior, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece algunos supuestos que exoneran la obligación de interponer el recurso de contradicción para acudir a la justicia administrativa. Estos supuestos son los siguientes:

Cuando la ley así lo prevé. Sin embargo es necesario aclarar que la ley que prescinda del requisito de la vía previa debe ser posterior a la entrada en vigencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, porque de

lo contrario, desvirtuaría el principio de ordenación que ésta ha tratado de imponer.

Cuando el acto administrativo que se impugna viene dado por el superior jerarca, a menos que una ley así lo establezca. Aquí se presume que el superior ha actuado con diligencia y apegado a la juricidad, por tanto, de concederse el recurso de contradicción se estaría retardando el acceso a la tutela judicial que es la verdadera efectiva.

En los casos en que la lesión a los derechos e intereses de los particulares provenga de la decisión recaída en un recurso de contradicción, ya que en este supuesto carece de sentido un nuevo recurso administrativo.

En los casos de silencio administrativo, pues se quiere evitar que la administración use el silencio como instrumento para evitar el acceso a la vía judicial y, de esta manera, socavar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Aparte de los casos previstos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en donde no es necesario intentar el recurso de contradicción para acceder al contencioso, la jurisprudencia ha completado el catalogo de supuestos argumentando razones de economía procesal, es decir, se

prescinde de la vía previa de recurso aún en los supuestos que la ley exige su cumplimiento, pues desde la perspectiva del Tribunal Administrativo Federal, en estos supuestos el recurso administrativo no puede cumplir con los objetivos que la ley le encomienda. Estos casos son:

Cuando el acto administrativo haya sido impugnado en la vía judicial por varios recurrentes y uno de ellos haya agotado la vía administrativa.

Cuando la autoridad demandada haya contestado al recurso contencioso-administrativo sin objetar la falta del procedimiento previo de contradicción.

Finalmente, cuando del comportamiento previo de la autoridad competente para resolver el recurso de contradicción se deduzca claramente que el recurso, de formularse sería desestimado.

La Vía Administrativa de Recurso en Italia

Los recursos administrativos tienen en Italia diversas clasificaciones pero la más importante es la que distingue los recursos ordinarios que abarcan la oposición, el recurso jerárquico y el recurso jerárquico impropio, del recurso extraordinario que se dirige al Jefe del Estado. Sin embargo por la importancia del recurso jerárquico y los problemas derivados de su

articulación con la vía judicial, será éste el que centre la atención en el desarrollo de los planteamientos que de seguida se exponen.

En Italia los recursos administrativos se pueden interponer, bien para la tutela de intereses legítimos o bien para tutelar derechos subjetivos. Los motivos esgrimidos pueden ser, en el caso del recurso jerárquico, de legalidad o de oportunidad y solamente de legalidad en el supuesto del recurso extraordinario ante el Jefe del Estado. El plazo para la interposición del recurso es de 30 días para el jerárquico y 120 días para el extraordinario ante el Jefe del Estado. La ley respectiva establecerá el plazo para la interposición de los recursos de oposición y jerárquico impropio, ya que solo son admisibles cuando así lo prevea expresamente la ley, sin embargo en los casos en que la ley no establezca el plazo, se aplicará el del recurso jerárquico.

El objeto del recurso es generalmente la impugnación de un acto o acuerdo administrativo, pero puede afectar a controversias sobre relaciones jurídicas. La decisión del recurso es un acto administrativo que como tal puede ser impugnado en la vía judicial.

El recurso jerárquico puede decirse es el de mayor importancia en Italia, ya que es general y puede interponerse en todo caso sin necesidad de norma

expresa que lo consagre, y esto, porque se fundamenta en la relación de jerarquía que existe entre el órgano que dicta el acto recurrido y el órgano ante el cual se dirige el recurso. Esta jerarquía no es entre funcionarios sino orgánica, es decir, jerarquía externa.

Antes de 1971 había que interponer en los supuestos en que había una pluralidad de grados en la relación jerárquica, tantos recursos como grados existían para agotar la vía administrativa. En la actualidad debido a la Reforma introducida por el Decreto del Presidente de la República numero 1199, de 24 de noviembre de 1971, basta con la interposición de un solo recurso ante el superior jerárquico para considerar agotada la vía administrativa.

Los motivos del recurso jerárquico pueden ser de legalidad o de oportunidad, se puede interponer ante el funcionario u órgano que dictó el acto recurrido, quien tiene la obligación de remitirlo al superior jerárquico o directamente por el que va a resolver el recurso. Se puede recurrir un acto administrativo o por el contrario una relación jurídica, que puede ser una obligación de hacer o de abstención que cause una lesión en el derecho subjetivo o patrimonial del interesado.

La Ley de 6 de diciembre de 1971, sobre los Tribunales Administrativos Regionales ha establecido el carácter facultativo del recurso jerárquico, lo que significa que la necesidad de la existencia del acto que cause estado, como presupuesto de acceso a la justicia ya no existe en Italia, ya que inclusive ésta regla ha sido interpretada de forma flexible considerándola aplicable no solo al recurso jerárquico, sino también a la oposición y a los recursos jerárquicos impropios.

De la aplicación del nuevo régimen legal derivado de la Ley de Tribunales Administrativos Regionales, que permite impugnar judicialmente los actos que no agotan la vía administrativa, por no haber sido dictados por el superior jerárquico y no haber sido objeto del recurso jerárquico, se desprenden algunas interrogantes.

Según la ley en referencia, si algunos interesados han interpuesto el recurso judicial contra el acto, tal decisión vincula a los demás y, por tanto, impide todo recurso en vía administrativa. Por otra parte sería posible que un interesado que propuso el recurso judicial, pueda renunciar a esta vía e interponer el recurso jerárquico, sin embargo tal posibilidad suena difícil por no decir imposible, dado el fugaz lapso de 30 días para interponer el recurso jerárquico.

Cuando se ha interpuesto el recurso administrativo y posteriormente se quiere formular el recurso judicial es necesario distinguir las resoluciones estimatorias de las desestimatorias. Si la resolución del recurso es estimatoria, el recurso judicial podrá ser planteado por las otras partes y tendrá por objeto la resolución de la que solicitan su anulación. Si por el contrario, la resolución es denegatoria la situación es mas compleja, ya que se discute si se puede interponer el recurso judicial contra la resolución del recurso administrativo o contra el acto impugnado por éste.

En cuanto a los motivos del recurso judicial se debe señalar que no todos los motivos alegados en el recurso jerárquico pueden invocarse en la vía judicial, como por ejemplo los motivos de oportunidad. Por el contrario en Italia existe una reiterada afirmación de que no pueden ser alegados en la vía judicial, motivos nuevos, es decir, no esgrimidos en la vía administrativa, salvo casos excepcionales como lo serían los motivos referentes a los vicios de la resolución del recurso administrativo o la inconstitucionalidad de una ley.

Se debe hacer referencia a un aspecto que también se ha planteado en la jurisprudencia venezolana. El de la posibilidad de reabrir el lapso del recurso judicial cuando la administración dicta el acto expreso, vencido el plazo del silencio. En Italia la jurisprudencia no ha sido uniforme en cuanto a este problema. Por ejemplo en una decisión del Consejo de Estado de 3 de mayo

de 1960 se dispuso que se debía abrir el lapso del recurso contencioso, si el acto expreso se producía tardíamente, es decir, después de transcurridos los 90 días del plazo del silencio. Ello porque se debía dar oportunidad al interesado si la resolución del recurso era desestimatoria.

No obstante en otra decisión del mismo Concejo de Estado, se volvía a establecer la tesis de la inadmisibilidad, por considerar que la decisión tardía era un dato inútil, como un acto nulo e inexistente.

La jurisprudencia venezolana también ha modificado su criterio con relación a este punto ya que en un primer momento la Corte Suprema de Justicia mediante fallo de 28 de noviembre de 1978, consideró que no debía admitirse un recurso de nulidad contra un acto administrativo expreso que había sido dictado después de transcurridos los 90 días que establece la ley para decidir, interpretando que el interesado debió intentar el recurso judicial en el plazo de los 90 días o en el de los seis meses siguientes, acogiéndose al beneficio del silencio y no esperar la decisión expresa de la administración.

Sin embargo este criterio fue modificado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de la Sala Política Administrativa de 22 de junio de 1982, estableciendo el criterio contrario, es decir, el de admitir el recurso judicial

cuando se hubieran dejado transcurrir los plazos del silencio (Brewer, A. 1987).

Este último criterio luce como el más acertado, ya que el silencio ha sido establecido en favor de los particulares y no de la administración, que no puede verse favorecida por omisión de su deber de resolver. Pero además, el derecho a la tutela judicial efectiva exige que las normas procesales sean interpretadas en el sentido más favorable al acceso a la justicia.

Restaría un breve comentario a los recursos de oposición y jerárquico impropio. El recurso de oposición, similar al de reconsideración venezolano y de reposición español, se introduce y se resuelve por el mismo órgano que dictó el acto recurrido, por ello es excepcional. Al ser excepcional debe estar previsto en una norma expresa, sin embargo, su régimen jurídico es de conformidad con el artículo 1 del Decreto del Presidente de la República número 1199, igual al aplicable a los recursos jerárquicos.

Los recursos jerárquicos impropios por su parte son aquellos que están dirigidos a órganos que no guardan una relación de jerarquía, respecto de los órganos que han dictado la decisión impugnada, por ello tienen carácter excepcional y deben estar expresamente consagrados en una disposición legal. Su régimen está por consiguiente disperso en el ordenamiento jurídico,

si bien le son aplicables las normas jurídicas previstas con carácter general para los recursos jerárquicos en el Título I del Decreto del Presidente de la República numero 1199. En la mayoría de los casos, los recursos jerárquicos impropios están previstos contra actos dictados por órganos superiores como los ministerios, los órganos colegiados y entes públicos. (Cassarino, S. 1990).

La Vía Administrativa de Recurso en Francia

Siguiendo el criterio de Bieusses, P. (1990), los recursos administrativos en Francia tienen su fundamento jurídico en una practica reiterada tanto administrativa como contenciosa, que se apoya en las reglas del plazo para recurso por exceso de poder y en la decisión implícita desestimatoria. Según el Consejo de Estado el recurso administrativo siempre es posible, a menos que una norma expresa establezca lo contrario.

Existen en Francia dos categorías de recursos administrativos, los de derecho común y los especiales. Los primeros se caracterizan por carecer de previsión legal expresa, por ello son siempre posibles, así lo ha considerado el Consejo de Estado quien en una decisión de 23 de marzo de 1943 expreso lo siguiente:

> "...los particulares disponen siempre de la facultad, salvo que la legislación, especial prevea un procedimiento particular, de reclamar contra el acto administrativo ante el órgano que dictó dicho acto o ante el ministro competente y no acudir a la vía contenciosa hasta que aquella reclamación haya sido desestimada..." (p 68)

Los recursos administrativos de derecho común son siempre facultativos ya que su ejercicio ha venido siendo considerado por la jurisprudencia como una facultad del particular. De hecho el recurso por exceso de poder puede interponerse directamente, sin que sea obligatorio plantearlo previamente al órgano que dictó el acto recurrido o ante el superior jerárquico. Existen dos tipos de recursos administrativos de derecho común; el de gracia, que va dirigido al órgano que dictó el acto recurrido y, el jerárquico que se dirige al superior del órgano que emitió el acto recurrido.

Los recursos administrativos especiales por el contrario siempre requieren de norma expresa que los consagre. Pueden clasificarse en dos categorías; los de tutela, que van dirigidos al órgano que ejerce el control de tutela sobre el órgano que dictó el acto recurrido y, los de control que se interponen por ante el órgano con competencia para revocar las decisiones del órgano que dictó el acto recurrido, que por lo general es el superior jerárquico y, en otras ocasiones otro órgano.

Los recursos administrativos especiales deben en principio se considerados facultativos, sin embargo en la actualidad un creciente número de ellos tiene carácter obligatorio; sobre todo, en ámbitos como el de la administración económica y de las organizaciones profesionales. Por ser excepcionales, las normas expresas que establecen recursos administrativos especiales de carácter obligatorio deben ser interpretadas restrictivamente, por ello, la obligación no se extenderá a supuestos próximos pero distintos a los que se recogen expresamente en la norma.

Cuando el particular interesado interpone el recurso administrativo, bien de manera voluntaria o porque resulta obligatorio en virtud de una disposición expresa, generalmente tiene como efecto el de conservar el plazo del recurso contencioso. Sin embargo, esta prorroga del plazo se da solamente si se cumplen las siguientes condiciones:

Que se trate de un verdadero recurso administrativo por lo cual los jueces deberán verificar tal circunstancia.

Que el recurso administrativo esté referido al acto que se pretende impugnar en vía judicial y no otro.

Que sea el mismo interesado que interpuso el recurso administrativo o su apoderado.

Es necesario que el recurso administrativo se presente dentro del plazo previsto para el recurso contencioso.

Por otra parte existe un principio según el cual solo es posible prorrogar el plazo del recurso contencioso una sola vez, por consiguiente, la interposición de un segundo recurso aun dentro del plazo del recurso contencioso no reabre el plazo. Así un recurso de gracia intentado contra la desestimación de un recurso jerárquico, aunque este último sea obligatorio no reabre el plazo. Sin embargo el Consejo de Estado ha admitido la posibilidad de reabrir el plazo, cuando se interpone un recurso jerárquico ordinario contra un recurso de gracia obligatorio, sustentándose en la idea de que el control jerárquico se fundamenta en un principio general del derecho.

CONCLUSIONES

El tránsito de una justicia retenida a una delegada, producto del desmontaje progresivo de la facultad de resolución de conflictos del Ministro, en favor de órganos consultivos de la propia administración en una primera etapa y luego de verdaderas instancias judiciales, dio nacimiento a la vía administrativa previa a la jurisdiccional. Aunado a lo anterior, en el ámbito del contencioso administrativo español, surgió la necesidad de un acto que cause estado como trámite de acceso a la justicia. El principio de la jerarquía administrativa, exigió que fueran los órganos superiores los competentes para agotar la vía administrativa, lo que hizo necesario la articulación de un sistema de recursos en sede administrativa que permitiera agotar la vía administrativa, cuando se tratara de impugnar los actos de las instancias inferiores.

La exigencia del acto que cause estado, fue progresivamente incorporándose en los distintos países hispanoamericanos, entre ellos como era lógico de esperarse en Venezuela. Ahora bien, cabría preguntarse si esta exigencia y en consecuencia la de la vía administrativa de recurso, tiene hoy en día, cobertura constitucional, teniéndose en cuenta la virtualidad del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, así como la de otros derechos

constitucionales complementarios como la consagración del Estado de Derecho y de Justicia, el de la prevalencia de la justicia sobre las formalidades no esenciales del proceso entre otros.

En otras palabras, es la exigencia del agotamiento de la vía administrativa, un requisito con cobertura constitucional, tal como lo había considerado tradicionalmente la jurisprudencia venezolana, y según el criterio mas reciente tanto de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia de fecha 27 de marzo de 2001, como de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en su sentencia de fecha 26 de abril de 2001, o por el contrario carecería de ésta, por resultar lesiva al derecho de todo ciudadano a acceder a la jurisdicción para la tutela de sus derechos o intereses.

La respuesta a este planteamiento no pude ser lineal, y dependerá en todo caso de la forma como una determinada legislación haya articulado la vía administrativa con la judicial. La exigencia de la vía administrativa de recurso como presupuesto procesal, no debe ser considerada en si misma contraria a la Constitución. Un dato resulta revelador; en Alemania, siempre ha existido la necesidad de agotar la vía administrativa de recurso para dejar abierta la vía judicial, y su exigencia nunca ha sido considerado un obstáculo incompatible con la Constitución.

Por el contrario, el Tribunal Administrativo Federal de ese país, ha sostenido que al ser instrumento de control de la legalidad y oportunidad del acto administrativo, lejos de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, lo fortalece. Otro tanto se pude decir del caso español, donde igualmente se exige preceptivamente la interposición de los recursos administrativos para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que la jurisprudencia haya encontrado reparos a su validez constitucional.

Con referencia a lo anterior, se puede afirmar que el legislador puede validamente establecer límites al ejercicio de los derechos consagrados en el Texto Constitucional, ya que ningún derecho fundamental está consagrado de forma absoluto. Claro está, esas limitaciones no deben ser caprichosas ni arbitrarias y deben obedecer a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos, y guardar una notoria proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables. Además, estos límites no pueden ser de tal entidad que afecten el núcleo del derecho fundamental, quedando afectado intolerablemente o desconocido el derecho, si es sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección que brindan a los ciudadanos.

Por lo anteriormente expuesto, no podría decirse que el artículo 124, ordinal 2° de la LOCSJ es contrario a la Constitución, ya que la disposición aludida se limita a establecer preceptivamente el requisito del agotamiento de la vía administrativa para acceder al contencioso de anulación, por lo que debe ser complementada con las normas que establezcan, bien sea para casos específicos o como cláusula general, los recursos administrativos que permitan dar por agotada la vía administrativa.

Habría entonces que referirse a esas normas que consagran los recursos administrativos, para determinar en cada caso en particular la conformidad de éstas con la Constitución.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, no cabría dudas sobre la inconstitucionalidad de la vía administrativa de recurso implementado por la LOPA, al exigir dos recursos administrativos sucesivos de carácter obligatorio para agotar la vía administrativa, cuando los actos son dictados por las instancias inferiores, circunstancia que se ve agravada con la exigencia generalizada e igualmente obligatoria de un tercer recurso, cuando se trata de actos dictados por funcionarios inferiores de los institutos autónomos. Este sistema no guarda proporcionalidad con los fines y propósitos de la vía administrativa de recursos. Además al retardar de forma

exagerada el acceso a la justicia, afecta al núcleo esencial del derecho de tutela judicial efectiva.

Hablando de los fines y propósitos de la vía administrativa de recurso, cabría decir que ésta puede llegar a constituir y de hecho constituye, un importante medio de garantía de los derechos de los ciudadanos. Especialmente en los asuntos de pequeña cuantía, aquellos en los que resultaría ilógico pensar en la jurisdicción como un eficaz medio de tutela. Además la tutela que brinda es universal por cuanto no solo se limita al examen de la legalidad del acto, sino que va mas allá y abarca razones de oportunidad, mediante un examen completo del asunto.

Lo anterior podría aconsejar el mantenimiento de la vía administrativa de recurso en el ordenamiento jurídico. No obstante su arquitectura actual requiere ser redimensionada con el propósito de hacerla más eficaz como medio de defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos, complementaria a la irrenunciable vía judicial. En primer lugar sería aconsejable separar de la administración activa, la resolución de los recursos, dejando esta función en manos de órganos técnicos e independientes, separados de la línea jerárquica. Con ello se lograría mayores garantías de imparcialidad y objetividad en la resolución de los asunto.

Por su parte con esta formula la administración activa ganaría eficacia ya que no tendría que ocuparse en lo adelante de asuntos que le son ajenos a su cometido constitucional, es decir, la de dar pronta y eficaz satisfacción a los intereses generales que tiene confiados. De esta manera, se produciría una desconcentración de actividades de la administración, que tendría la posibilidad de reorientar los recursos humanos y materiales que de ordinario son dispuestos para resolver los recursos, en otras áreas prioritarias, dejando que órganos especializados situados fuera de la línea jerárquica, resuelvan directamente el asunto, o propongan la resolución a adoptar.

El otro aspecto que debe ser revisado en la arquitectura de la vía administrativa de recurso va referido a su mantenimiento como requisito obligatorio. La electividad de los recursos administrativos sería aconsejable, ya que se dejaría a los particulares la escogencia entre acudir directamente a la jurisdicción o por el contrario, si es de su preferencia tendrían la posibilidad de interponer los recursos administrativos que se establezcan.

En materia de electividad de los recursos administrativos, el derecho francés lo mismo que el italiano constituyen una referencia obligatoria. En Francia, los recursos administrativos ordinarios, es decir, los de gracia y alzada que coinciden en su naturaleza jurídica, con los recursos venezolanos de reconsideración y jerárquico son siempre potestativos, ya que han sido

considerados por el Consejo de Estado como una facultad de los administrados. Los recursos especiales denominados así ya que su existencia viene dada por norma expresa, son generalmente potestativos, sin embargo hay cada ves un mayor numero de estos recursos cuya exigencia resulta obligatoria.

En Italia al igual que en Francia, los recursos administrativos son facultativos, no obstante hasta hace relativamente poco tiempo fueron obligatorios. Es a partir de la Ley sobre los Tribunales Administrativos Regionales, de 6 de diciembre de 1971, que se estableció la electividad del recurso jerárquico, sin embargo, la jurisprudencia ha interpretado esta regla de forma flexible considerándola aplicable no solo al recurso jerárquico, sino también a la oposición y a los recursos jerárquicos impropios.

Finalmente resta comentar los ejemplos del derecho español y alemán, que si bien siguen manteniendo la obligatoriedad de la vía administrativa de recurso, su evolución ha sido orientada hacia su simplificación, al extremo que en España solo se requiere interponer el recurso jerárquico para agotar la vía administrativa, considerándose agotada directamente si el acto emana del superior jerarca. En Alemania la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 21 de enero 1960, simplificó la vía administrativa de recurso, sustituyendo los anteriores recursos de reposición y alzada en un

único recurso de contradicción, si bien este se desarrolla procedimentalmente en dos fases que coinciden con los anteriores recursos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alonso, M. (1996). **Las Causas de Inadmisibilidad en el Proceso Contencioso Administrativo.** Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Bacigalupo, M y Velazco, F. (1995). Límites Inmanentes de los Derechos Fundamentales y Reserva de la Ley **Revista Española de Derecho Administrativo**, 85, 2 y 3.

Bernéz, J. La Tutela Judicial Efectiva en la Constitución Alemana (Vol. I 1993). **La Protección Jurídica del Ciudadano**. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Bieusses, P. (1990). Los Recursos Administrativos en el Derecho Francés. **Documentación Administrativa.** 221.

Brewer-Carías, A. (1987). **Estado de derecho y control judicial**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Bullinger, M y Bacigalupo, M. (1990). Los Recursos Administrativos en la República Federal de Alemania. **Documentación Administrativa.** 221.

Campo, J. Otro Ejemplo del Carácter de Gravamen de la Vía Gubernativa para los Administrados (Tomo I. 1993). **La Protección Jurídica del ciudadano.** Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Canova, A. (1999). Tutela Judicial Efectiva, Contencioso Administrativo y Sala Constitucional. **Revista de Derecho Administrativo**, 7.

Cassarino, S. (1990). Los Recursos Administrativos en el Derecho Italiano. **Documentación Administrativa.** 221.

Chamorro, F. (1.994) **La Tutela Judicial Efectiva: Derechos y Garantías Procesales Derivados del artículo 24.1 de la Constitución.** Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A.

De Enterria, E. y Fernández, T. (1993). **Curso de Derecho Administrativo II** (2 ed). Madrid: Editorial Civitas, S.A.

De Enterria, E. y Fernández, T. (1995). **Curso de Derecho Administrativo I** (7 ed). Madrid: Editorial Civitas, S.A.

De Pedro, A. (1992). **Temas de Derecho Administrativo Especial** (5 ed.). Caracas: Librería La Lógica, C.A.

Fernández, T. (1.990). Presentación: Reflexiones Sobre la Utilidad de la Vía Administrativa de Recurso. **Documentación Administrativa.** 221.

Gonzalez, J. (1960). **Los Recursos Administrativos**. Madrid: Bolaños y Aguilar, S.L.

Gonzalez, J. (1994). Los Obstáculos del Acceso a la Justicia Administrativa. **Revista Española de Derecho Administrativo,** 83,17.

Gonzalez, J. (2001). **El Derecho a la Tutela Jurisdiccional** (3 ed.). Madrid: Civitas Ediciones, S.L.

Gonzalez, J y Gonzalez, F. (1.999). **Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común:** Ley 30/1992, de 26 de noviembre. (2 ed). Madrid: Civitas Ediciones, S.L.

Gonzalez, P. Los Efectos de la Extemporaneidad del Recurso en Vía Administrativa y la Seguridad Jurídica. (Vol. I 1993). **La Protección Jurídica del Ciudadano**. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Grau, M. (2001). **Tutela Judicial Efectiva**. Caracas: http:/www.badellgeau.com/conftutelajudicial.html. (Consulta: 2001, Agosto 24).

Guaita, A. (1977). Naturaleza del Recurso de Reposición Previo al Contencioso. **Revista de Administración Pública,** 82, 31.

Gui, T. (1997). **Jurisprudencia Constitucional 1981-1995**: Estudio y reseña Completa de las primeras 3.052 sentencias del TC. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Henríquez, R. (1995). **Código de Procedimiento Civil**. (Tomo I). Caracas: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.

Nieto, A. (1960). El Procedimiento Administrativo en la Doctrina y la Legislación Alemanas. **Revista de Administración Pública**, 32,86.

Ortiz-Alvarez, L y Lejarza, J. (1997). **Constituciones Latinoamericanas.** Caracas: Editorial: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Ortiz-Alvarez, L y Prado, R. (2001). ¿Ocaso o Fortalecimiento del Agotamiento de la Vía Administrativa como Requisito Previo para Acceder a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa?. **Revista de Derecho Administrativo**, 11.

Ortiz-Alvarez, L. (2000). Cinco Nuevas Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa. **Revista de Derecho Administrativo**, 9.

Parada, R. (1996). **Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común**: Estudio, Comentarios y Texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A.

Pemán, J.(1992). Vía Administrativa Previa y Derecho a la Tutela Judicial: **Revista de Administración Pública**, 127, 161 y 162.

Pierre, O. (1997). **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.** (Vol.5). Caracas. Sentencia de la Sala Político-Administrativa de mayo 29 de 1997. Juicio de José del Carmen Blanco y otros, en el Expediente 29 No. 8.388.

Piñar, J. (1990). La Pretendida Especialidad de los Recursos Especiales. **Documentación Administrativa.** 221, 126.

Rivero, J. (1984). **Derecho Administrativo** (9 ed. Trad.). Caracas: Instituto De Derecho Público Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Central de Venezuela. (Original en francés, 1980)

Sarmiento, M. (1996). **Los Recursos Administrativos en el Marco de la Justicia Administrativa**. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Tornos, J. Vía Previa y Garantías de los Administrados (Tomo I.1993). **La Protección Jurídica del Ciudadano**. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela** No. 5.453 (Extraordinaria). Marzo 24 de 2000.

Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (1976). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela** No. 1.893 (Extraordinaria). Julio 30 de 1976.

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. (1981). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela** No. 2.818 (Extraordinaria). Julio 01 de 1981.