

Artículos

La vía administrativa: ¿garantía para los particulares o privilegio de la administración?

Luis Alfonso Herrera Orellana
Abogado

SUMARIO

- I. LA JUSTIFICACIÓN HISTÓRICA DE LA VÍA ADMINISTRATIVA COMO PRESUPUESTO DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
- II. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS: ¿GARANTÍAS EFECTIVAS PARA LOS PARTICULARES O CARGAS PARA ACCEDER A LA JURISDICCIÓN?.
- III. ¿HACIA EL CARÁCTER POTESTATIVO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA VENEZOLANA?
- IV. EL CRITERIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA Y LA INCOMPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE LA EXIGIBILIDAD INMEDIATA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y DE LA AUTOEJECUTIVIDAD DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.
- V. CONSIDERACIONES FINALES

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente han sostenido tanto la doctrina como la jurisprudencia que recursos administrativos como los consagrados en la LOPA de 1982 o en la LRJPAC española de 1999, los cuales dan lugar al procedimiento administrativo denominado vía administrativa o vía gubernativa, son medios jurídicos a través de los cuales los administrados pueden dirimir sus diferencias con la Administración, y lograr que ésta rectifique su modo de proceder, evitando el perjuicio denunciado sin necesidad de acudir a un órgano jurisdiccional para impugnar la ilegalidad o inconstitucionalidad de un acto o de una omisión, de suerte que tal procedimiento funcione como un medio de autocomposición.

Así, puede el particular común que se vea específicamente afectado en su esfera de derechos o intereses personales, obtener una solución a su problema, sin tener que soportar los elevados costos y malestares que significa enfrentar una controversia judicial con un órgano o ente administrativo. En tal sentido se ha señalado que “la necesidad de agotar la vía administrativa protege también a los demandantes o recurrentes, en el sentido que los previene de introducir recursos referentes a cuestiones sobre las cuales la Administración estaría dispuesta a dar amigable y administrativamente una satisfacción”¹.

* Algunas consideraciones en torno al carácter potestativo de la vía administrativa según la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana y el derecho a la tutela judicial efectiva en la Constitución de 1999 y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

1 Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales. Tomo VII. La Justicia Contencioso-Administrativa*, Universidad Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana, San Cristóbal-Caracas, 1997, p. 141.

Por otro lado, también se ha admitido que la denominada vía administrativa en donde son resueltos estos recursos “constituye una prerrogativa para la Administración, por cuanto protege a ésta de que sus actos u omisiones no pueden ser demandados ni recurridos jurisdiccionalmente sin antes haber la propia Administración tomado posición respecto de la futura materia litigiosa”². No obstante todo ello, y sin contar con datos estadísticos concretos que nos permitan ser concluyentes en este sentido, la realidad administrativa de nuestro país³ nos lleva a pensar que en la actualidad es poco probable que los ciudadanos podamos encontrar en estos recursos verdaderas garantías para la protección efectiva de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones ilegales o inconstitucionales de la Administración, ni que pueda ésta efectivamente evitar o prepararse para enfrentar un eventual litigio en donde pueda resultar comprometido el patrimonio público, con lo cual una de las justificaciones de este denominado “procedimiento administrativo de segundo grado” habría, hoy día, perdido su vigencia.

Partiendo de estos supuestos, el presente trabajo tiene por objeto revisar, en primer lugar, cuál ha sido la justificación histórica de la vía administrativa de impugnación⁴ como medio para la resolución de los conflictos surgidos entre la Administración al gestionar el interés público y los ciudadanos; en segundo lugar, analizar si esta vía administrativa respeta, tal y como lo exige la nueva CRBV, los principios y garantías propias del derecho al debido proceso, esto es, considerar hasta qué punto los recursos administrativos resultan una verdadera garantía para los particulares o si, por el contrario, han devenido cargas procesales de dudosa constitucionalidad en tanto requisito para acceder a la jurisdicción; en tercer lugar, examinar en términos generales, las sentencias que sobre tal materia han sido dictadas por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, por la Sala Electoral y por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia sobre la necesidad de atribuir un carácter potestativo a estos recursos, como ocurre ya en el país en materia tributaria según dispone el artículo 185, ordinal 1°, del COT; y en cuarto lugar, ofrecer algunas consideraciones finales en torno a la obligación del Estado venezolano de garantizar el acceso a la jurisdicción a propósito de lo consagrado en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

I. LA JUSTIFICACIÓN HISTÓRICA DE LA VÍA ADMINISTRATIVA COMO PRESUPUESTO DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El origen de la reclamación previa ante la propia Administración antes de acudir al órgano jurisdiccional competente para demandar la nulidad de un acto administrativo, la realización de una actuación a que ésta obligado un órgano o ente por ley, la responsabilidad patrimonial del Estado, etc, es común en ordenamientos jurídicos como el español, el francés, el italiano o el alemán, a pesar de que, en la actualidad, la regulación legal de la misma y sus recursos en cada uno de ellos presenta sus propias particularidades. En efecto, a raíz de la incorporación las Constituciones Políticas de los Estados a fines del siglo XVIII y durante el

2 Allan R. Brewer-Carías, *Ibidem*, p. 141.

3 Sobre las características de nuestra Administración Pública, por todos conocidas, véase el artículo de Luis A. Ortiz Álvarez, “Hacia una mejora de los trámites administrativos” en *Revista de Derecho Administrativo* N° 7, Mayo-Agosto 2000, Editorial Sherwood, Caracas, 2000. También, con las distancias correspondientes, véase Alejandro Nieto, *La “nueva” organización del desgobernado*, Editorial Ariel, España, 1996.

4 En el presente trabajo, vistas las limitaciones de espacio, no abordaremos el examen de la justificación y conveniencia o no de la vía administrativa en los procedimientos previos a demandas contra la República o contra entes públicos, limitándonos sólo al análisis de la vía administrativa previa al proceso contencioso contra actos administrativos.

siglo XIX del principio de la separación del Poder Público en tres ramas independientes entre sí, se planteó la necesidad de delimitar con la mayor claridad posible, a partir de las funciones propias de cada rama, cuáles serían los límites que no debían ser trasgredidos por cada uno de los órganos constitutivos de cada mal llamado “Poder” al momento de ejercer sus funciones.⁵

Así, al considerar que el Ejecutivo representa desde el punto de vista orgánico a la Administración Pública por excelencia, y que ésta al actuar lo que procura es satisfacer al interés público⁶, resultaba inaceptable para los gobernantes de entonces que un ciudadano cualquiera cuando se sintiera afectado en sus derechos o intereses personales por una determinada actuación del Estado al procurar satisfacer las demandas o exigencias de la colectividad, pudiera sin ningún trámite previo ante el órgano que realizó la actividad, acudir a un Tribunal competente y entablar un juicio en contra de la Administración. A pesar de regularse desde las primeras facetas del moderno Estado de Derecho recursos para controlar la legalidad de la actuación administrativa del Estado, éstos tenían el carácter de extraordinarios, es decir, que sólo podían, como el amparo entre nosotros, ser intentados por los particulares cuando no existiesen en la Ley otros que pudieran satisfacer del mismo modo su pretensión. Como indica Alonso Ibáñez⁷, el privilegio de la decisión administrativa previa a la decisión judicial se va a ir configurando poco a poco, en un primer momento a favor de las autoridades de la Hacienda Pública del Estado, y luego al resto de la Administración del Estado. En España, esta situación se fue regulando a través de Reales Órdenes, la primera de ellas del 09-05-1847, que establecieron el principio de la reclamación gubernativa previa a la vía contenciosa.

Han sido diversas las justificaciones que desde entonces se han dado a este trámite previo al acceso a los órganos jurisdiccionales: “El conocimiento previo de la demanda que se da a la autoridad administrativa y su facultad de abrir o cerrar la vía contenciosa requiere alguna explicación. Quiso la ley que como el Estado se halla expuesto a sostener diarias contiendas ya con los particulares, ya con las corporaciones, a fin de conservar ilesos y proteger sus intereses, tuviese también medios más fáciles y expeditos de defensa. Quiso además fortificar el principio de la independencia necesaria al Gobierno, fiando con el contrapeso de la responsabilidad. Quiso por último facilitar los medios de conciliación, cabiendo la reforma del acto administrativo”⁸. Incluso podría decirse hoy, que tal explicación resulta compatible con las formas jurídicas de resolución alternativa de conflictos previstas en el artículo 258 de la CRB, las cuales, empero, son siempre *potestativas* para los justiciables.

En el caso de Venezuela, la consolidación de la vía administrativa como condición de admisibilidad de recursos contenciosos de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares o de demandas contra entes públicos ante los Tribunales contencioso-administrativos⁹, no se debió sino a la jurisprudencia de la CFC. Según nos enseña Brewer¹⁰, mucho antes de la consagración de ésta como condición de admisibilidad al contencioso-administrativo en la LOCSJ, en una sentencia del 06 de abril de 1945, la CFC sostuvo, al interpretar el artículo 123, ordinal 11º, de la Constitución de 1936, que:

5 Cfr. Tomás R. Fernández, “La Pesada Herencia de la Separación de Poderes”, en *De la Arbitrariedad de la Administración*, Editorial Civitas, España, 1999, p. 109 y ss.

6 Sobre el concepto de interés público véase el excelente trabajo de Héctor J. Escola, *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, Argentina, 1989.

7 Cfr. María Del Rosario Alonso Ibáñez, *Las Causas de Inadmisibilidad en el Proceso Contencioso-Administrativo*, Editorial Civitas, España, 1996, pp. 55 y ss.

8 Cfr. Colmeiro, *Derecho Administrativo español*, Tomo II, España, 1865, pág. 383, citado por María Del Rosario Alonso Ibáñez, *Op. cit.*, p. 67.

9 Respecto de tales procedimientos, véase Jesús Caballero Ortíz, *Contencioso de Plena Jurisdicción y Demandas contra los Entes Públicos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, pp. 57 y ss.

10 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *op. cit.*, Tomo VII, pp. 142 y 143.

“...por cuanto el control de la constitucionalidad que ejerce la Corte Federal y de Casación en principio ha de recaer, no sobre los actos de los funcionarios que actúan en subordinación a otros dentro y aun afuera del territorio nacional, sino sobre los actos de las autoridades en quienes termine el orden jerárquico respectivo, motivo por el cual esos actos no son susceptibles de ulterior revisión dentro de ese orden; y por cuanto de lo expuesto se concluye que los actos de los Administradores de Aduanas, apelables o reclamables para ante el Ministro de Hacienda, no son atacables por acción de inconstitucionalidad (...) y ello teniendo en cuenta que (...) una Resolución Ministerial no puede ser atacada, aún por razón de inconstitucionalidad, sino en juicio contencioso, por tanto, la Corte (...) se abstiene de dar curso a la presente solicitud”.¹¹

Luego, en otra sentencia de la misma CFC del 24 de noviembre de 1953 fue ratificado dicho precedente, esta vez en el plano propio del contencioso administrativo:

“...es de principio, y así está consagrado en aquellos países donde el procedimiento contencioso-administrativo ha sido organizado legislativamente (...) que el recurso extraordinario contra los actos ilegales de la Administración no pueden ser llevados ante el órgano jurisdiccional competente, sino después de agotarse la vía administrativa.”¹²

Fueron tales precedentes judiciales, unidos de seguro a la configuración histórica ocurrida en Europa a raíz de la separación en ramas del Poder Público, los que sirvieron de fundamento en nuestro país a la incorporación en el derecho positivo, en concreto a la LOCSJ de 1976, de la obligación para los ciudadanos de transitar a través de los diversos y complicados procedimientos administrativos de impugnación previstos en numerosos instrumentos normativos dictados por toda suerte de órganos de la Administración Pública en sus distintos niveles, antes de presentar cualquier recurso o demanda ante el órgano jurisdiccional.¹³ Sin duda, esta situación vino a mejorar sustancial y adjetivamente con la entrada en vigencia en 1981 de la LOPA, pues se creó un procedimiento administrativo de segundo grado¹⁴ común a todos los órganos de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, quedando a salvo aquellos regulados en leyes especiales. La LOPA significó la consolidación de importantes derechos y garantías para los ciudadanos, entre ellas, la creación legal de recursos administrativos especiales, a saber, el de reconsideración y el jerárquico, llamados ambos a convertirse en verdaderos mecanismos de protección de los ciudadanos que se vieran afectados por alguna actuación u omisión ilegal de la Administración. Sin embargo, tal regulación advierte Brewer-Carías en su obra ya citada¹⁵, fue diseñada en buena medida siguiendo lo establecido en la LRJPAC española de 1958, por lo que es de suponer trajo consigo varios de los condicionantes históricos, políticos, sociales, etc, que inspiraron a los redactores de dicho texto legal en la España del siglo XIX.

Más recientemente, algún sector de la doctrina especializada ha considerado que las obligaciones del Estado contemporáneo en tanto que Estado Social, con una importante cantidad de prestaciones que llevar a cabo a favor de los particulares, también se configura como una justificación o explicación del por qué de la existencia de la vía administrativa como

11 Cfr. Sentencia del 06-04-45, Corte Federal y de Casación, *Memoria de 1946*, Tomo I, p. 119.

12 Cfr. Sentencia del 24-11-53, Corte Federal, *Gaceta Forense*, N° 2, 1953, pp. 185-186.

13 Sobre la situación de las vías jurídicas para impugnar en sede administrativa los actos ilegales de la Administración antes de la entrada en vigencia de la LOPA, véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Venezuela, 1997, pp. 239-241.

14 El procedimiento administrativo de segundo grado es aquél que se desarrolla ante la Administración, ya cuando ésta decide revisar de oficio alguno de sus actos, ya cuando un particular impugna uno de sus actos. Este segundo supuesto constituye la vía administrativa que resulta un presupuesto procesal necesario, obligatorio, para acudir a la jurisdicción contenciosa. Ver Nelson E. Rodríguez García, “Notas sobre el Procedimiento Administrativo en Venezuela” en separata de la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 71, UCV, Venezuela, 1988, pp. 55 y 56.

15 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Op. cit.*, p. 239.

presupuesto o carga para el particular que desee acudir a la jurisdicción.¹⁶ En efecto, sostiene esta posición, que si los actos dictados por la Administración para proveer soluciones o respuestas a las necesidades del colectivo (salud, seguridad, educación, servicios, etc), o las abstenciones de aquella para proteger los derechos de la comunidad, aún cuando significaran un sacrificio para un derecho o interés personal, pudieran ser directamente recurridos en sede judicial por cualquier persona que alegara una violación a sus derechos o intereses, sin que previamente pueda ser ventilado el asunto ante el propio órgano que lo dictó y siendo posible inclusive suspender por vía judicial los efectos del acto, impugnado, entonces se vería entorpecida y permanentemente retrasada la actividad de la Administración, con lo cual se le impediría cumplir con sus altísimas responsabilidades ante la ciudadanía. Así, lo que se plantearía de fondo es una especie de crisis entre el modelo liberal y el modelo social del Estado de Derecho, la cual, según apunta esta última justificación doctrinal de la vía administrativa previa, sólo podría ser superada con mayor racionalidad en el ejercicio de la discrecionalidad por parte de la Administración, más no por medio de un estricto control judicial de la legalidad de las actuaciones administrativas¹⁷.

A nuestro parecer, ambas justificaciones, así como otras que no podrán ser examinadas en esta oportunidad¹⁸, han sido superadas en buena medida no sólo por importantes acontecimientos históricos que han venido modificado las relaciones del Estado con respecto a los particulares, sino muy especialmente por el lugar central y superior que en la actualidad ocupan, tanto en el plano internacional como en el interno de muchos países democráticos, los derechos humanos como valores supremos de todo el ordenamiento jurídico.

II. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS: ¿GARANTÍAS EFECTIVAS PARA LOS PARTICULARES O CARGAS PARA ACCEDER A LA JURISDICCIÓN?

Es compartido tanto en doctrina como en jurisprudencia, el punto de vista según el cual los recursos administrativos (mas no el carácter obligatorio del agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad en el proceso contencioso¹⁹, pues son cosas distin-

16 Tal punto de vista es defendido, entre otros, por Luciano Parejo Alfonso, *Crisis y Renovación en el Derecho Público*, CEC, España, 1991, p. 78.

17 Sobre este aspecto véase Tomás R. Fernández, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Capítulo VII, Editorial Civitas, España, 1999, p. 255.

18 Nos referimos a los privilegios de la República en caso de demandas interpuestas en su contra, los cuales se traducen en la carga para los particulares de tener que agotar obligatoriamente el denominado antejuicio administrativo previo consagrado en los artículos 35 al 62 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República antes de acudir al Tribunal competente, así como a las prerrogativas que implica para los Institutos Autónomos el procedimiento previo establecido en el artículo 32 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, y a las que consagra a favor de los Municipios el artículo 102 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Estimamos que tales requisitos de admisibilidad también deberán ser objeto de reforma, al menos, en casos de demandas de reparación por violaciones a los derechos humanos, fundadas en el artículo 30 de la CRBV. Sobre el tema véase María Del Rosario Alonso Ibáñez, *Op. cit.*, pp. 70 y ss, y Luis A. Ortíz Álvarez, "La Responsabilidad Patrimonial del Estado y de los Funcionarios Públicos en la Constitución de Venezuela de 1999", *En Revista de Derecho Constitucional* N° 1, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 287 y ss.

19 "Por agotamiento de la vía administrativa se entiende la presentación en tiempo y forma de los recursos pertinentes y obtener el pronunciamiento final o definitivo de la Administración. En contra de este de no prosperar la vía administrativa es que procede iniciar recién el contencioso de nulidad. El interesado no podrá acudir ante la jurisdicción administrativa, mientras no se produzca la decisión respectiva (...) En nuestro Derecho positivo, el agotamiento de la vía administrativa opera como presupuesto procesal para la interposición en forma autónoma del recurso contencioso-administrativo de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares (...) en el caso del contencioso de derechos, el agotamiento de la vía administrativa se realiza por el cumplimiento del

tas) han sido creados para que funcionen como verdaderas garantías o mecanismos de protección para los particulares, personas naturales o jurídicas, que se vean afectados en su esfera de derechos o intereses por una determinada actuación de la Administración. No existe, que sepamos, jurista o autoridad alguna que haya opinado en contra del carácter protectorio de los recursos administrativos que a lo largo de la historia del moderno Estado de Derecho han venido diseñándose en los distintos ordenamientos jurídicos de aquellos países con sistemas de derecho administrativo.

Los recursos administrativos, como indica Rodríguez García²⁰ han sido definidos como “reclamaciones dirigidas a los organismos, entidades o autoridades administrativas para que inicien un procedimiento destinado a la modificación o revocación de un acto administrativo dictado por ellos mismos, o por otro organismo que les está subordinado. La intención es depurar un acto administrativo y mejorarlo contrastándolo con el ordenamiento jurídico”. Dicho de otro modo, lo que persigue el recurso administrativo es que la propia Administración revise el acto dictado por alguno de sus órganos y constate si en efecto el mismo ha sido dictado con apego al bloque de la legalidad o si, por el contrario, adolece de algún vicio que haga necesaria su revocación, convalidación o corrección. En España, autores como Eduardo García De Enterría y Tomás R. Fernández, entre otros, han analizado en detalle la naturaleza de estos recursos, así como la premisa fundamental que sirve de justificación a la existencia de los recursos administrativos de impugnación, a saber, su presunta condición de garantía sencilla y efectiva de los derechos e intereses de los particulares.²¹

En otros países de Europa, también los recursos administrativos han sido concebidos como mecanismos de impugnación contra actos ilegales de la Administración. Así por ejemplo en Italia, Sebastiano Cassarino, los concibe como “una demanda de un sujeto interesado, presentada ante un órgano de la Administración pública, y que habitualmente tiene por objeto una petición de anulación o revocación o de reforma de un acto administrativo, frente a la que la autoridad a quien corresponde la resolución del recurso tiene que pronunciarse, mediante resolución expresa”²². En Francia, son definidos por Pierre Subra de Bieusses como “un requerimiento dirigido a obtener de la Administración u cambio en la postura que previamente había adoptado en relación con el requirente”.²³ En el sentido indicado, y como forma de evitar tanto al particular como a la Administración un litigio con todos los costos y problemas que ello comporta para las partes involucradas, se ha sostenido pacíficamente la condición de *garantías* de los recursos administrativos.

No obstante, como habíamos ya adelantado, lo que ha generado polémica respecto de ellos, no es su existencia en el ordenamiento jurídico, que nadie que sepamos cuestiona, sino su efectividad o idoneidad como medios de protección para los particulares, y, más aún, su condición de supuesto procesal obligatorio exigido por la Ley (regla general en Venezuela, salvo los casos previstos en el artículo 5 de la LOASDGC y en el artículo 185, ordinal 1°, del COT) para poder acudir a la jurisdicción e impugnar el acto administrativo de efectos particulares, en reclamo de la tutela judicial efectiva consagrada como derecho humano en el artículo 26 de la CRBV. En efecto, tal situación ha sido objeto de abundante discusión tanto en la

procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República (antejuicio administrativo)...” Cfr. José Araujo Juárez, *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Vadell Hermanos, Caracas, 1998, p. 336.

20 Cfr. Nelson E. Rodríguez García, *Ibidem*, p. 82.

21 Véase lo expuesto en Eduardo García De Enterría y Tomás R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Civitas, España, 1998, pp. 506 y 507.

22 Sebastiano Cassarino, “Los recursos administrativos en el derecho italiano”, en *Documentación Administrativa* (DA), N°221, Enero-Marzo 1990, Instituto Nacional de Administración Pública, España, 1990, p. 39.

23 Pierre Subra de Bieusses, *Los recursos administrativos en el derecho francés*, en DA, *Op. cit.*, p. 63.

doctrina de Derecho Comparado como en la del Derecho Patrio, toda vez que nunca antes se procedió como ahora a la revisión y cuestionamiento de numerosos privilegios de la Administración que tradicionalmente se concebían como intocables²⁴.

En España, García De Enterría por ejemplo, desde el año 1989 había sostenido que “la exigencia de la vía administrativa previa para poder acceder al contencioso (...) es evidente que es una reduplicación del privilegio de la decisión previa y que, como tal, carece ya de toda justificación desde la perspectiva del funcionamiento constitucional de los poderes públicos. La Administración conoce inmediatamente la interposición de los recursos contencioso-administrativos y en ese momento puede reconsiderar la legalidad o la oportunidad de los actos que le han sido impugnados, es una arbitrariedad exigir que esa reconsideración tenga que producirse (como una carga para los recurrentes) antes precisamente que pueda producirse dicha interposición. La única solución razonable es convertir a la vía previa de preceptiva en facultativa, que es la fórmula tradicional francesa”²⁵. Esta tesis de los recursos administrativos como *cargas* para el administrado fue reafirmada por el autor en su *Curso de Derecho Administrativo*, donde señaló que “Los recursos administrativos constituyen, pues, un presupuesto necesario de la impugnación jurisdiccional y en este sentido tienen que ser considerados forzosamente como un privilegio para la Administración, que impone a los particulares la carga de someter ante ella misma los conflictos antes de residenciarlos ante el Juez”²⁶.

Tomás R. Fernández por su parte, en el N° 221 de la *Documentación Administrativa* antes citada, presentó en 1990 una interesante reflexión, junto a importantes juristas de Italia, Francia y Alemania, sobre la utilidad actual de los recursos administrativos de impugnación. En la presentación a dicho número, luego de comentar los supuestos en que

Efectivamente los recursos de la vía administrativa pueden resultar una garantía para los ciudadanos, señala el autor que en los casos de impugnación de actos o decisiones de cierta importancia, los mismos sirven para muy poco. En ellos, “el recurso administrativo pierde entonces toda utilidad como garantía y se convierte en una carga más para el afectado por la decisión, que ve obligatoriamente demorado su acceso a los Tribunales por un tiempo importante entre los plazos para interponer los recursos y los plazos del silencio administrativo. Un tiempo, además, que en ocasiones es precioso, no sólo para los derechos del recurrente, sino también para la propia justicia.”²⁷

La preocupación manifestada por el maestro Fernández, y que encontraba razón en las estadísticas presentadas en 1990 por la Inspección Operativa de Servicios del Ministerio para las Administraciones Públicas de España²⁸, obedece en buena medida al hecho de que en países como Alemania, Italia y Francia, los recursos de la vía administrativa, desde hace más o menos tiempo, han dejado de ser en muchos casos requisitos de admisibilidad para acudir al proceso contencioso administrativo, pasando a ser facultativos u optativos para el particular. Por todo ello, ya en España aquella criticada situación se ha visto modificada con la entrada en vigencia de la LRJPAC de 1999, con la cual, según nos explica Rafael Entrena Cuesta²⁹, el

24 Sobre las críticas véase el excelente trabajo de Rafael G. Prado Moncada, “De nuevo sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (Avances normativos a raíz de la promulgación de la Constitución de 1999), en *Revista de Derecho Administrativo* N° 9 (mayo-agosto 2000), Editorial Sherwood, Caracas, pp. 93 y ss.

25 Eduardo García De Enterría, *Hacia una nueva Justicia Administrativa*, Editorial Civitas, España, 1991, pp. 66 y 67.

26 Cfr. Eduardo García De Enterría y Tomás R. Fernández, *Op. cit.*, Tomo II, p. 507.

27 Cfr. Tomás R. Fernández, *Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa de recurso*, en DA N° 221, *Op. cit.*, p. 6.

28 Las cuales se incluyen en el estudio publicado en *Documentación Administrativa* N° 221, pp. 157 y ss.

29 Cfr. Rafael Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, Editorial Tecnos, España, 1999, pp. 280 y ss.

recurso de alzada es el único que mantiene su carácter preceptivo para poder acudir al contencioso administrativo, mientras que el recurso de reposición presenta el carácter de optativo o facultativo para el particular, quien luego de haber interpuesto el recurso de alzada, podrá *escoger* entre agotar el recurso de reposición o ir directamente a la sede jurisdiccional.

En Alemania, donde la situación legal en esta materia presenta gran similitud con la de Venezuela, si bien el agotamiento de la vía administrativa figura en el artículo 68 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1960 como un requisito para acceder a la vía judicial, existen varios supuestos en lo que, tanto por mandato expreso de la propia Ley indicada como por la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal, no es obligatorio sino optativo el agotar la vía administrativa mediante la presentación del recurso de contradicción. Uno de esos supuestos en que no es necesario agotarla, corresponde, precisamente, al mismo supuesto previsto en el artículo 91 de la LOPA, donde el acto recurrido ha sido dictado por el propio Ministro y, sin embargo, el particular afectado debe interponer, en nuestro Derecho, el recurso de reconsideración.³⁰

Pero no sólo el supuesto anterior es problemático, sino también el sistema de dos recursos que contempla la vía administrativa de impugnación en Venezuela. Tal obstáculo para acceder a la tutela de la jurisdicción contencioso administrativa ha sido advertida desde hace algún tiempo entre nosotros, pues desde 1993 se ha sostenido que “el sistema de agotamiento de la vía administrativa previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1982, ha hecho mucho más complicado y engorroso el acceso a la justicia contencioso-administrativa, razón por la cual requiere de una urgente reforma. En efecto, la mencionada Ley Orgánica exige para que se agote la vía administrativa, el ejercicio sucesivo y obligatorio de dos recursos administrativos, primero el de reconsideración y luego el jerárquico (...) Esta regulación, que restringe por sí misma el acceso a la justicia contencioso administrativa, incluso es todavía más grave en los casos de los institutos autónomos, los cuales no pueden ser recurridos jamás, directamente en vía contencioso administrativa, sino que tiene que ser impugnadas ante el respectivo Ministro de adscripción a través de un denominado “recurso jerárquico” (artículo 96), que no es tal. Esto, además de acentuar el centralismo ministerial, impide que las decisiones de los Institutos Autónomos se puedan impugnar por ilegalidad ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y que sólo pueda recurrirse ante la Corte Suprema de Justicia contra las decisiones de los Ministros que resuelven el “recursos jerárquico” que se haya interpuesto contra las decisiones de los órganos superiores de los respectivos Institutos Autónomos.”³¹

En Italia y Francia la regla general es el carácter facultativo de los recursos administrativos de impugnación o revisión que dan lugar al procedimiento administrativo de segundo grado. En Italia, la Ley del 06 de diciembre de 1971, número 1034, creadora de los Tribunales Administrativos Regionales, convirtió en facultativo el recurso jerárquico, con lo que el particular no tiene, si así decide, que agotar la vía administrativa para ir acudir al órgano judicial.³²

En Francia, el Consejo de Estado ha declarado que los recursos administrativos especiales deben, en principio, ser facultativos, no siendo obligatorio presentarlos antes de acudir al

30 En Alemania “se presume en el órgano que dictó un grado suficiente de diligencia, de tal forma que un procedimiento de contradicción adicional, que difícilmente aportaría nuevos aspectos, sólo serviría para retrasar la decisión judicial, que, en definitiva es la única efectiva”. Esta excepción y las restantes pueden encontrarse en H. C. Martín Bullinger y Mariano Bacigalupo, *Los Recursos Administrativos en la República Federal Alemana*, en DA N° 221, *Op. cit.*, pp. 21 y ss.

31 Allan R. Brewer-Carías, *Nuevas Tendencias en el Contencioso-Administrativo en Venezuela*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo Universidad Católica “Andrés Bello” N°4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, pp. 137 y 138.

32 *Cfr.* Sebastiano Cassarino, *Op. cit.*, pp. 43 y ss.

Juez, salvo en los casos especiales previstos por la Ley en el campo de la Administración económica y social y de las organizaciones profesionales, donde algunos recursos mantienen su carácter de obligatorios para acudir a la jurisdicción.³³

Consideramos que la actual situación de retardo del acceso de los particulares a la jurisdicción, contraría lo establecido por la CIDH en su sentencia sobre excepciones preliminares de fecha 26 de junio de 1987, Caso Velásquez Rodríguez/ República de Honduras, en donde señaló que “los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados conforme al debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre sujeta a su jurisdicción (art. 1)”³⁴.

Por otro lado, existen a nuestro juicio otros problemas derivados del carácter obligatorio de los recursos administrativos. El primero de ellos es la inexistencia de la “prohibición de la *reformatio in peius*” en el procedimiento donde aquellos deben ser resueltos, con lo cual es perfectamente posible que el particular pueda ver agravada su situación con el acto administrativo que resuelve el recurso interpuesto y pone fin a la vía administrativa, con lo cual se hace inútil aquí el sistema de doble recurso. Como explica Brewer-Carías, “en materia administrativa, se admite, así, la *reformatio in pejus* que permite al superior jerárquico, cuando conoce de un recurso administrativo, decidir en perjuicio del recurrente”³⁵, con lo cual pensamos se estaría vulnerando lo dispuesto en el artículo 49 de la CRBV, según el cual “el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas...”. Al respecto, Bullinger y Bacigalupo nos indican que en Alemania, donde la Ley no prohíbe expresamente tal posibilidad, se ha discutido la legitimidad de tal situación, siendo predominante en la jurisprudencia la necesidad de atender a los criterios surgidos del “principio de confianza” que rigen para la anulación y la revocación de actos administrativos. Esto significa que la autoridad competente para resolver el recurso de contradicción puede modificar el acto impugnado en detrimento del recurrente, “*si así lo autoriza una disposición legal, o a falta de tal disposición, cuando no se vulnera el contenido esencial del principio de confianza*”.³⁶

El segundo problema que advertimos, es el derivado de la falta de imparcialidad del órgano administrativo llamado a decidir el recurso interpuesto por el particular que haya resultado afectado en sus derechos o intereses por una actuación de la Administración.

En efecto, una de las garantías que los artículos 49.3 de la CRBV y 25.1 de la CASDH consagran a favor de todas las personas sometidas a la jurisdicción del Estado venezolano es la *imparcialidad*, la cual supone para el individuo encargado de resolver el conflicto conforme a derecho, el desarrollo de una serie de facultades psíquicas que le permitan permanecer equidistante a las pretensiones deducidas por cada una de las partes durante el proceso, permitiéndole tal posición la posibilidad de juzgar con mayor libertad sobre lo alegado y probado en autos. Sobre esta garantía, Héctor Faúndez Ledesma ha señalado, al referirse a las condiciones que debe cumplir el Juzgado llamado a proveer certeza o a resolver la controversia planteada, que “la tercera condición que debe reunir el tribunal –para asegurar el derecho a un juicio justo– se refiere a la actitud psicológica de éste en el caso particular; esto es, a su imparcialidad. Lo que se espera del tribunal es que éste no tenga opiniones preconcebidas sobre el caso que se le somete, que no tenga compromisos con ninguna de las partes, y que no

33 Cfr. Pierre Subra de Bieusses, *Op. cit.*, pp. 68 y ss.

34 Cfr. Corte I.D.H., Sentencia sobre Excepciones Preliminares, de fecha 26-06-87, *Caso Velásquez Rodríguez vs. República de Honduras*, párrafo 91.

35 Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley...*, *Op. cit.*, pág. 262.

36 Cfr. H. C. Martín Bullinger y Mariano Bacigalupo, *Op. cit.*, pág. 31 (las cursivas son nuestras).

tome partido a favor o en contra de alguna de las partes durante el proceso.³⁷ Resulta evidente que la Administración no puede –ni podría– cumplir con tal garantía, pues ella sólo puede hacerse efectiva en sede judicial, por los órganos llamados a proteger los intereses y derechos de los justiciables.

Frente a todo lo dicho, caben plantearse algunas interrogantes: ¿cuáles son las razones que han llevado a que en los países nombrados varios de los recursos administrativos hayan perdido progresivamente su carácter de preceptivos, trayendo como consecuencia la gradual flexibilización del agotamiento de la vía administrativa de recurso como condición de admisibilidad en el proceso contencioso?, ¿acaso dichas razones no están presentes también en la realidad administrativa venezolana?. ¿Por qué hoy día ninguno de los sistemas de justicia administrativa mencionados plantea, como en el nuestro, un doble procedimiento de revisión en vía administrativa?. Las respuestas a estas interrogantes han sido ya, de una u otra manera, adelantadas en este mismo apartado. Por un lado, la ineficacia de la Administración al resolver los recursos administrativos y, por otro, la falta de idoneidad para tutelar los derechos de los particulares de los órganos llamados a resolver éstos recursos; han abonado tal tendencia. Empero, a nuestro juicio, la principal razón del camino emprendido por los sistemas de justicia administrativa referidos, es la necesidad de garantizar en la mayor y más efectiva medida posible a los administrados el derecho humano a la tutela judicial efectiva, prevista no sólo en las Constituciones Políticas de dichos Estados, sino como veremos más adelante, en normativas internacionales y regionales de protección de los derechos humanos. Al parecer tal tendencia ha sido tenida en cuenta en nuestro país, luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999. Pasemos, pues, a examinar cuál es la situación actual en Venezuela.

III. ¿HACIA EL CARÁCTER POTESTATIVO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA VENEZOLANA?

Tal y como ha sido puesto de relieve por Luis A. Ortíz Alvarez, durante el año 2000, tanto la CPCA, como el TSJ en SE, han dictado importantes decisiones relativas al agotamiento de la vía administrativa como causa de admisibilidad de demandas contra la República o recursos contenciosos de nulidad ante los Tribunales de lo contencioso administrativo. Tomando en consideración la situación del derecho comparado en esta materia, el imperativo constitucional de garantizar el acceso a los órganos de administración de justicia como única vía de garantizar una tutela judicial efectiva y la precaria situación de los procedimientos administrativos previos a la jurisdicción contencioso-administrativa, la CPCA y el TSJ en SE han decidido, sin esperar la actuación legislativa, aplicar de inmediato lo previsto en el nuevo texto constitucional y atribuir a todo procedimiento administrativo de segundo grado o vía administrativa carácter “potestativo” o “facultativo” para el particular recurrente y desaplicar las disposiciones legales que le atribuyen a ésta carácter “preceptivo” u “obligatorio”, convirtiéndola en requisito imperativo para acceder a la tutela jurisdiccional. No entraremos a comentar las críticas que ha merecido la fundamentación de cada una las decisiones que se han pronunciado en este sentido, ni los inconvenientes que puede ocasionar que el pretender introducir tales cambios en nuestro ordenamiento jurídico por vía jurisprudencial, pues ello desbordaría en mucho los límites del presente trabajo.³⁸

37 Cfr. Héctor Faúndez Ledesma, *Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (El derecho a un juicio justo)*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1992, p. 235.

38 Para las críticas a estas sentencias, Cfr. Armando Rodríguez, “Cambios en las Condiciones de Admisibilidad de los Recursos”, ponencia presentada en las I Jornadas de Derecho Público *El Impacto de la Constitución de 1999 en la Justicia Administrativa*, organizadas por la Universidad Monteávila, 29 y 30 de marzo de 2001, la cual será publicada en el libro de esas Jornadas.

Nuestro interés es destacar los argumentos centrales de estas sentencias, y examinar cómo recientemente el mismo TSJ en SPA, y más sorprendentemente, la propia CPCA en reciente sentencia, se han opuesto a cualquier cambio en el carácter preceptivo de la vía administrativa.

La primera de las sentencias líderes en materia del carácter optativo de las vías administrativas previas es de la CPCA, de fecha 24-05-2000, caso Ramón Díaz/Municipio Sucre del Estado Miranda, con ponencia del Magistrado Carlos Enrique Mouriño Vaquero, se sostuvo, en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes previsto en el artículo 334 de la CRBV, que no era necesario en el caso concreto agotar la vía administrativa prevista en los artículos 94 y 95 de la LOPA, ni la gestión conciliatoria prevista en el artículo 15 de la LCA, mediante la siguiente argumentación:

“Los recursos contencioso-administrativos son los instrumentos utilizados para poner en marcha la jurisdicción contencioso-administrativa, provocando así el examen de la actividad realizada por la Administración, con el objeto de obtener un pronunciamiento expreso sobre su legalidad; ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 26 de nuestra Carta Magna dicho pronunciamiento debe ser obtenido de forma expedita y con prontitud, lo cual se ve afectado por la obligatoriedad de interponer un recurso administrativo tras otro o de agotar previamente la gestión conciliatoria, antes de alcanzar la jurisdicción. De otra parte, la oportunidad que dan estos requisitos a la Administración para corregir su ilegal actividad, se contraponen con la necesidad de una tutela jurisdiccional inmediata; afectándose además el principio de que todo acto administrativo que viole o menoscabe los derechos y garantías consagradas constitucionalmente es nulo de nulidad absoluta, pues para ello habría que esperar la revisión del acto por parte de la Administración./ Asimismo la aplicación reiterada de los mencionados requisitos, ha demostrado, que rara vez la Administración modifica su criterio o corrige su conducta, pues generalmente ratifica oportuna o extemporáneamente el mismo (...). En conclusión, en atención a los anteriores razonamientos y a la interpretación concordada y progresiva del preámbulo y de los artículos 2, 3, 25, 26, 257 y 259 de la Constitución vigente, considera esta Corte que el agotamiento de la vía administrativa y la realización de la gestión conciliatoria, no deberían constituir formalidades esenciales, ya que el objetivo del recurso contencioso administrativo es retar la legalidad del acto actual, que causa gravamen al particular, sin que el administrado tenga que ser sometido a la espera y a la expectativa de que la Administración en ejercicio de su potestad de autotutela corrija su errónea actividad (...). Ahora bien, no obstante considerar esta Corte que el agotamiento de la vía administrativa y de la gestión conciliatoria no es necesario para acudir a la vía contencioso administrativa, ello no es óbice para que el particular (...) decida agotar previamente la vía administrativa o realizar la gestión conciliatoria (...) pues el derecho del particular a accionar en la sede de su preferencia debe ser respetado, así como también debe respetarse la potestad de autotutela que detenta la Administración...”³⁹.

Podemos ver, pues, como varias de las afirmaciones hechas por la sentencia citada, han sido sostenidas en España por destacados especialistas del Derecho Administrativo, entre ellos Tomás Ramón Fernández y Eduardo García De Enterría, quienes han señalado que “El cumplimiento de esta carga de recurrir previamente en la vía administrativa (...) implica un importante aplazamiento de la posibilidad de obtener Justicia a través de un verdadero proceso y ante una instancia neutral e independiente (a menos, claro está, que el recurso administrativo sea estimado, supuesto posible, incluso relativamente frecuente, pero desde luego, no mayoritario ni mucho menos), lo cual es especialmente grave si se tiene en cuenta que los actos administrativos comienzan a producir efectos desde la fecha en que se dictan (...), sin que el recurso sirva por sí mismo para frenar o paralizar esa inmediata eficacia, que sólo excepcionalmente puede ser suspendida (...) La desorbitada duración que en algunos casos alcanza la vía gubernativa previa (...) hace especialmente dramática esta situación, que resulta

39 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2000-499, del 24-05-2000, pp. 12 y 13.

concebida más en beneficio de la Administración, que en garantía de los administrados⁴⁰. En efecto, entre nosotros es notable la duración, en el caso de los recursos administrativos previstos en la LOPA, de los lapsos que tiene la Administración para decidir sobre éstos, constituyendo ello sin duda un importante aplazamiento para el particular que desea acudir a la vía jurisdiccional -15 días para decidir el de reconsideración (art. 94, LOPA) y 90 días para decidir el jerárquico (art. 91, LOPA), dando un total de 105 días cuando ambos deben ser intentados-, agravando tal situación el que durante el tiempo en que se está tramitando el recurso, la única instancia que podría suspender los efectos del acto recurrido es la propia Administración (art. 87, LOPA), a menos que aquél amenace o viole un derecho constitucional y pueda entonces el particular atacarlo por vía de amparo cautelar, a través del artículo 5 de la LOASDGC. En el caso de la gestión conciliatoria que deben agotar los funcionarios de carrera antes de acudir al TCA, la situación al parecer ha sido aún más gravosa pues no sólo se evidencia aquí un aplazamiento odioso para acceder a la tutela jurisdiccional, sino que en la praxis, según han indicado importantes actores de este contencioso especial⁴¹, tales Juntas de Avenimiento rara vez se constituyen, y rara vez si lo hacen cumplen con su papel de conciliadores, dejando así al afectado en una situación de evidente indefensión frente a la actuación ilegal de la Administración, cuyos órganos demuestran poco interés en resolver razonable y oportunamente controversias con sus administrados, en este caso funcionarios de carrera. Los problemas derivados de la exigencia de este procedimiento administrativo como condición de admisibilidad a la presentación del recurso contencioso por ante el TCA dieron lugar a las consideraciones y afirmaciones hechas en la segunda de las sentencias a ser analizadas en el presente trabajo.

La misma CPCA, en sentencia de fecha 24-05-2000, Caso Raúl Rodríguez Ruiz, con ponencia del Magistrado Rafael Ortiz-Ortiz, esta vez sin especificar cuál fue la vía jurídica empleada por el Juez para desaplicar o derogar con efectos *erga omnes* el requisito de admisibilidad del agotamiento de la vía administrativa⁴², sostuvo que:

“La consecuencia inmediata de las anteriores consideraciones está en la aplicación inmediata y no programática de las disposiciones constitucionales que permiten el libre y universal derecho de accionar como integrante del derecho a una tutela judicial efectiva, sin más limitaciones que las que establezca la propia Constitución, con lo cual esta Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en inmediata aplicación de este principio aun para los casos que se encuentren en curso establece que no es necesario el agotamiento de la vía administrativa, o la reclamación administrativa previstas en los artículos 84, ordinal 5° y 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, 15 de la Ley de Carrera Administrativa, y 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, 32 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, y 36 de la Ley de la Procuraduría General de la República, dejando a salvo las potestades de autotutela administrativa que corresponde a los órganos de la Administración Pública en todos sus niveles, y como una opción por parte de los justiciables y administrados de agotar o no esa fase, sin que en ningún momento pueda ser causal de inadmisibilidad de la acción, demanda o pretensión. Todo esto en preferente aplicación inmediata de los artículos 2 (Preeminencia de derechos fundamentales), 7 (primacía de la Constitución), 19 (obligación de garantizarle goce y ejercicio de los derechos), 26 (derecho de accionar y tutela judicial efectiva), 257 (prevalencia de la justicia sobre las forma-

40 Tomás R. Fernández y Eduardo García De Enterría, *Op. cit.* Tomo II, p. 509.

41 Nos referimos a las observaciones que en tal sentido presentó Hildegard Rondón de Sansó, en “El Contencioso Funcionario”, ponencia presentada en las I Jornadas de Derecho Público *El Impacto de la Constitución de 1999 en la Justicia Administrativa*, organizadas por la Universidad Montevideo, 29 y 30 de marzo de 2001, la cual será publicada en el libro de estas Jornadas.

42 En este sentido, sólo indica que “Esta necesidad de garantizar una “efectiva” y “expedita” justicia es lo que, en definitiva, mueve a esta Corte Primera de los Contencioso Administrativo a eliminar el carácter obligacional del agotamiento previo de la vía administrativa y la reclamación previa a las demandas patrimoniales contra el Estado...” *Cfr.* Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2000-511 del 24-05-2000, pp. 23 y 24

*lidades no esenciales del proceso). Todo esto responde como se ha señalado anteriormente en un cabal entendimiento de la tutela judicial efectiva que no es otra cosa que acercar la justicia a las necesidades cotidianas de las personas que acuden, ante los órganos de administración de justicia, como última esperanza de solventar sus diferencias y conflictos que se dan en nuestra realidad histórica*⁴³

Al igual que en la sentencia antes citada, podemos observar que en esta segunda decisión la CPCA pone un marcado acento en la necesidad de *garantizar* al ciudadano un acceso real a los órganos de administración de justicia, pues en un verdadero Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, ellos deben ser sin duda las verdaderas y efectivas instancias de protección de los derechos de los particulares. La tutela judicial es un derecho humano que ya antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 ya se encontraba consagrado en los artículos 68 y 206 de la Constitución de 1961, así como en distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Por ello, llama la atención que en Venezuela los Tribunales contencioso-administrativos no se hubieran planteado mucho antes esta problemática de los procedimientos administrativos previos al acceso a la jurisdicción, pero lo cierto es que, como vimos, varios países de Europa han venido, atendiendo al cambio en las circunstancias históricas que prescribieron el carácter obligatorio de la vía administrativa, adaptando progresivamente sus disposiciones legales a lo establecido en los Convenios Regionales e Internacionales de Derechos Humanos.

Tal vez, podría alguien acotar a lo dicho que no siempre que un particular recurre contra un acto o se queja de una omisión de la Administración, o demanda a la República están en juego derechos humanos, pues son también protegibles por medio de tales vías legales derechos previstos en la Ley o intereses personales, legítimos y directos. Frente a ello, es útil la oportunidad para reafirmar que, en definitiva, lo que podría estarse vulnerando con tales *cargas* para el administrado es, entre otros, el derecho de acceso a la justicia -independientemente del objeto de la controversia que da origen al interés en accionar-, y con ello el derecho a la tutela judicial efectiva. Como se ha afirmado, “cerrar o impedir el acceso a los órganos jurisdiccionales es la forma más extrema de negar a una persona el derecho a un proceso equitativo”⁴⁴.

Por tal razón, se ha sostenido también que “esta regla general del carácter obligatorio de los recursos administrativos, generaba serios problemas y limitaciones al derecho de acceso judicial y, de hecho, podía ser considerada como contraria al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva previsto en la constitución de 1961 y, en la actualidad con mayor rigor, en los artículos 26, 49, 257 y 259 de la Constitución de 1999, a lo cual puede sumarse un sinnúmero de normas y principios constitucionales.”⁴⁵ Así, otros derechos que podrían verse afectados por el procedimiento administrativo previo existente en nuestro derecho positivo son el derecho a recurrir en vía administrativa para ante el órgano superior jerárquico en vista de la inexistencia de la prohibición de la *reformatio in peius*, y el derecho a obtener una protección cautelar que evite un perjuicio mayor, lesionándose de tal modo otros dos componentes del derecho a la tutela judicial efectiva.

La tercera de las sentencias a comentar corresponde al TSJ en SE, fue dictada en fecha 18-08-2000, Caso Liborio Guarulla/Junta Regional Electoral del Estado Amazonas, con ponencia del Magistrado José Peña Solís, y en ella, a través de una interpretación conforme a la Constitución de los artículos 236, numeral 5°, 237, numeral 4° y 241, único aparte, de la

43 *Cfr.* Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2000-511 del 24-05-2000, pp. 23 y 24..

44 *Cfr.* Héctor Faúndez Ledesma, *Op. cit.*, p. 221.

45 Luis A. Ortíz Álvarez, “Cinco Nuevas Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa (Breves notas y extractos)”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 9, Editorial Sherwood, Caracas, 2000, pp. 332 y 333.

Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (en adelante LOSPP), que no implicó ni la desaplicación ni la derogatoria de la vía administrativa prevista en las indicadas disposiciones legales, sino la conversión de su carácter obligatorio en potestativo a los solos efectos del acceso a la justicia contencioso-electoral, se sostuvo que:

“Pues bien, el examen de la situación venezolana revela, como conclusión preliminar, que la legislación vigente mantiene la preceptividad de la vía administrativa como mecanismo previo al acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, aún cuando leyes especiales de más reciente data permiten al administrado prescindir de tal vía en determinadas materias. La doctrina por su parte, considera que dicha legislación requiere de profundas modificaciones, a los fines de eliminar los obstáculos para el acceso a la tutela judicial efectiva a la que tienen derecho los administrados (...) En ese orden de ideas, la Constitución de 1999, desarrollando el contenido de su Preámbulo y sus Principios Fundamentales, recoge en materia de derechos fundamentales las más modernas tendencias que privan tanto en el ámbito doctrinal como en el Derecho Comparado, especialmente en lo concerniente, en términos generales, al derecho a la defensa y al acceso a la justicia (...) el previo agotamiento de la vía administrativa previsto en la legislación electoral puede llegar a obstaculizar esa respuesta, y en definitiva hasta enervar el referido derecho a la tutela judicial efectiva, no una tutela judicial que formalmente dilucide la cuestión planteada pero que, dada su demora, no resuelve adecuadamente el conflicto planteado, contrariando el postulado de Estado de Derecho y de Justicia que debe orientar a toda la actuación de los órganos del Poder Público venezolano, y con especial énfasis, de los llamados a impartir esa Justicia (...) por otra parte, en esta misma línea de razonamiento conviene recordar que el estudio del Derecho Comparado, especialmente el correspondiente a los ordenamientos regidos por los sistemas contencioso electorales judiciales, evidencia que en ellos resulta inexistente el requisito del agotamiento de la vía administrativa, como presupuesto procesal de los recursos contencioso electorales, (...) Pues bien, conforme a los razonamientos anteriores la Sala ha optado para decidir el presente pedimento del recurrente, acudir a la regla o principio de la interpretación conforme a la Constitución; por lo tanto, debe quedar claro –se insiste– que ni considera derogados los citados dispositivos de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que erigen el agotamiento de la vía administrativa en un presupuesto procesal, ni los inaplica, pues se limita a interpretarlos (...) en el sentido de que el ejercicio del recurso jerárquico, cuando el acto impugnado emane de un órgano distinto del Directorio del Consejo nacional Electoral, no constituye un requisito de admisibilidad de los recursos contencioso electorales, pero que resulta 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”⁴⁶.

Si bien es cierto que los efectos del fallo de la SE están circunscritos al estricto ámbito del contencioso electoral, lo importante es notar que las razones que llevan al Juez a declarar al carácter optativo y no preceptivo, en este caso, del recurso jerárquico, son comunes a las expuestas por la CPCA al proceder en las sentencias antes referidas a desaplicar y eliminar, respectivamente, el carácter de requisito de admisibilidad del agotamiento de la vía administrativa. Como bien indica la SE en varios párrafos de la sentencia in comento, la necesidad de convertir en optativos los recursos administrativos de la vía administrativa ha sido sentida por la doctrina y la jurisprudencia contencioso administrativa tanto general como especial de los sistemas jurídicos continentales, por cuanto no sólo en Venezuela ha sido cuestionado el tantas veces supuesto carácter protectorio o garantista de los recursos administrativos. Las críticas al actual sistema de recursos, en cuanto a su eficacia y eficiencia, en vista de lo expuesto en la parte II de este trabajo, apuntan en buena medida a suprimir el carácter preceptivo de dichos recursos, esto es, a eliminar su condición de requisitos de admisibilidad para acudir a la jurisdicción contenciosa, dejándolos como optativos o facultativos para el particular. En la actualidad, consideramos que ello no depende ya de la efectividad o no de los re-

46 Cfr. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Electoral, Sentencia N° 101, del 18-08-2000, pp. 7, 11, 15, 16, 18 y 19. La misma puede consultarse en el site del máximo Tribunal: www.tsj.gov.ve/decisiones.

cursos, sino de la obligación del Estado de garantizar a todas las personas sujetas a su jurisdicción el libre acceso a los órganos de administración de Justicia, no sólo por lo dispuesto en el artículo 26 de la CRBV, sino muy especialmente en los artículos 8 de la DUDH, 14 y 26 del PIDCP, XVIII de la DAD y DH, y 1.1, 8 y 25 de la CASDH, en donde se consagra para toda persona el derecho a la tutela judicial efectiva.⁴⁷

Lo distintivo del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, es que la tutela de los derechos y libertades fundamentales sea la regla, y ella sólo puede –y debe– ser brindada en forma expedita, efectiva, independiente e imparcial por procedimientos efectivos ante los Tribunales competentes. En este sentido, Jürgen Habermas ha sostenido en una obra de singular importancia para la reflexión sobre el Derecho y la Democracia en las sociedades de nuestro tiempo, que “La institucionalización del código que es el derecho, exige finalmente que se garanticen los procedimientos jurídicos por los que cada persona que se sienta menoscabada en sus derechos pueda hacer valer sus pretensiones. Del carácter coercitivo del derecho se sigue el requisito o exigencia de que en los casos en conflicto el derecho vigente sea interpretado y aplicado de forma vinculante en un procedimiento específico. Las personas jurídicas sólo podrán movilizar en forma de facultades de ejercer una acción jurídica las facultades de coerción ligadas a sus derechos si tienen acceso libre a tribunales independientes que, actuando con efectividad, decidan imparcial y autoritariamente en el marco de las leyes los casos de litigio. A la luz del “principio de discurso”, pueden entonces fundamentarse derechos básicos concernientes a la administración de justicia que aseguren a todas las personas la misma protección de sus derechos...”⁴⁸

Asimismo, la CIDH en una opinión consultiva de fecha 06 de octubre de 1987 se ha pronunciado al respecto, y ha señalado que “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que realmente sea idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que (...) resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica...”⁴⁹

Contrariando –o desestimando– todo lo indicado precedentemente, el TSJ en SPA en sentencia de fecha 22-03-2001, Caso Fundación Hogar Escuela José Gregorio Hernández / Dirección de Coordinación Zonal y la Viceministro de Asuntos Educativos del Ministerio de Educación, con ponencia conjunta de los Magistrados Levis Ignacio Zerpa, Hadel Mostafá Paolini y Yolanda Jaimes Guerrero, se pronunció en los siguientes términos:

“Siendo la oportunidad para pronunciarse sobre la admisión del presente recurso de nulidad, debe esta Sala en primer lugar, realizar unas consideraciones preliminares, en cuanto a los requisitos de admisibilidad previstos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en su artículo 124, ordinal 2°, relativo al agotamiento de la vía administrativa, con motivo de las distintas concepciones que han surgido, en cuanto a este tema, con la promulga-

47 Siguiendo a Rafael G. Prado Moncada (ver *Op. cit.*, p. 101), señalaremos que este derecho comprende, a su vez: a) el derecho de acceso a la jurisdicción, b) el derecho al debido proceso, c) el derecho a una protección cautelar amplia y efectiva, y d) el derecho a obtener una sentencia oportuna y de ejecución efectiva.

48 Cfr. Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Editorial Trotta, España, 1998, p. 191.

49 Corte I.D.H., Garantías Judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9, párr. 24.

*ción de la constitución de la República Bolivariana de Venezuela./ A estos efectos, se hace necesario determinar cuál es la razón para instituir los recursos administrativos como paso previo a la vía jurisdiccional. En este sentido debe afirmarse que los recursos en sede administrativa no fueron concebidos por el legislador para imponer una carga al administrado, sino más bien, como un medio garantizador de la esfera jurídica de los particulares. De tal manera que, aún cuando en la práctica el ejercicio obligatorio de tales recursos, se ha considerado como una carga al administrado, debe señalar esta Sala, que tal concepción ha sido constreñida por la conducta irresponsable de funcionarios que, en su quehaceres (...) han desvirtuado la verdadera naturaleza de la vía administrativa./ En este orden de ideas, el administrado, al tener acceso a los recursos administrativos, puede resolver la controversia planteada en la misma vía administrativa, es decir, se busca con el ejercicio de estos recursos pronta conciliación, si ello es posible, entre el afectado por el acto y la administración. En este sentido resulta oportuno puntualizar que el uso de la vía administrativa no corresponde al cumplimiento de ninguna formalidad, sino como una necesidad que la propia dinámica administrativa impone en beneficio del administrado para ventilar la solución del conflicto antes de acudir a la vía jurisdiccional (...) Lo anterior tiene su fundamento en el hecho de que la propia administración tiene la facultad de revisar sus actos, bien sea de oficio o a solicitud de partes, pues como quedó establecido, no es posible controlar, de una manera efectiva y rápida todos los actos administrativos por vía judicial. De allí que la solución en cuanto a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, no se encuentra en la eliminación de los recursos administrativos, sino en mantenerlos para que no cercene la posibilidad de que el administrado obtenga rápidamente una decisión respecto a su planteamiento (...) Por todos los razonamientos antes expuestos, considera esta Sala que el agotamiento de la vía administrativa exigido en el artículo 124 ordinal 2° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no vulnera en modo alguno el precepto constitucional establecido en el artículo 26 de la Carta fundamental. Así se declara”.*⁵⁰

Resulta no menos que sorprende la forma en que la SPA, sin entrar en un análisis más profundo y detenido del asunto, emplea una técnica interpretativa severamente cuestionada como es la de descifrar *la voluntad del legislador*⁵¹, y a una tesis suficientemente superada en el Derecho Comparado como es la del *carácter de garantías de los recursos administrativos*, sin considerar siquiera la necesidad percibida por las anteriores sentencias de convertir en optativos los recursos administrativos, a la luz de los principios constitucionales y de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales de protección. A los administrados poco les importa que los recursos no hayan funcionado por ineptitud de funcionarios irresponsables, pues aquí la discusión de fondo, insistimos, no es tanto la efectividad de los recursos, que en todo caso es pobre, sino el *libre acceso a la tutela jurisdiccional*. Indica la sentencia, que no es posible controlar, de una manera rápida y efectiva todos los actos administrativos por vía judicial, lo cual nos hace pensar no sólo que Venezuela podría estar incumpliendo en forma institucionalizada con obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, sino lo lejos que estamos los venezolanos de vivir, en realidad, en un Estado como el que describe el artículo 2 de la CRBV. Si bien no ignoramos la situación en que se encuentra el contencioso administrativo en el país⁵², ello no puede llevar a los propios órganos de dicha jurisdicción a poner en manos de la Administración el control de la legalidad y constitucionalidad de la gran mayoría de las actuaciones de sus órganos en todo el

50 Cfr. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, Sentencia N° 00489 del 27-03-2001, pp. 9 a 11. La misma puede consultarse en el site del máximo Tribunal: www.tsj.gov.ve/decisiones.

51 Las críticas a esta técnica de interpretación pueden verse en Fernando de Trazegnies Granda, “La Muerte del Legislador”, Discurso de Incorporación como Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, 4 de mayo de 1995, es especial pp. 7 a 13. En él se lee: “el legislador no existe: es una ficción. Lo que existen son numerosos legisladores, cada uno con sus propias ideas, sus propios niveles de conocimiento de las cosas, sus propios intereses y sus propias limitaciones...”, p. 9.

52 Al respecto, véase el trabajo de Luis A. Ortíz Álvarez, “Notas sobre la situación de la jurisdicción contencioso administrativa (réquiem por más jueces y por procesos más rápido)”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 2, Enero-Abril, Editorial Sherwood, Caracas, 1998.

territorio. Esto nos convertiría, o nos confirmaría tal vez, como un Estado administrativista, propio de los siglos XVIII y XIX, y nos alejaría de un Estado judicialista, como debe llegar a ser todo Estado verdaderamente democrático, en el que los actos de los órganos que ejercen el Poder Público deben poder ser controlados por los órganos investidos de jurisdicción, como única forma de garantizar el imperio de la Constitución y la Ley,⁵³ tal como disponen los artículos 7 y 137 de la CRBV.

Conviene recordar aquí, lo sostenido entre nosotros por Araujo Juárez: “A los fines de que los presupuestos de la noción de Estado de Derecho que acabamos de reseñar sean eficaces, un control debe ser organizado, pero nos preguntamos ¿Qué categorías de control?. Los controles ya existentes, parlamentario y administrativo, son estimados *insuficientes*. Será el control jurisdiccional el indispensable, y es justamente éste el que reconoce el régimen del Estado de Derecho. Lo contencioso administrativo trata de obtener el sometimiento de la Administración a la Justicia de un modo general y, por lo tanto, a la Ley (...) debe ponerse límites a la actividad administrativa, los cuales se obtienen mediante un efectivo sistema de controles, de los cuales el jurisdiccional se considera el más eficaz, al que se señala como elemento integrante del Estado de Derecho.”⁵⁴

Por otro lado, pertinente es aclarar que ninguna de las sentencias o de los autores consultados para la elaboración de este trabajo ha sostenido que los recursos administrativos sean, en sí mismos, una carga para el administrado, y que en consecuencia deban ser eliminados del ordenamiento jurídico respectivo. Lo que han postulado, a diferencia de lo indicado por la SPA, es la necesidad de eliminar el carácter *obligatorio* de los mismos, o dicho de otro modo, el agotamiento de la vía administrativa como condición de admisibilidad del recurso contencioso de anulación o de una demanda contra entes públicos, pues ésta exigencia, y no la existencia de los recursos, es la que constituye el perjuicio para el particular que desea acudir a la jurisdicción. La SPA no parece observar que esta situación, cambiando lo cambiante, equivale a que el arbitraje fuera en materia mercantil un trámite a agotar para poder ventilar una controversia ante un Tribunal Mercantil, o como si cualquiera de los mecanismos para la resolución alternativa de conflictos a que hace referencia la propia decisión, fueran preceptivos para acudir a la sede jurisdiccional civil, penal, etc. Además, se observa una clara desconexión entre las citas bibliográficas hechas en la sentencia, donde se plantean interesantes puntos de vista, y la realidad administrativa de países como España y Venezuela.

En síntesis, para la SPA del TSJ, poco valor o importancia tienen los planteamientos hechos en forma reiterada por la doctrina y la jurisprudencia extranjera y nacional, en las cuales desde hace mucho se viene estudiando la precaria situación que el carácter obligatorio de la vía administrativa comporta para los administrados al momento de reclamar tutela efectiva para sus derechos e intereses. Consideramos que debería tenerse en cuenta en esa máxima instancia jurisdiccional, la aseveración hecha por el maestro Jesús González Pérez, de acuerdo con la cual “la generalidad –casi unanimidad– de la doctrina se muestra contraria al mantenimiento de la vía administrativa como presupuesto procesal (...) no tiene sentido el tradicional requisito procesal. Cualquiera que sea el órgano administrativo del que proceda, ha de admitirse la posibilidad de acudir a los Tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos que por él hubieren resultado lesionados. Si bien debe admitirse la posibilidad de que el interesado pueda, si lo desea, interponer con él los recursos administrativos que, en cada caso, se prevean.

53 En tal sentido, Cfr. Rigoberto Espinal Irías, “Los jueces y su responsabilidad para la vigencia de un Estado de Derecho”, en *El Juez y la Defensa de la Democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*, Instituto Interamericano Derecho Humanos (IIDH), Costa Rica, 1993, p. 22 y ss.

54 Cfr. José Araujo Juárez, *Op. cit.*, p. 31, (las cursivas son nuestras).

Lo que dependerá de la confianza que se tenga en obtener por esta vía plena satisfacción de las pretensiones (...) Pero si se tiene la convicción de que nada se logrará por esta vía, no tiene sentido establecer un sistema que demora el momento de acudir al proceso, con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil.⁵⁵

No obstante, más lamentable que el gris “razonamiento” dado por la SPA del TSJ para retomar el carácter preceptivo de las vías administrativas previas, fue el retroceso injustificado y contradictorio ocurrido en la jurisprudencia de la CPCA, la cual luego de mantener durante un tiempo considerable el constitucional criterio del no agotamiento obligatorio de las vías administrativas, acogió como suyo el inconstitucional e irrazonable punto de vista de la SPA, al indicar en sentencia de fecha 26-03-01, Caso Antonio Alvez Moreira contra Alcaldía del Municipio Baruta, con ponencia del Magistrado Juan Carlos Apitz Barbera, que sí debía agotarse la vía administrativa, pues tal requisito de admisibilidad en ninguna medida resulta contrario a lo establecido en la CRBV. La CPCA desarrolló, entre otras “consideraciones”, que:

*“...considera la Corte que tales recursos son, sin lugar a dudas, una garantía de los particulares frente a la Administración, ya que se erigen un medio que les permite la revisión de los actos que afecten sus derechos e intereses, para lograr –si ello es procedente– la reforma o eliminación de tales actos y la supresión de los perjuicios causados (...) Considera la Corte que todo medio que permita a los particulares reaccionar frente a la Administración, en protección de sus derechos e intereses, es, en definitiva, un medio que garantiza la efectividad del Estado de Derecho (...) estima esta Corte que la consagración, mediante Ley, de la vía administrativa como una condición previa para la interposición del recurso contencioso administrativo de anulación, lleva se suyo una ponderación realizada por el Legislador y que el ha permitido articular la vía administrativa y el proceso contencioso administrativo (...) En definitiva, la facultad del legislador para condicionar el ejercicio del derecho a una tutela judicial efectiva, tal y como se ha hecho a través de la norma contenida en el ordinal 2° del artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, tiene pleno asidero constitucional (...) Más aún, que el requisito legal del agotamiento de la vía administrativa como condición de admisibilidad del recurso contencioso administrativo de anulación, no es contrario al derecho a una tutela judicial efectiva, ha sido evidente incluso para el Constituyente de 1999. En efecto, si el Constituyente hubiese estimado que el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva impide al Legislador establecer una condición para la interposición del recurso contencioso administrativo, entonces ningún impedimento habría tenido para proscribir esta condición del ordenamiento jurídico. Sin embargo, lejos de hacerlo, el Constituyente, a través de la exposición de motivos del Texto Fundamental, es decir, fuera del ámbito normativo de la Constitución, se limitó a exhortar al Legislador para que éste reconsidere la valoración que ya se ha efectuado y en consecuencia elimine la condición del agotamiento de la vía administrativa para el acceso al proceso contencioso administrativo (...) Por lo tanto, es evidente que el Constituyente, en esta materia, se ha limitado a exhortar al Legislador para que produzca precisos cambios legislativos que –ha estimado– reclama el derecho a la tutela judicial efectiva, admitiendo entonces que sólo al Legislador corresponde esta tarea, pues a él a correspondido legítimamente fijar las condiciones actualmente vigentes”.*⁵⁶

La CPCA recogió así el criterio de la SPA del TSJ, sin reparar en las negativas consecuencias que tal decisión implica para la incipiente pero importante evolución que se había producido en el sistema contencioso administrativo venezolano a partir de las sentencias dictadas durante el año 2000 respecto al carácter facultativo de la vía administrativa previa⁵⁷.

55 Cfr. Jesús González Pérez, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), Tomo II, Editorial Civitas, España, 1998, p. 23, citado por Luis A. Ortíz-Álvarez en *El Silencio Administrativo en el Derecho Venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas, 2000, pp. 130 y 131

56 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 26 de abril de 2001, pp. XX .

57 Acertadas críticas a esta decisión de la CPCA, así como a la decisión antes examinada de la SPA

Dicha decisión, al igual que la del TSJ, parte además del *espejismo* que significa el suponer que los recursos administrativos o la vía conciliatoria son en realidad *efectivos* para la protección de los derechos e intereses de las personas afectadas por actuaciones de la Administración. En realidad, en muy pocas oportunidades, como ya se indicó la Administración decide, y en las que decide, tan raras como escasas son las veces en que libran al recurrente o potencial querellante de tener que acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

Es falso, al menos en la praxis administrativa venezolana, que los recursos de impugnación o la vía conciliatoria, sean garantías para las personas, y menos que, en tal situación, los medios administrativos de impugnación o conciliación, como los previstos en la LOPA, en la LCA o en la LOPGR, puedan ser compatibles con el Estado de Derecho y de Justicia que promulga nuestro texto constitucional. No podemos olvidar, que buena parte de nuestros funcionarios públicos tienen poca cultura en cuanto a su deber de respetar y garantizar los derechos de las personas y una amplia tradición en el mal trato al ciudadano, la falta de organización y de conciencia democrática, factores que impiden a la larga que la Administración se preocupe por responder los recursos conforme a la Ley y en el tiempo que corresponde, tendiendo a no revisar sus actuaciones, aún en los casos en que ello fuera lo ajustado a derecho. Por ello, tales recursos o medios administrativos, terminan constituyendo un retardo injustificado para el acceso a la justicia administrativa.

En todo caso, consideramos que incluso en el hipotético caso que tales recursos fueran verdaderas garantías, resulta absurdo por contradictorio pensar que el ejercicio de éstos o de cualquier otra garantía prevista en el ordenamiento jurídico para la protección de los derechos, pueda ser *obligatorio* para los particulares, pues las garantías son también derechos de las personas, y no se puede forzar a ningún individuo a ejercer sus derechos en contra de su voluntad (en perjuicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, artículo 20 de la CRBV), por cuanto depende de la voluntad de las personas el tiempo, modo y medida en que ejercen sus derechos y hacen uso de las garantías consagradas normativamente para su protección.

Hoy día es indiscutible que los derechos inherentes a las personas no son programáticos, no pueden depender de la actividad legislativa del órgano nacional llamado a regular su ejercicio para que puedan ser reclamados por sus titulares, según se desprende además de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado en materia de protección de los derechos humanos. En pocas palabras, no existen *expectativas de derechos humanos*. Así las cosas, es incomprensible que la CPCA afirme que sólo el legislador (entiéndase, Asamblea Nacional) es quien puede permitir a las personas, mediante reformas legales, que decidan si van primero a la vía administrativa que corresponda y luego a la jurisdicción contencioso administrativa, o si van directamente a la justicia administrativa en reclamo de tutela de sus derechos o intereses. Ya en Venezuela tenemos ejemplos de lo importante que resulta para la protección de los derechos en el ámbito interno, que los jueces, a través de los medios que el ordenamiento jurídico les confiere, asuman su rol de garantes del Estado de Derecho y de guardianes de los derechos de las personas. En efecto, de no ser por la decisiva actividad de los jueces, o si éstos en su totalidad hubieran compartido el criterio del “monopolio” del legislador que maneja la actual CPCA, ni el amparo constitucional, ni la justicia contencioso administrativa, habrían sido una realidad en nuestro país durante un buen período de vigencia de la Constitución de 1961, pues respecto del amparo fue hasta 1988 que se aprobó la LOASDGC, y en el caso de la justicia administrativa, no fue sino hasta 1976 que se reguló

del TSJ, pueden leerse en el artículo de Luis A. Ortiz Álvarez y Rafael G. Prado Moncada, “¿Ocaso o fortalecimiento del agotamiento de la vía administrativa como requisito previo para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa? (Comentarios sobre las últimas contradicciones jurisprudenciales)”, publicado en la *Revista de Derecho Administrativo* N° 11 (Enero-Abril), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 217 y ss.

precariamente en la LOCSJ, sin hasta la fecha se haya dictado nunca la necesaria y democrática Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en violación de lo dispuesto en los artículos 206 de la Constitución de 1961 y 259 de la actual CRBV.

Los derechos humanos, entre ellos el derecho de acceso a la jurisdicción, como integrante del derecho tutela judicial efectiva, son derechos de exigibilidad inmediata, y su regulación por medio de leyes no puede ser un obstáculo o traba para su efectivo ejercicio y reclamación al Estado. Por tanto, y frente a la legítima exigibilidad de este derecho, los Tribunales de la República tienen una responsabilidad fundamental, ya que, sin perjuicio de la seguridad jurídica, sus decisiones deben siempre motivarse en obsequio a la protección de los derechos de las personas, y nunca en el sentido de restringir su ejercicio o de mantener limitaciones injustificables e incompatibles con la protección adecuada, efectiva, de los mismos. El control difuso de la constitucionalidad, la disposición derogatoria única de la CRBV, así como la interpretación concordada y coherente del ordenamiento jurídico interno (incluidos pos supuesto, los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos), entre otras vías, son medios por los cuales los jueces, ajustándose al derecho, pueden eliminar las contradicciones y limitaciones inconstitucionales que el ordenamiento jurídico actual pueda contener respecto del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, en especial, respecto del derecho de acceder a los órganos de administración de justicia.

Estamos conscientes que el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho absoluto, y que por tanto admite restricciones en cuanto a su forma de ejercicio. Los requisitos de admisibilidad, los lapsos de caducidad, los elementos requeridos para otorgar la protección cautelar, entre otros, son sólo algunas de las condiciones que establece la ley para poder ejercer el derecho en cuestión. El punto es revisar con cuidado cuántas de ellas se justifican hoy día, es decir, cuántas lucen razonables al momento de regular el derecho de acceso a la jurisdicción, pues el gran problema sería que, como ocurre con el agotamiento previo de la vía administrativa, cualquiera de ellas impida irracionalmente que el órgano judicial competente pueda llegar a pronunciarse sobre el fondo de la controversia y proteger si fuera el caso los derechos de los particulares.

Por todo ello, sería importante que nuestros jueces contencioso administrativos, hasta que se produzca la reforma legal correspondiente, tengan en cuenta, como lo recomienda Francisco Chamorro Bernal, que las restricciones o limitaciones del derecho al libre acceso a la jurisdicción deben tener como regla siempre su carácter restrictivo, no pudiendo resultar los requisitos establecidos en la ley para permitir dicho acceso infundados, irrazonables o de tal naturaleza que “de hecho supriman o cercenen de manera sustancial el derecho reconocido por el artículo 24.1 de la Constitución”⁵⁸, en nuestro caso del artículo 26 de la CRBV. Lo ajustado al Estado de democrático y social de Derecho y de Justicia proclamado por el artículo 2 de nuestra Constitución, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, es que, en principio, todo derecho o interés legítimo tenga acceso a la tutela judicial, que por lo menos exista siempre una vía procesal cierta y efectiva que permita exigir la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos, que los derechos o intereses legítimos siempre tengan la posibilidad de ser tutelados por órganos auténticamente jurisdiccionales (lo cual excluye cualquier tipo de órgano cuasi-jurisdiccional) en ejercicio de su función jurisdiccional y que la actividad de tutela que despliegue el órgano jurisdiccional sea plena, exclusiva e independiente.

Y frente a los temores por una supuesta amenaza a la “seguridad jurídica” en vista de los cambios que pudieran producirse en nuestro ordenamiento jurídico por vía jurisprudencial, somos de la opinión que dichos cambios son impostergables, pues poco sentido tendría el

58 Cfr. Francisco Chamorro Bernal, *La Tutela Judicial Efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1994.

seguir aplicando -a ciegas- disposiciones legales o reglamentarias que puedan resultar contrarias a la Constitución, norma suprema entre nosotros (art. 7).

Ello no debe significar, en todo caso, que los cambios deban asumirse como una puerta abierta para la arbitrariedad y la incertidumbre, sino como una oportunidad para adecuar nuestra realidad jurídica a los estándares mínimos del Estado de Derecho contemporáneo. He aquí nuestro reto como operadores y usuarios del sistema de administración de justicia.

IV. EL CRITERIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA Y LA INCOMPRENSIÓN DEL PRINCIPIO DE LA EXIGIBILIDAD INMEDIATA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y DE LA AUTOEJECUTIVIDAD DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Recientemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha manifestado su punto de vista respecto de la discutida constitucionalidad del requisito de admisibilidad del agotamiento de la vía administrativa exigido por la legislación vigente para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa.

Lo lamentable es que la SC, sin mayor razonamiento y en una interpretación bastante 'simple' de las disposiciones constitucionales respectivas, procedió a declarar el carácter constitucional del agotamiento previo de la vía administrativa, y ha confirmado su naturaleza de "garantías" de los derechos de los administrados. En efecto, la SC en sentencia de fecha 25 de mayo de 2001, Caso José Gregorio Silva y Rommel Moscote contra Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, señaló que:

"...esta Sala observa que, el numeral 2 del artículo 124 de la vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establece como requisito de admisibilidad del recurso contencioso administrativo de nulidad el que se haya agotado la vía administrativa, esto es, que para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, es necesario que el administrado haya utilizado los recursos que, en vía administrativa, el ordenamiento jurídico le otorga (...) Por su parte, la Disposición Derogatoria Única de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que el ordenamiento jurídico mantiene su vigencia en todo lo que no contradiga con dicha Constitución.

A tal efecto, esta Sala observa que, en los momentos actuales aún con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo pautado en el numeral 2 del artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no contradice los principios y valores establecidos por la normativa constitucional (...) Si bien es cierto que la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 señala que "...con el objeto de hacer efectiva la tutela judicial de los administrados y garantizar su derecho de libre acceso a la justicia, la ley orgánica deberá eliminar la carga que tienen los administrados de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso contencioso administrativo de nulidad, lo cual quedará como una opción a elección del interesado, pero no como un requisito de cumplimiento obligatorio...", de la misma transcripción emerge que será la ley orgánica la que eliminará la utilización obligatoria de la vía administrativa para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, y la establecerá como una opinión.

Como se denota, se necesita de la promulgación de una ley orgánica -que a tal efecto será la ley orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa- la que deberá establecer el carácter optativo de la vía administrativa para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa y, por lo tanto, hasta tanto no sea promulgada la ley orgánica a la cual se refiere la Exposición de Motivos o se declare la inconstitucionalidad de dicho artículo por parte del organismo jurisdiccional competente, la disposición contenida en el numeral 2 del artículo

*124 de la vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, mantiene su vigencia, siendo un formalismo esencial para acceder a tal jurisdicción”.*⁵⁹

Llama la atención que la SC no haya tenido en cuenta la tendencia normativa, jurisprudencial y doctrinaria (abundante en este tema) al momento de tomar partido a favor o en contra del agotamiento obligatorio de la vía administrativa. Como ya hemos expuesto a lo largo de este trabajo, son muy pocos los especialistas en Derecho Administrativo que no apoyan decididamente el establecimiento de las vías administrativas previas como optativas para los particulares. En el caso de España, el reconocido maestro Jesús González Pérez ha reiterado recientemente, a propósito de las críticas a la reforma de la LRJPAC, que: “Lo que no tiene sentido, como se ha dicho, es el mantenimiento del requisito de agotar la vía administrativa. Los recursos administrativos deben ser potestativos para el demandante. Sólo cuando éste tenga confianza en que su interposición pueda servir de algo, tiene sentido que los interponga antes de incoar la vía procesal. En otro caso, los recursos administrativos sólo constituyen un obstáculo de acceso a la Justicia.”⁶⁰

Del mismo modo, como se ha expuesto, en Venezuela también se han pronunciado en contra del mantenimiento del carácter obligatorio de la vía administrativa de recurso, por considerar que tal requisito de admisibilidad viola el derecho a la tutela judicial efectiva,⁶¹ pero tales criterios fueron desatendidos por la SC, por estimar que lo ajustado a la CRBV es “esperar” a que la Asamblea Nacional, algún día, dicte la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En este orden de ideas, se observa también una completa indiferencia de parte de la máxima instancia de la jurisdicción constitucional, respecto de las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado venezolano, que tienen hoy día rango constitucional entre nosotros, y son de aplicación preferente cuando contienen disposiciones más favorables para las personas. En efecto, como hemos señalado antes, el Preámbulo de la CRBV, así como sus artículos 2, 22 y 23, colocan como valores supremos de nuestro ordenamiento jurídico a los derechos inherentes a la persona humana, estableciendo el último de los indicados artículos el rango constitucional de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y su aplicación preferente cuando éstos contengan normas más favorables para las personas:

Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen rango constitucional y prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

De acuerdo a la referida disposición constitucional, la CASDH tendría rango constitucional y debe ser aplicada por los jueces con carácter preferente al derecho interno, cuando contenga normas más favorables para los particulares. Dicha Convención, establece en su artículo 25 que:

Artículo 25.- Protección Judicial

59 Cfr. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 00-2106, del 25-05-2001, pp. 7 y 8. La misma puede consultarse en el site del TSJ: www.tsj.gov.ve/decisiones.

60 Jesús González Pérez, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Editorial Civitas, 3ra Edición, España, 2001, pp. 148 y 149.

61 Además de los ya citados trabajos de Luis A. Ortiz Álvarez, Rafael G. Prado Moncada y Allan R. Brewer-Carías, puede consultarse, para mayor abundamiento, Norma G. Salinas de Guerrero y Rafael A. Guerrero Salinas, *Privilegio Procesal de los Entes Públicos. El Requisito del Procedimiento Administrativo Previo*, Jurídicas Rincón, Barquisimeto, Venezuela, 1999.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones judiciales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión que haya estimado procedente el recurso.

Sin duda, y ya se ha afirmado, la primera condición que debe garantizarse para que el recurso (acción, pretensión,) sea efectivo, es que el mismo pueda ser llevado ante y sea conocido por (resuelto) un juez, de manera que el acceso ha de ser la regla, el principio, y no la excepción. Ahora bien, ¿cuál órgano es el idóneo para conocer de tal recurso?. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el recurso efectivo al que se refiere el artículo 25 de la CASDH, debe ser ejercido ante un órgano jurisdiccional, integrante del Poder Judicial, vistas las condiciones de independencia e imparcialidad que caracterizan a éstas instancias. Sólo un Tribunal puede conocer en forma debida del recurso judicial y proveer la solución conforme a derecho, no estando un órgano administrativo, en principio, en la posibilidad de resolver del mismo modo el asunto planteado.⁶²

En este mismo sentido, los recursos a los que alude el artículo 25 de la CASDH deben, además de judiciales, ser adecuados y efectivos.⁶³ Como bien ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que los mismos sean “adecuados” significa que “la función de esos recursos, dentro de sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable.”⁶⁴

Luego, los recursos a que alude el citado artículo 25 deben ser “efectivos”, y ello significa que “sean capaces de producir el resultado para el que han sido concebidos. En opinión de la Corte, un recurso un recuso puede volverse ineficaz si se le subordinan exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si, de hecho, carece de virtualidad para obligar a las autoridades, resulta peligroso para los interesados o no se aplica imparcialmente”.⁶⁵ Como se ha examinado, los recursos administrativos previstos en la LOPA, no sólo resultan un riesgo para las personas que los interponen en vista de la inaplicación en sede administrativa de la prohibición de la *reformatio in peius*, sino que además son decididos por órganos que carecen de la necesaria imparcialidad. Más tales elementos no fueron considerados por la SC en la sentencia bajo examen.

62 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo, Excepciones Preliminares, Sentencia de 31 de enero de 1996, párrafo 38, letra d.

63 Véase sobre el tema, Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, 2da. Edición, IIDH, Costa Rica, 1999, pp. 234 y ss.

64 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 64.

65 Héctor Faúndez Ledesma, *Op. cit.*, p. 236.

Del mismo modo, la SC se pone de espaldas a dos principios rectores de la teoría de los derechos humanos fundamentales, a saber, el principio de la exigibilidad inmediata de tales derechos y el principio de la autoejecutividad (self-executing) de las disposiciones contenidas en las Declaraciones, Pactos, Tratados y Convenios internacionales de protección de los derechos humanos. Los derechos inherentes a la persona humana, por tener su origen en el reconocimiento de la dignidad, inviolabilidad y autonomía de los seres humanos⁶⁶, no pueden estar “supeditados” en su exigibilidad a condiciones de tipo formal, impuestas por los Estados (entes obligados a garantizarlos), como la existencia de leyes que reglamenten su ejercicio, sin que ello pretenda lucir como un postulado anarquista, atentatorio de la vida en sociedad sometida al Derecho. Lo que quiere ello decir, es que el Derecho –tanto el legal como el judicial-, no constituirse en un obstáculo para el ejercicio de los derechos humanos, ni para los cambios políticos, sociales o económicos, que propicien condiciones más favorables para la satisfacción de los mismos.

En cuanto a la auto-ejecutividad de la protección que garantizan –e imponen a los Estados- los instrumentos internacionales, es un tema que nos pone frente al siempre álgido tema de la inserción del derecho internacional en el derecho interno, ante el cual nuestra SC no ha mostrado la progresividad y razonabilidad esperadas.⁶⁷ Cierta interpretación aislada de los artículos 2 de la CASDH y 2.2 del PIDCP, ha pretendido sostener que los derechos en ella contenidos deberían ser satisfechos de manera progresiva por los Estados Partes y no de forma inmediata. Mas, “Dichas convenciones estarían así privadas de todo carácter autoejecutivo o self executing, al punto que las personas “bajo la jurisdicción” de un Estado parte no podrían invocar la Convención respectiva mientras no se hubieran adoptado aquellas “disposiciones legislativas o de otro carácter”. Tal interpretación es insustentable y se aparta de la regla fundamental según la cual los tratados deben interpretarse “de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. (Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, artículo 31.1).”⁶⁸

En refuerzo de lo señalado, el ya citado artículo 23 de la CRBV establece, recogiendo los principios de exigibilidad inmediata y carácter auto-ejecutivo de los Pactos, Convenciones y Declaraciones de derechos humanos, que tales instrumentos internacionales de protección “son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”, mandato constitucional que tampoco fue tenido en cuenta por la SC en su fallo.

Somos del criterio que nuestra SC desaprovechó, por los momentos, una oportunidad para unificar criterios en este tema, establecer un precedente vinculante para los Tribunales de la República que eliminara la carga para los particulares de tener agotar un recurso inútil e inefectivo como las vías administrativas previas, y brindar, en tanto que máximo interprete de la CRBV, la seguridad jurídica anhelada en medio de los múltiples criterios que sobre esta cuestión ha manejado la jurisprudencia. No obstante ello, es importante tanto para los jueces contencioso administrativos, como para los operarios del sistema de administración de justicia, que la SC al final de la parte dispositiva de su decisión señaló que:

66 Sobre los fundamentos filosóficos de los derechos humanos, véase Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Astrea, Argentina, 1989, en especial capítulos V, VI y VII.

67 Un lamentable ejemplo de ello, se encuentra en la sentencia dictada por la SC, en fecha 17 de mayo de 2000, Caso *Faitha Nhamens y Ben Ami Fhiman* (Revista Exceso), en la que señaló “Igualmente considera inaceptable la instancia de la Comisión Interamericana de la Organización de los Estados Americanos en el sentido de solicitar la adopción de medidas que impliquen una crasa intromisión en las funciones de los órganos jurisdiccionales del país...”

68 Pedro Nikken, Thomas Buergenthal y Claudio Grossman, *Manual Internacional de Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezolana e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Caracas/San José, 1990, p. 184.

“El fallo inmutable fue el emitido con motivo de la audiencia, siendo el presente fallo un alcance de aquél, con fines de extender los criterios jurídicos y no fácticos, y por ello, el presente fallo puede ser suscrito por jueces que no presenciaron la audiencia; y así se declara”

Tal acotación, pareciera implicar que la interpretación hecha por la SC en el caso concreto, no tiene necesariamente carácter definitivo sobre el tema, pues en ningún párrafo del fallo se precisa que la interpretación de la SC sea “doctrina vinculante”, como estila la misma decir (*Ver* Caso Elías Santana, sentencia del 12-06-01), para los demás Tribunales de la República.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Resulta inoportuno pretender colocar puntos de vista finales sobre el tema tratado en el presente trabajo monográfico. No obstante, este espacio de la investigación nos brinda la oportunidad de hacer algunas afirmaciones preliminares, y dejar planteadas algunas sugerencias que deberán ser depuradas en trabajos ulteriores.

En primer lugar, es preciso advertir que el carácter obligatorio de la vía administrativa resulta hoy en día poco menos que injustificable, al menos en los procedimientos contenciosos de anulación de actos administrativos, en vista de la ineficacia y falta de idoneidad de los recursos intentados ante órganos no judiciales, hecho éste que confirma la propia dinámica de la Administración Pública en nuestro país. A diferencia del momento histórico en que se consolidó la vía gubernativa previa, hoy en día el fin de todo recurso o procedimiento no es la protección del Estado, sino la tutela de los derechos e intereses de las personas, y los recursos administrativos, al ser obligatorios, lo que hacen es proteger al Estado en forma irrazonable y perjudicial para los afectados, pues no resultan garantía alguna de resolución alternativa de los conflictos. La solución será mejorar su efectividad (reducir los lapsos, destinar funcionarios para que los respondan con celeridad, eliminar el doble grado, etc) y convertirlos en optativos.

En segundo lugar, resulta fundamental reconocer que la CRBV consagró expresamente en su artículo 26 el derecho a toda persona de acceder a los órganos de administración de justicia para obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses, incluso de los colectivos o difusos, y que el artículo 25.1 de la CASDH, con rango constitucional y de aplicación preferente según el artículo 23 de la misma CRBV, también protege el derecho de toda persona sometida a la jurisdicción del Estado venezolano a la protección judicial, el cual se ve lesionado cuando se condena al particular a esperar, durante largo tiempo, que una autoridad administrativa y no judicial sea la que decida sobre la pretensión interpuesta contra un acto administrativo que afecta sus derechos o intereses, o los de un colectivo. Con tal avance normativo, los órganos de administración de justicia están en la obligación constitucional de procurar el respeto y la garantía del contenido amplio de este derecho humano fundamental.

En tercer lugar, que debe emprenderse un estudio serio y exhaustivo que permita establecer con el mayor equilibrio posible, si es constitucionalmente exigible por los ciudadanos que todos los procedimientos administrativos previos al proceso contencioso administrativo sean optativos, o que es posible –y conveniente- que algunos de ellos conserven su carácter actual de obligatorios. En nuestra opinión, la regla ha de ser el carácter optativo y la excepción el carácter obligatorio, esto último para el evento que lograra justificarse su exigencia en algunos casos en particular, y que tal carácter nunca podrá existir cuando la pretensión procure la protección o reparación de violaciones a los derechos humanos.

En cuarto lugar, tanto en éste como en otros escenarios de nuestra realidad jurídica, es necesario comprender el alcance de las obligaciones internacionales del Estado venezolano en materia de derechos humanos, las cuales se hallan definidas con claridad en el artículo 1.1 de la CASDH, y magistralmente desarrolladas en la sentencia de la CIDH de fecha 29 de

julio de 1988, Caso Velásquez Rodríguez/Estado de Honduras, párrafo 166.⁶⁹ Los derechos humanos, como bien lo proclama el artículo 2 de la CRBV deben ser valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, y lo serán en la medida que nuestros Tribunales fallen a su favor, procurándoles tutela frente a las arbitrariedades de la Administración.

En quinto lugar, y con algo de angustia, es preciso reconocer que la actualidad general de nuestro “Poder Judicial”, y dentro de él muy especialmente, la de nuestro sistema contencioso administrativo es en realidad preocupante. Como bien ha sido reseñado por varios especialistas venezolanos⁷⁰, y como podemos verlo en la práctica forense, en Venezuela, los altos costos de los litigios, las precarias condiciones de los Tribunales, su reducido número, la falta de especialidad de los jueces, la el excesivo retardo de los procesos, así como las arbitrarias e irresponsables injerencias del poder político en la dinámica judicial, hacen del derecho a la tutela judicial efectiva una aspiración lejana de muchos, y una simple expectativa de derechos para unos pocos. De nada sirve atribuir carácter optativo a las vías administrativas, si luego los particulares no tienen tribunales a donde acudir, o éstos no responden en forma oportuna y adecuada a sus pretensiones. Urgente es lograr conciencia en los más altos órganos del Estado para que se adopten las medidas y se aporten los recursos que sean necesarios para mejor en el más corto plazo posible la situación de nuestros tribunales, en especial, de los contencioso administrativos, que siendo sólo 16 en todo el territorio -21 jueces en total- deben responder a todos los reclamos que se sometan a su competencia.

Por último, consideramos importante, a los efectos de nuevas interpretaciones judiciales (en particular de la SC), y de la futura –y necesaria- reforma legal en esta materia, apreciar las experiencias de otros países, así como las enseñanzas y sugerencias que desde hace tiempo vienen exponiendo destacados especialistas, nacionales y extranjeros, en materia de Derecho Administrativo y de Derecho Procesal.

Del mismo modo, resulta fundamental que en nuestras Escuelas de Derecho se divulguen los proyectos de ley que sobre la jurisdicción contencioso administrativa existan en la actualidad, que se discuta los aspectos a reformar en la LOCSJ, la LOPA, la LOPGR y en la LCA, entre otras leyes, y que se organicen eventos a los que sean convocados especialistas, ello con miras a la formulación de proyectos y propuestas para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano.

Convencidos estamos que, sin la adopción de medidas como las propuestas en estas conclusiones, y de otras tantas que han sido ya presentadas, difícilmente podremos transitar hacia un verdadero Estado democrático y Social de Derecho y de Justicia.

69 “166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.” Cfr. Corte I.D.H., Sentencia de 29 de julio de 1988, Caso *Velásquez Rodríguez*, *República de Honduras*, párrafo 116.

70 Entre otros, véase René Molina Galicia, “Perspectivas y Prospectiva de la Reforma Procesal Civil Venezolana” en *Derecho Procesal Civil (El C.P.C. diez años después)*, en el libro de las XXII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, Barquisimeto, 1996, p. 31; también Luis A. Ortíz Álvarez, “Notas sobre la situación de la jurisdicción contencioso administrativa (réquiem por más jueces y por procesos más rápido)”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 2 (enero-abril), Editorial Sherwood, Caracas, 1998; y Giustino José Capablanca, “Injusticia para todos. (Breve epístola sobre la grave situación de la jurisdicción contencioso-administrativa y constitucional. Ilusiones constitucionales y realidades distantes)”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 7 (septiembre-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 1999, p. 361.

Abreviaturas:

CRBV: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

LOPA: Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

LOCSJ: Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia

LOASDGC: Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales

COT: Código Orgánico Tributario

LOPGR: Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República

LCA: Ley de Carrera Administrativa

LRJPAC: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España, Ley 4/1999.

TSJ: Tribunal Supremo de Justicia

SC: Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

SE: Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia

SPA: Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia

CSJ: Corte Suprema de Justicia

CFC: Corte Federal y de Casación

CPCA: Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

TCA: Tribunal de la Carrera Administrativa

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

DAD y DH: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

CASDH: Convención Americana sobre Derechos Humanos

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos