



## Informe de Investigación

### TÍTULO: JURISPRUDENCIA SOBRE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE FAMILIA

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Administrativo	<b>Descriptor:</b> Agotamiento de la vía administrativa
<b>Tipo de investigación:</b>	<b>Palabras clave:</b> Agotamiento de la vía administrativa, jurisdicción contencioso administrativa
<b>Fuentes:</b> Jurisprudencia	<b>Fecha de elaboración:</b> 11/11/2010

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1. RESUMEN.....</b>	<b>1</b>
<b>2. JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>2</b>
a) Análisis en relación con la impugnación de medidas de protección del menor.....	2
b) Análisis constitucional sobre el agotamiento de la vía administrativa.....	4

#### 1. RESUMEN

La presente recopilación incorpora dos extractos jurisprudenciales relativos al agotamiento de la vía administrativa en materia de familia. De esta forma, se examina un criterio emitido por el Tribunal de Familia, conjuntamente con un extracto jurisprudencial de la Sala Constitucional, donde se analiza la constitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa como requisito indispensable para accionar en la jurisdicción contencioso administrativa.



## 2. JURISPRUDENCIA

### ***a) Análisis en relación con la impugnación de medidas de protección del menor***

[TRIBUNAL DE FAMILIA]<sup>1</sup>

"I. Mediante resolución de las once horas del veinticuatro de marzo de dos mil seis, este Tribunal formuló una consulta judicial de constitucionalidad con relación a la frase "Para acudir al proceso especial de protección en la vía judicial, deberá agotarse previamente esta vía administrativa" que contiene el artículo 142 del Código de la Niñez y la Adolescencia. La Sala Constitucional, en voto número 5970-06, dictado a las quince horas nueve minutos del tres de mayo del año en curso, resolvió: "No ha lugar a evacuar la consulta." Aún se desconoce la motivación del voto, pero por su parte dispositiva es posible concluir que el numeral antes referido permanece incólume, es decir, no ha sido retirado del ordenamiento jurídico. II. En la resolución de este Tribunal recién señalada, se indicó lo siguiente: "[...] Cuando se presenta una demanda ante un Tribunal de la República, el órgano jurisdiccional está en la obligación de examinar su contenido, incluyendo la pretensión que se formula, pues de encontrar alguna anomalía debe proceder desde el inicio a disponer las medidas de saneamiento que resulten indispensables. Además cuenta con la potestad de rechazar la demanda de plano, si fuera notoriamente improcedente. Las demandas en las que se pretende la modificación de la guarda, crianza y educación de una persona menor de edad son procedentes cuando un progenitor actúa en contra del otro, pues todos ellos son atributos inherentes a la titularidad de la autoridad parental; y ésta, como es bien sabido, únicamente la ostentan el padre y la madre. En la carátula del expediente y en los datos de identificación que contienen todas las resoluciones judiciales dictadas hasta ahora, este proceso ha sido denominado como "modificación de guarda, crianza y educación". Esta nomenclatura quizás responde al hecho de que en la introducción de la demanda, se indicó que se interponía "formal demanda y solicitud de cambio de guarda, crianza y educación". Como no se trata de una demanda en la que figuren los progenitores como partes contrarias, es evidente que este no es un proceso de modificación de guarda, crianza y educación. De la petitoria formulada en la demanda se desprende con meridiana claridad que lo que se pretende es dejar sin efecto las medidas de protección dispuestas por la sede administrativa, razón por la cual este proceso, de principio, sería de "medidas de protección a favor de persona menor de edad en sede judicial." Implícitamente también existe una solicitud dirigida al órgano jurisdiccional para que autorice la salida del país de la niña, pretensión que no parece acumulable porque la tramitación es diferente. (Este subrayado ha sido suplido en esta resolución) [...] Ahora bien, los procesos especiales de protección de las personas menores de edad se encuentran regulados en el Capítulo II del Código de la Niñez y la Adolescencia. En el artículo 129 se indica que en sede administrativa, el conocimiento de estos procesos le corresponde a las oficinas locales del Patronato Nacional de la Infancia, y en el numeral 141 se establece que en sede judicial, el conocimiento de los procesos le corresponde a los jueces de familia de la jurisdicción del domicilio de la persona menor de edad. Lo que sucede es que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 142, en el proceso especial de protección en sede judicial se tramitan las situaciones suscitadas a partir del dictado de las medidas de protección por las oficinas locales del Patronato Nacional de la Infancia y para acudir a la vía judicial debe agotarse previamente la vía administrativa. Conviene resaltar, además, que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 8 del Código de Niñez y Adolescencia, las normas en él contenidas tienen una jerarquía superior a la legislación ordinaria. Debe señalarse también que en materia de familia, y principalmente en niñez y adolescencia, no resulta extraño que la función jurisdiccional se asigne a entes administrativos.



Así, además de los procedimientos aquí expuestos, existe también la posibilidad de que algunos procesos de investigación de paternidad se tramiten ante el Registro Civil. Esta posibilidad deriva del deber constitucional del Estado de proteger a la familia, y en casos como los aquí expuestos, al cumplimiento de los deberes, también constitucionales, del Patronato Nacional de la Infancia. Así, al haber asignado el legislador función jurisdiccional a entes administrativos y siendo éste un Estado de Derecho, la intervención del Poder Judicial -a través de sus tribunales- podría llegar a considerarse como una invasión de competencias, si esa intervención no se ajusta a las condiciones que también ha estipulado el legislador. En el caso presente, podría considerarse improcedente que el Juzgado de Familia del Primer Circuito Judicial de Alajuela haya dejado sin efecto la medida de protección dispuesta por la Oficina Local de Alajuela del Patronato Nacional de la Infancia, pues dicha medida fue adoptada en el ejercicio de sus competencias y sin que se hubiera agotado la vía administrativa. Sin embargo, la Sala Constitucional, en fecha muy reciente y mediante voto número 3669-06, anuló la obligación de agotar la vía administrativa para plantear proceso en vía contencioso administrativa, pero estableciendo también casos de excepción en los que dicho agotamiento sí continúa siendo un requisito para acceder a la vía judicial.. Dicho pronunciamiento se realizó en una Consulta Judicial formulada por el Juzgado Contencioso Administrativo, en donde se cuestiona la constitucionalidad de la obligatoriedad del agotamiento previo de la vía administrativa, como condición para la admisibilidad en un proceso ordinario ante la jurisdicción contencioso administrativa y se cuestiona también, la normativa que dispone que el acto consentido tácitamente, por no haber sido recurrido en tiempo y forma, determinará la inadmisibilidad de la acción contencioso administrativa. El consultante consideró que la administración tarda mucho tiempo en la resolución de los asuntos en vía administrativa, violando con ello el principio de justicia pronta y cumplida. La parte considerativa del voto aún no ha sido redactada, pero en la información oficial suministrada por la Sala Constitucional, se indica que el alto tribunal estimó “que el agotamiento de la vía administrativa como requisito para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa, debe ser facultativo u optativo, esto es, que sea el ciudadano el que pondere si decide hacerlo o no acudiendo directamente ante el Juez.” La Sala dejó a salvo el agotamiento de la vía en los casos en que la Constitución determina el requisito, que es en materia municipal y de contratación administrativa. En virtud de lo anterior, resolvió lo siguiente: “Se evacua la consulta judicial en el sentido que los párrafos 1° y 2° del artículo 31, en cuanto disponen “1. Será requisito para admitir la acción contencioso-administrativa el agotamiento de la vía administrativa. 2. Este trámite se entenderá cumplido: a) Cuando se haya hecho uso en tiempo y forma de todos los recursos administrativos que tuviere el negocio; y b) cuando la ley lo disponga expresamente.(...)” y el inciso a) del párrafo 1° del artículo 21, al preceptuar que no será admisible la acción contencioso administrativa respecto de los actos tácitamente consentidos, ambos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (No. 3667 del 12 de marzo de 1966), son inconstitucionales. Por lo que se anula la totalidad de los párrafos 1° y 2° del artículo 31 y la frase “ o por no haber sido recurridos en tiempo y forma (...) del inciso a) del párrafo 1° del artículo 21, ambos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por conexidad con las normas consultadas se anulan, por inconstitucionales, las siguientes: a) La frase del artículo 18, párrafo 1° de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en cuanto establece “(...) que no sean susceptibles de ulterior recurso en vía administrativa (...)”; b) el inciso d) del párrafo 1° del artículo 41 de ese cuerpo normativo en cuanto dispone “d) Que no está agotada la vía administrativa”; c) El párrafo 3° del artículo 33 de esa ley al preceptuar “3. La falta de agotamiento de la vía administrativa dará lugar a su alegación, por vía de defensa previa, si el Tribunal no apreciare el defecto en la oportunidad prevista en el artículo 41”; d) la frase final del párrafo 4° del artículo 33 al señalar “(...) por no haber sido recurridos administrativamente en tiempo y forma”; e) el inciso c) del artículo 50 de la ley referida al indicar “c) La falta de agotamiento de la vía administrativa”. Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de las normas consultadas y conexas, todo sin perjuicio de los derechos adquiridos y

situaciones jurídicas consolidadas en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material. Los Magistrados Solano y Vargas salvan el voto y declaran sin lugar la consulta por no estimar inconstitucional lo consultado." En el referido voto, el requisito de agotamiento de la vía administrativa contemplado por el artículo 142 del Código de la Niñez y la Adolescencia no fue declarado inconstitucional, pero es claro que, al ser vinculante la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional, ha de determinarse si dicha disposición resulta acorde al Derecho de la Constitución. Lo procedente es formular la Consulta Judicial, pues la Sala Cuarta es el órgano jurisdiccional que tiene la competencia para esos efectos. Valga resaltar que, al desconocerse la fundamentación del voto 3669-06, por un lado podría estimarse que para que el ciudadano pueda acceder a la sede judicial en los procesos de protección de personas menores de edad sea innecesario el agotamiento de la vía administrativa, pero por el otro lado también podría estimarse que por ser

el Patronato Nacional de la Infancia la institución destinada expresamente por el artículo 55 de la Constitución Política para proteger a dicha población, el agotamiento de la vía administrativa sí sea necesario, tal como se consideró para la materia municipal y de contratación administrativa. Expuesta la duda sobre la frase que dice "Para acudir al proceso especial de protección en la vía judicial, deberá agotarse previamente esta vía administrativa", contenida en el artículo 142 del Código de la Niñez y la Adolescencia, este Tribunal procede a plantear la correspondiente Consulta Judicial de Constitucionalidad para ante la Honorable Sala Constitucional. Se emplaza a los interesados para que dentro de tercero día comparezcan ante dicha sede a hacer valer sus derechos. Se suspende la tramitación de este proceso hasta tanto la Sala no haya evacuado la consulta. Remítase el expediente." III. Establecido que este proceso no es de modificación de guarda, crianza y educación sino que se trata de un proceso especial de protección en sede judicial; que aún no se ha agotado la vía administrativa y que el artículo 142 del Código de la Niñez y la Adolescencia permanece incólume, se concluye que el proceso carece de un requisito esencial para su admisibilidad, en razón de lo cual SE ANULA todo lo actuado y resuelto y SE ORDENA el archivo del expediente. IV. En este expediente también se tramita un incidente de fijación de régimen de visitas y una de las resoluciones dictadas en él también fue combatida y se encuentra apelada. Administrativamente, la apelación de la resolución dictada en el principal se tramita en expediente interno de este Tribunal número 156-06, mientras que la apelación de la resolución dictada en el Incidente se tramita en expediente interno número 336-06. Al haberse anulado todo lo actuado y resuelto en el proceso principal, el proceso incidental ha de seguir la misma suerte. En virtud de lo anterior, se dispone que el incidente sea unido al principal sin resolución de segunda instancia con relación a la resolución combatida en el incidente, por carecer de interés actual la decisión de alzada, precisamente por haberse dispuesto el archivo de todo el expediente."

### ***b) Análisis constitucional sobre el agotamiento de la vía administrativa***

[SALA CONSTITUCIONAL]<sup>2</sup>

"PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD DE LAS CONSULTAS JUDICIALES. El artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece los presupuestos de admisión de las consultas judiciales, disposición de la que se desprenden cuatro elementos condicionantes y fundamentales para su procedencia que son los siguientes: a) que sea formulada por un juez; b) que existan "dudas fundadas" sobre la constitucionalidad de la norma, acto, conducta u omisión que se deba aplicar o juzgar; c) que exista un caso sometido al conocimiento del juzgador o tribunal, y d) que en ese asunto previo, deba aplicarse la norma o juzgarse el acto, conducta u omisión que suscite la duda de constitucionalidad. Estos presupuestos fueron analizados en detalle en la sentencia No. 1617-97 de las 14:54 hrs. del 17 de marzo de 1997, de la siguiente manera:



"A. Que la formule un «juez», término genérico que –desde luego– se aplica tanto a los juzgadores unipersonales como a los tribunales colegiados, y sobre lo cual es innecesario precisar más que: a) que debe tratarse de autoridades dotadas de poder jurisdiccional, lo cual excluye las consultas formuladas por tribunales administrativos, pero sí incluye las que hagan los árbitros en el marco de los asuntos sujetos a su decisión (nótese que lo relevante en todos los casos es que se esté ante el trámite de un proceso conducente al dictado de una sentencia o laudo arbitral, dotados de la autoridad de la cosa juzgada); y, b) que el juzgador debe estar, al momento de formular la consulta, debidamente habilitado para ejercer esa competencia (ya que mal podría pensarse que una resolución que sea inválida en el proceso en cuestión pueda surtir el efecto de dar inicio a un trámite que, como éste, posee un carácter puramente incidental).

B. Que existan «dudas fundadas» sobre la constitucionalidad de la norma, acto, conducta u omisión que se deba aplicar o juzgar. Esto quiere decir que el cuestionamiento debe ser razonable y ponderado. Además implica que no puede versar sobre aspectos sobre cuya constitucionalidad la Sala ya se haya pronunciado. Ello es así no sólo porque aceptar lo contrario implicaría desconocer la eficacia erga omnes de las resoluciones de esta jurisdicción, sino también dado que una consulta bajo esas circunstancias evidentemente carecería de interés actual. Pero subráyese, por su relevancia para el sub examine, que la explicada circunstancia sólo deriva de aquellos pronunciamientos en que la Sala haya validado expresamente la adecuación de la norma, acto, conducta u omisión a los parámetros constitucionales. En consecuencia, si una norma ha superado anteriormente el examen explícito de constitucionalidad (en vía de acción o consulta), no sería viable un nuevo cuestionamiento sobre el mismo punto, pero sí podría serlo respecto de un acto, conducta u omisión basados en la misma norma, particularmente porque –en este caso– siempre existe la posibilidad de un quebranto constitucional, ya no en la norma en sí, sino en su interpretación o aplicación. A la inversa, el hecho de que un acto, conducta u omisión haya sido refrendado anteriormente (quizás en vía de amparo o hábeas corpus) no significa que no puedan existir dudas sobre la constitucionalidad de la norma misma en que aquellos se fundamenten. Y, en esta hipótesis, la consulta judicial es pertinente.

C. Que exista un caso sometido al conocimiento del juzgador o tribunal. Al igual que en la acción de inconstitucionalidad, la consulta judicial nunca se da en el vacío o por mero afán académico, sino que ella debe ser relevante para la decisión o resolución del llamado «asunto previo» o «principal». Finalmente,

D. Que, en ese asunto previo, deba aplicarse la norma o juzgarse el acto, conducta u omisión que suscite la duda de constitucionalidad, aspecto que –por su relevancia para el caso– resulta conveniente precisar. En efecto, la expresión «deba aplicarse la norma o juzgarse el acto, conducta u omisión», conlleva un sentido actual muy definido y totalmente distinto a que si la ley hablara en términos de que «pueda aplicarse la norma o juzgarse el acto, conducta u omisión». La consulta judicial no procede ante la mera eventualidad de que acaezcan esas circunstancias, ya que –como se explicó arriba– esta concepción equivaldría a que se inviertan los recursos de la jurisdicción constitucional en un simple ejercicio académico o doctrinario. Para que la consulta sea viable, el juzgador debe estar enfrentado, con certidumbre y en tiempo presente, a la aplicación de la norma o al juzgamiento del acto, conducta u omisión que le suscite una duda de constitucionalidad."

CONSULTA JUDICIAL. El juez contencioso-administrativo consultante estima tener duda fundada de constitucionalidad de los artículos 31, párrafo 1º, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa "(...) en tanto establece que el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, es condición de admisibilidad de un proceso ordinario ante la jurisdicción contencioso administrativa" y 21, párrafo 1º, inciso a), "(...) en el tanto se dispone que el acto consentido tácitamente, por no haber sido recurrido en tiempo y forma determinará la



inadmisibilidad de la acción contencioso-administrativa (...). Estima que el agotamiento obligatorio de la vía administrativa tiene por propósito lograr que el ente u órgano público rectifique su decisión, lo que, ordinariamente, no ocurre en la experiencia administrativa y judicial. Adicionalmente, estima que el justiciable durante la pendencia del recurso debe soportar la ejecución del acto administrativo, puesto que, por lo dispuesto en el numeral 148 de la Ley General de la Administración Pública la interposición de los recursos no tiene un efecto suspensivo. En criterio del juzgador consultante lo anterior lo hace dudar de la constitucionalidad de ese privilegio de la administración pública por contrariar los ordinales 33 y 41 de la Constitución Política, dado que, a través del agotamiento preceptivo de la vía administrativa se obstaculiza el acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva, así como la vinculación más fuerte de los derechos fundamentales. En lo tocante, al acto administrativo consentido tácitamente por el administrado, estima el juez que puede implicar la imposibilidad para el administrado de ejercer el derecho fundamental a impugnarlo en la vía jurisdiccional o de ejercer el control de legalidad. En la presente consulta concurren los requisitos y condiciones que se refirieron en el considerando anterior para la admisibilidad de la consulta, puesto que, es formulada por resolución de un órgano jurisdiccional que tiene motivos fundados de constitucionalidad sobre las normas que debe aplicar en un proceso ordinario. En efecto, en el proceso ordinario tramitado en el Juzgado Contencioso-Administrativo, bajo el expediente No. 97-001083-163-CA, la Procuraduría General de la República por memorial presentado el 17 de marzo del 2000 (visible a folios 134-136 de ese expediente) interpuso, entre otras defensas previas, la de falta de agotamiento de la vía administrativa y de acto consentido. Ulteriormente, al contestar la demanda por libelo presentado el 24 de mayo del 2000 (visible a folio 158-166 del referido expediente), nuevamente interpuso, entre otras defensas propias la de falta de agotamiento de la vía administrativa y de acto consentido. El Juzgado Contencioso-Administrativo por resolución No. 462-2003 de las 15 hrs. del 12 de junio del 2003 (visible a folios 288-289 del citado expediente), rechazó, entre otras las defensas previas de falta de agotamiento de la vía administrativa y de acto consentido, por extemporáneas al haber sido interpuestas no en los dos primeros tercios del emplazamiento sino en el último e indicó “sin perjuicio de que puedan ser revisadas nuevamente al momento del dictado de la sentencia de fondo”. De modo que, al haber sido también alegadas como defensas propias por la Procuraduría General de la República al contestar la demanda, las normas impugnadas pueden ser nuevamente aplicadas a esa litis al momento de dictarse la sentencia de mérito, etapa que se encuentra, prácticamente, en ciernes, puesto que, el proceso se encuentra listo para fallo al haberse evacuado la prueba ofrecida.

**NORMAS CONSULTADAS.** Las normas consultadas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (No. 3667 del 12 de marzo de 1966), en lo conducente, establecen lo siguiente:

“Artículo 31.-

1. Será requisito para admitir la acción contencioso- administrativa el agotamiento de la vía administrativa (...).”

“Artículo 21.-

1. No se admitirá la acción contencioso-administrativa respecto de:

a ) Los actos consentidos expresamente o por no haber sido recurridos en tiempo y forma, los que sean reproducción de otros anteriores ya definitivos o firmes, y los confirmatorios de los consentidos (...).”

**AGOTAMIENTO PRECEPTIVO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA: PRIVILEGIO INJUSTIFICADO FORMAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.** En la concepción clásica del Derecho Administrativo sustancial y formal, las administraciones públicas, en cuanto procuran y atienden los



intereses públicos o la satisfacción de las necesidades colectivas, deben estar provistas de una serie de prerrogativas extraordinarias. Así, en el ámbito del Derecho Procesal Administrativo, tradicionalmente, se admitió como un privilegio de carácter formal el agotamiento preceptivo de la vía administrativa o la vía gubernativa previa, esto es, que los administrados que se estiman lesionados o agraviados por un acto administrativo deben, de previo a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, agotar todos los recursos administrativos ordinarios procedentes contra el mismo en sede administrativa. Consecuentemente, el agotamiento de la vía administrativa, se convierte en un requisito de admisibilidad del proceso contencioso-administrativo en su versión objetiva o revisora clásica y tradicional. En la base de este instituto subyace la denominada prerrogativa de la autotutela declarativa y ejecutiva de las administraciones públicas, la cual ha encontrado sustento, al propio tiempo, en principios tales como los de eficacia, eficiencia y buena administración. La autotutela declarativa significa que los entes públicos pueden, por sí y ante sí, sin necesidad de acudir ante un juez, imponerle obligaciones a los administrados o bien suprimirlos o modificarles sus situaciones jurídicas sustanciales –lámense derechos subjetivos o intereses legítimos-. La obligación legislativa ineludible del administrado de ejercer o plantear todos los recursos administrativos ordinarios contra un acto administrativo antes de acudir ante el juez contencioso-administrativo, constituye una manifestación específica de la autotutela declarativa de las administraciones públicas, puesto que, el legislador espera que la propia administración pública pueda defender el acto administrativo impugnado o bien anularlo o modificarlo, evitándole tener que comparecer ante la jurisdicción contencioso-administrativa. De esta forma, en la vía administrativa la administración pública se convierte, al mismo tiempo, en juez y parte, puesto que, debe atender las solicitudes o pedimentos formulados por los administrados y resolver los recursos administrativos ordinarios que procedan contra el acto final que ella misma dicte. Como se ve, la autotutela es un concepto diametralmente opuesto al que impera en el resto de las ramas jurídicas, en las que opera la heterotutela, esto es, la ejercida por un tercero supra partes con las garantías constitucionales de imparcialidad, independencia y objetividad, como lo es un órgano jurisdiccional. Así, a modo de ejemplo, en el ámbito del Derecho Privado un particular puede imponerle una obligación o afectar las situaciones jurídicas sustanciales de otro, única y exclusivamente, si ello surge de forma consensuada a través de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad (artículo 28 de la Constitución Política) o de la intervención de un juez (artículo 41 de la Constitución Política). No obstante, los principios rectores de la organización y función administrativa de la eficiencia y eficacia, plasmados en la propia Constitución Política (artículos 140, inciso 8°, y 191), deben entenderse, en todo momento y bajo cualquier circunstancia, subordinados a los derechos fundamentales y deben ceder ante éstos, puesto que, constituyen el fundamento y la base de entero ordenamiento jurídico. Modernamente las administraciones públicas deben ser concebidas y entendidas como un sujeto de Derecho más del ordenamiento jurídico, de modo que resulta repugnante para el Derecho de la Constitución la asimetría o desigualdad crónica que campea en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa entre el administrado o el ciudadano y el respectivo ente público. El reconocimiento y otorgamiento legislativo de una serie de prerrogativas formales o adjetivas a los entes públicos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no tiene justificación objetiva y razonable si su función administrativa, de acuerdo con el parámetro constitucional (artículos 33 y 49 de la Constitución Política)

**INCONSTITUCIONALIDAD DEL CARÁCTER PRECEPTIVO DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA.** Actualmente, sobre todo a la luz de los principios de la supremacía de la Constitución y de la vinculación más fuerte de los derechos fundamentales, así como de su eficacia expansiva y progresiva e interpretación más favorable, se entiende que el carácter obligatorio o preceptivo del agotamiento de la vía administrativa riñe con el derecho fundamental de los administrados a obtener una justicia pronta y cumplida ex artículos 41 y 49 de la Constitución



Política (tutela judicial efectiva) y con el principio de igualdad, puesto que, sólo en el proceso contencioso-administrativo –y no así en el resto de las jurisdicciones- se le obliga al justiciable, antes de acudir a la vía jurisdiccional, agotar todos los recursos administrativos ordinarios procedentes. La infracción al derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida deviene de los siguientes aspectos: a) Normalmente, cuando el administrado interpone los recursos ordinarios de revocatoria, apelación o de reposición –entendido este último como el recurso horizontal que cabe contra los actos del jerarca o superior jerárquico supremo-, no logra que el propio órgano o su superior lo modifique o anule, de modo que el agotamiento de la vía administrativa es como sacar agua de un pozo seco, al no lograrse obtener nada de la interposición de los recursos, transformándose así en una pesada carga o especie de vía crucis para el administrado; b) es sabido que el procedimiento administrativo y su etapa recursiva o de revisión, suele prolongarse más allá de los plazos legales y de lo que puede concebirse como un plazo razonable, con lo cual se prolonga indefinidamente, incluso por años, el acceso a la tutela judicial efectiva, sin tener posibilidad de hacerlo inmediatamente y cuando lo estime oportuno; c) la sumatoria del plazo necesario para agotar la vía administrativa con el requerido por la jurisdicción contencioso-administrativa, provoca que los administrados obtengan una justicia tardía, la cual, eventualmente, puede transformarse –según su prolongación y las circunstancias particulares de los administrados justiciables- en una denegación de justicia; lo anterior constituye una clara y evidente ventaja relativa para los entes públicos de la cual, en ocasiones, se prevalen, puesto que, el administrado o ciudadano pasa –por su condición ordinaria de persona física- y la administración pública permanece prolongadamente en el tiempo. En lo que atañe a la vulneración del principio de igualdad, debe indicarse que el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, derivado del privilegio de la autotutela declarativa, expone al justiciable que litiga contra una administración pública a una situación discriminatoria, puesto que, no existe un motivo objetivo y razonable para someterlo a ese requisito obligatorio, a diferencia del resto de los ordenes jurisdiccionales. Debe tenerse en consideración que, incluso, la libertad de configuración o discrecionalidad legislativa al diseñar los diversos procesos, tiene como límite infranqueable el principio de igualdad. Lo anterior, queda reforzado si se considera que las administraciones públicas son un sujeto de Derecho más que no tienen por qué gozar de tales privilegios o prerrogativas y que el eje central en una administración prestacional o en un Estado Social y Democrático de Derecho lo es la persona, esto es, el usuario o consumidor de los bienes y servicios públicos. En esencia, los intereses públicos y la satisfacción de las necesidades colectivas no pueden tenerse como cláusulas de apoderamiento para enervar los derechos fundamentales de los administrados o, sencillamente, como el altar para ser sacrificados.

**ADECUACIÓN DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA AL PARÁMETRO CONSTITUCIONAL: CARÁCTER FACULTATIVO U OPTATIVO PARA EL ADMINISTRADO.** La interpretación más favorable a la eficacia expansiva y progresiva de los derechos fundamentales de los administrados a una justicia pronta y cumplida y a la igualdad, impone replantearse cualitativamente el carácter obligatorio del agotamiento de la vía administrativa impuesto por el legislador. En efecto, debe entenderse que el agotamiento de la vía administrativa debe quedar a la libérrima elección del administrado, de modo que sea éste quien, después de efectuar un juicio de probabilidad acerca del éxito eventual de su gestión en sede administrativa, decida si interpone o no los recursos administrativos procedentes. Es de esperar que las posibilidades del administrado se refuercen cuando se trata de los denominados “tribunales administrativos” (v. gr. Tribunal Ambiental, Tribunal Fiscal Administrativo, Tribunal Aduanero Nacional, Tribunal del Servicio Civil, Tribunal de Carrera Docente, Tribunal Registral Administrativo, Tribunal de Transportes, etc.), puesto que, como los mismos han sido constituidos, casi de forma usual, como órganos desconcentrados en grado máximo, se obtiene una mayor garantía de especialidad técnica, imparcialidad y objetividad, al difuminarse la relación de jerarquía y diluirse cualquier criterio



político. La idea del carácter facultativo del agotamiento de la vía administrativa, no es ajena o extraña al ordenamiento jurídico infraconstitucional, la propia Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece cuatro supuestos en que resulta optativa. Así, el artículo 32 exceptúa del recurso de reposición el acto presunto por silencio negativo cuando emana del jerarca, los actos no manifestados por escrito –tácitos- y los reglamentos. El artículo 87, en tratándose del proceso especial de separación de directores de las entidades descentralizadas, establece que no es necesario plantear el recurso previo de reposición. Por su parte el artículo 357 de la Ley General de la Administración Pública estatuye que no es necesario agotar la vía administrativa para impugnar las vías de hecho. Por último, la propia Ley de la Jurisdicción Constitucional, en su artículo 31 indica que no es necesario agotar la vía administrativa para acudir al proceso de amparo. Cabe aclarar y advertir, aunque no es objeto de la presente consulta judicial, por su trascendental importancia que el plazo de caducidad de la acción –cualquiera que este sea-, cuando el administrado opta por no agotar la vía administrativa, empezará a correr a partir de la notificación del acto final no impugnado. En suma, el carácter electivo de la vía administrativa, resulta absolutamente congruente con los derechos fundamentales de los administrados de acceso a la jurisdicción, a una justicia pronta y cumplida (artículo 41 de la Constitución Política), a la igualdad (artículo 33 de la Constitución Política) y a controlar la legalidad de la función administrativa (artículo 49 de la Constitución Política). Ahora bien, debe resaltarse que tan constitucional es que el administrado opte por acudir directamente a la vía jurisdiccional, sin agotar la vía administrativa, como cuando elige hacerlo.

**AGOTAMIENTO PRECEPTIVO IMPUESTO POR EL TEXTO CONSTITUCIONAL.** El constituyente originario estableció varias hipótesis en que el agotamiento de la vía administrativa resulta preceptivo, al entender que el órgano o instancia que revisa o fiscaliza un acto administrativo determinado es una garantía de acierto, celeridad y economía para el administrado. En tales circunstancias, se encuentran los numerales 173 respecto de los acuerdos municipales, en cuanto el párrafo 2º, de ese numeral establece que si no es revocado o reformado el acuerdo objetado o recurrido, los antecedentes pasarán al Tribunal dependiente del Poder Judicial que indique la ley para que resuelva definitivamente y 184 en cuanto le reserva a la Contraloría General de la República la jerarquía impropia de los actos administrativos dictados en materia de contratación administrativa. En estos dos supuestos, al existir norma constitucional que le brinda cobertura al agotamiento preceptivo de la vía administrativa no puede estimarse que sea inconstitucional ese presupuesto obligatorio de admisibilidad de un proceso contencioso-administrativo.

**ACTO TÁCITAMENTE CONSENTIDO: PRIVILEGIO FORMAL INJUSTIFICADO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.** Otro de los privilegios formales de las administraciones públicas en el proceso contencioso-administrativo lo constituye la figura dogmática y legislativa del acto tácitamente consentido que tiene una lógica irrefutable en relación con el agotamiento preceptivo de la vía administrativa. Si el agotamiento de la vía administrativa –sustentado en el privilegio de la autotutela declarativa- es un requisito de admisibilidad de carácter obligatorio, consecuentemente, si el administrado no ejerce en tiempo y forma los recursos administrativos procedentes, el legislador presume, a partir de la conducta omisa del administrado, que ha consentido tácitamente el acto administrativo al no recurrirlo en los plazos y por los medios dispuestos por el ordenamiento jurídico. Ese instituto procesal infringe frontalmente el derecho fundamental de los administrados de acceder a la jurisdicción (artículo 41 de la Constitución Política), puesto que, le impide perpetuamente, discutir el asunto ante la jurisdicción dispuesta por el constituyente para ejercer el control de legalidad de la función administrativa (artículo 49 de la Constitución Política), simplemente, por no haber ejercido e interpuesto los recursos administrativos procedentes. Consecuentemente, si la adecuación del agotamiento de la vía administrativa al parámetro constitucional impone estimarla como facultativa u optativa para el administrado, la figura del acto



consentido debe ser reputada como inconstitucional en cuanto supone de forma implícita que debe cumplirse obligatoriamente con tal recaudo.

**NORMAS CONEXAS.** El artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional preceptúa que la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma o ley, declarará también la de los demás preceptos de ella cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia. Ese numeral, por lo dispuesto en el propio artículo 108 ibidem, resulta aplicable supletoriamente a las consultas judiciales. Por lo expuesto, este Tribunal Constitucional estima que por conexión con las normas consultadas, también resultan inconstitucionales las siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: a) La frase del artículo 18, párrafo 1° de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en cuanto establece "(...) que no sean susceptibles de ulterior recurso en vía administrativa (...)"; b) el inciso d) del párrafo 1° del artículo 41 de ese cuerpo normativo en cuanto dispone "d) Que no está agotada la vía administrativa"; c) El párrafo 3° del artículo 33 de esa ley al preceptuar "3. La falta de agotamiento de la vía administrativa dará lugar a su alegación, por vía de defensa previa, si el Tribunal no apreciare el defecto en la oportunidad prevista en el artículo 41"; d) la frase final del párrafo 4° del artículo 33 al señalar "(...) por no haber sido recurridos administrativamente en tiempo y forma"; e) el inciso c) del artículo 50 de la ley referida al indicar "c) La falta de agotamiento de la vía administrativa".

**COROLARIO.** En mérito de lo expuesto, se impone evacuar la consulta judicial de constitucionalidad en el sentido que los párrafos primero y segundo del artículo 31, en cuanto establecen que es requisito preceptivo para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa el agotamiento de la vía administrativa y cuando se tendrá por cumplido, y el inciso a) del párrafo 1° del artículo 21, al preceptuar que no será admisible la acción contencioso administrativa respecto de los actos tácitamente consentidos, ambos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (No. 3667 del 12 de marzo de 1966), son inconstitucionales por infringir los derechos fundamentales de acceso a la jurisdicción, a una justicia pronta y cumplida, a la igualdad y de control de la legalidad de la función administrativa, por lo que deben ser anulados en lo conducente junto con las normas conexas. De conformidad con el artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impone comunicar esta sentencia al Tribunal consultante, a la Procuradora General de la República y a las partes apersonadas en el proceso ordinario en que se aplican las normas consultadas. Asimismo, a tenor de los ordinales 90, 107 y 108 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se debe ordenar publicarla íntegramente en el Boletín Judicial y reseñarse en el Diario Oficial La Gaceta."

**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 TRIBUNAL DE FAMILIA, Resolución No. 751-2006, de las quince horas del treinta y uno de mayo de dos mil seis.
- 2 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 1669-2006, de las quince horas del quince de marzo de dos mil seis.