

La Constitución portuguesa y el contencioso administrativo

SUMARIO: 1. EL DERECHO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO «HERMANOS SIAMESES». 2. EL «COMPROMISO» ORIGINAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1976 EN MATERIA DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL. 3. LA EVOLUCIÓN DEL MODELO CONSTITUCIONAL DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1982 Y LA REFORMA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. 4. LA TRANSFORMACIÓN DEL MODELO CONSTITUCIONAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL DE 1989 Y LA NECESIDAD DE REFORMAR EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. 5. «LA REVOLUCIÓN COPERNICANA» DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1997 Y LA REFORMA DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO QUE CONTINÚA PENDIENTE.

1. EL DERECHO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO «HERMANOS SIAMESES»

El tema que me propongo tratar se refiere a la relación entre el contencioso administrativo y la Constitución, tanto en el plano de los principios, como en el Derecho portugués. Está en cuestión una «rela-

ción difícil», entre dos «hermanos siameses» (BOUBOUTT)¹ que, a lo largo de la Historia, han estado algunas veces desavenidos, incluso cuando «no podían vivir sin el otro».

Pero se trata igualmente de una cuestión de la mayor actualidad ya que, en nuestros días, es cada vez más necesaria una «cooperación fructífera entre la doctrina constitucional y la doctrina administrativa», pues lo que desaparece tanto en sentido formal como en sentido material, en conjugación con –e indisociablemente vinculado con– el Derecho constitucional» (Peter HÄBERLE)². Lo que es válido tanto para el Derecho administrativo sustantivo, como para el del procedimiento, o de lo contencioso –cualquiera de ellos vinculado a la Constitución por un «cordón umbilical» (HÄBERLE)³.

Existe, en primer lugar, una relación de «dependencia constitucional» de lo contencioso administrativo⁴, hasta el punto de que se puede afirmar, de acuerdo con la ya clásica formulación de Fritz WERNER, que éste es «Derecho constitucional concretado»⁵. Y ello porque las opciones de la Ley fundamental se reflejan en el modo cómo la Administración Pública debe estar organizada, debe funcionar, debe actuar y cómo debe ser controlada jurisdiccionalmente.

Así, el Derecho de lo contencioso administrativo es (o debe ser) Derecho constitucional concretado, pues corresponde a la tentativa de realización de las opciones constitucionales al nivel de la justicia administrativa. Esto contraría a aquella otra idea de que «el Derecho constitucional pasa y el Derecho administrativo permanece» (Otto MAYER)⁶, la cual –si es cierto que puede ser interpretada, en sentido sociológico, como sintomática de la inercia (y consecuente lentitud) de las instituciones administrativas ante las (más rápidas) transformaciones constitucionales– en modo alguno puede en un Estado de Derecho significar en términos jurídicos la impermeabilidad del Derecho administrativo con relación a los valores y normas constitucionales.

¹ De acuerdo con BOUBOUTT, el Derecho administrativo es una especie de «hermano siamés del Derecho constitucional» (Ould BOUBOUTT, *L'apport du Conseil Constitutionnel au Droit Administratif*, Economica, París, 1987, p. 26).

² Peter HÄBERLE, «Verfassungsprinzipien 'im' Verwaltungsverfahrensgesetz», en SCHMITT GLÄSER, *Verwaltungsverfahren –Festschrift fuer 50. Jaehrigen Bestehen der Richard Boorbert Verlag*, 1º edición, Boorbert, Stuttgart-München-Hannover, 1977, p. 51.

³ Peter HÄBERLE, «Verfassungsprinzipien 'im' V», cit. en SCHMITT GLÄSER, *Verwaltungsverfahren –F. fuer 50. J. B. der R. B. V., cit.*, p. 93.

⁴ En este sentido *vide* Peter HÄBERLE, «Auf dem Weg zum Allgemeinen Verwaltungsrecht», en *Bayerische Verwaltungsblaetter*, nº 24, 15 dic., 1977, pp. 745 y 746.

⁵ Fritz WERNER, «Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht», en Fritz WERNER, *Recht und Gericht in Unseren Zeit - Reden, Vortraege, Aufsätze, 1948-1969*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn, München, 1971, pp. 213 y ss.

⁶ Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1º volumen, Von Duncker & Humbolt, 6º edición (reimpresión de la 3ª edición, de 1924), Berlin, 1969, p. VI.

Pero si hay una dependencia constitucional del Derecho administrativo, la afirmación inversa es igualmente verdadera: existe también una «dependencia administrativa» del Derecho constitucional⁷. Y ello es manifiestamente evidente en el contencioso administrativo, como dominio privilegiado de realización de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales se manifiestan en reglas sustantivas, procedimentales y procesales, de ahí que su concreción no sea posible sin que existan medios contenciosos adecuados para asegurar su tutela plena y efectiva⁸. La existencia de un proceso jurisdiccionalizado, destinado a garantizar la tutela de esas posiciones jurídicas subjetivas, representa así una dimensión esencial de los derechos fundamentales.

De esta forma, por un lado, si la justicia administrativa concreta las opciones constitucionales, si existe una relación de dependencia constitucional del Derecho de lo contencioso administrativo, por otro lado, hay una dependencia administrativa del Derecho constitucional, cuya realización depende de la justicia administrativa. Es por eso que en el dominio de lo contencioso administrativo se plantean problemas decisivos de realización y de efectivación de la Constitución, que obligan a la apreciación conjugada de los fenómenos constitucionales y administrativos. Según escribe BACHOF, la influencia de la Constitución en las normas, instituciones y conceptos del Derecho administrativo, así como su perfeccionamiento y transformación constituyen el pan nuestro de cada día, sobre todo de la justicia (administrativa)⁹.

Mirando ahora hacia el Derecho portugués, aunque aún según una perspectiva teórica, hay que considerar esta dependencia recíproca de lo contencioso administrativo y de la Constitución.

La Constitución impone un modelo de contencioso administrativo plenamente jurisdiccionalizado y destinado a la tutela plena y efectiva de los derechos de los particulares en las relaciones jurídicas administrativas, según se desprende de las disposiciones de los artículos 202º y siguientes y de los números 4 y 5 del artículo 268º de la Constitución. Por consiguiente, la validez de nuestro Derecho de lo contencioso administrativo depende de la concreción de este modelo constitucional. Sólo que, en Portugal, como se verá mejor más adelante, «entre el modelo constitucional de contencioso administrativo (...) y la legislación reguladora de ese campo (que, en algunos casos, es inclu-

⁷ Vide Peter HÄBERLE, «Auf dem W. zum A. V.», cit. en *Bayerische V.*, cit., pp. 745 y 746.

⁸ Vide Helmut GOERLICH, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, 1º edición, Nomos, 1981, especialmente páginas 343 y ss.

⁹ Otto BACHOF, «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, nº 30, Walter de Gruyter, Berlín, 1972, p. 205.

so anterior al propio texto original de la Constitución) va una distancia que urge eliminar, poniendo término a una situación de 'déficit' de protección jurídica en el ámbito de la justicia administrativa»¹⁰.

Pero si el contencioso administrativo es (o debe ser) «Derecho constitucional concretado», entre nosotros, si se repara en las disposiciones constitucionales y en el modo en como son realizadas por el legislador —así como también en la actuación de la jurisprudencia, que tiende a actuar más «aferrada a la letra de la ley» de lo que los valores constitucionales demandan—, nos vemos forzados a concluir que (desgraciadamente) la justicia administrativa es, en parte, «Derecho constitucional por concretar».

Estamos, por tanto, a este nivel, ante una dependencia constitucional de lo contencioso administrativo que, como resultado de la situación de conflicto existente entre el modelo constitucional y la legislación del proceso administrativo, todavía no ha alcanzado el grado exigido por la ley fundamental. Y si es verdad que es típico del Derecho constitucional la existencia de una ineliminable tensión entre texto y práctica constitucional, ello no puede nunca significar, en un Estado de Derecho, bajo pena de inconstitucionalidad de las normas jurídicas en cuestión (por acción o por omisión), el «divorcio» o la discrepancia entre las referidas dimensiones formal y material de la Constitución.

Pero esta relación de dependencia recíproca entre Constitución y contencioso administrativo es particularmente visible en la consagración del derecho fundamental de acceso a la justicia administrativa (artículo 268º, números 4 y 5 de la Constitución). Como se verá adelante, la consagración de un derecho fundamental como ese, de naturaleza análoga a la de los derechos, libertades y garantías, y gozando de su respectivo régimen jurídico (*vide* los artículos 17º y 18º de la Constitución), no sólo va a hacer que todo lo contencioso administrativo pase a depender inmediatamente de la Constitución, sino que, en la medida en que los derechos fundamentales se realizan por vía del proceso, viene a mostrar cómo el Derecho constitucional depende igualmente de la justicia administrativa.

De hecho, no es posible en un determinado país hablar de tutela de derechos fundamentales sin garantías jurisdiccionales, sin la existencia de un contencioso administrativo adecuado para garantizar una tutela plena y efectiva de los derechos de los particulares en las relaciones administrativas. Por ello, también por esta vía, el «destino» de la Constitución se juega en lo contencioso administrativo, sin que sea posible disociar el Derecho constitucional de su realización por medio de la actuación de los tribunales administrativos.

¹⁰ Vasco PEREIRA DA SILVA, *Ensinar Direito (a Direito) —Contencioso Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 48.

Dicho esto, es momento de analizar el modo en como nuestra Constitución trata (o, quizá mejor, ha venido tratando) lo contencioso administrativo. Pues la Justicia administrativa ha evolucionado, desde el texto original de 1976 hasta la situación actual, tanto a través de sucesivas reformas constitucionales que se han ocupado de ella (respectivamente las de 1982, 1989 y 1997), como a través de la evolución de la práctica constitucional (en especial, de la legislación y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los tribunales administrativos).

La lógica de la «Constitución abierta» para una «sociedad abierta» que caracteriza nuestros actuales Estados de Derecho, obliga a considerar tanto el texto como la práctica constitucional, de acuerdo con una perspectiva dinámica. Porque la Constitución es una realidad «viva» y no una pura forma (por no decir incluso, despreciativamente, «horma»¹¹), su «apertura», tanto en sentido formal como material, también tiene que ver con el «tiempo», sin que ello signifique la pérdida de su normatividad¹². De ahí la necesidad de mirar al texto y al modo en como se va modificando y transformando a través de las reformas constitucionales, pero también –y tan importante como eso– al modo como la Constitución va siendo realizada cotidianamente a través de la práctica constitucional, que da sentido al Derecho (y en esta medida, también lo crea y transforma a través de su aplicación).

La propia idea de compromiso, típica de Constituciones como la nuestra, debe también ser vista a esta luz, no desde una perspectiva estática, como algo que quedó «parado en el tiempo», sino de una forma abierta y dinámica. Como un compromiso en permanente evolución, que se va transformando por medio de las reformas constitucionales, pero también a través de la práctica constitucional (en permanente tensión con el texto), mediante la acción de la costumbre, de la jurisprudencia, de la doctrina.

2. EL «COMPROMISO» ORIGINAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1976 EN MATERIA DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL

La palabra clave para entender nuestra Constitución es la de compromiso. Si se examina el texto original de la Constitución de 1976 nos encontramos con un compromiso multipolar, hecho de una gran

¹¹ El autor realiza un juego de palabras intraducible: en portugués «forma» pronunciada con «o» abierta tiene igual significado que en español, mientras que pronunciada con «o» cerrada (ô) significa «horma» (nota de los T.).

¹² Vide Konrad HESSE, *Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª edición, Mueller, Heidelberg, 1995, pp. 11 y ss.

diversidad de principios (muchos de ellos aparentemente contradictorios) en estado de conflicto latente¹³. Se diría que el legislador constituyente optó por establecer una especie de «compromiso dilatorio» (por usar la conocida expresión de Carl SCHMITT), adoptando el método de la acumulación en la redacción de la Constitución formal, mediante lo cual procedió a la unificación jurídica de principios ideológicamente antagónicos, remitiendo la forma y la medida de su realización a la práctica constitucional.

Este compromiso en el ámbito de la Constitución formal, surge como algo «abierto» o «inacabado» —como «obra en construcción»—, remitiendo a la Constitución material en la medida en que está necesitado de concreción por la práctica constitucional, siendo asimismo susceptible de verse alterado en sucesivas reformas constitucionales. Así ha venido sucediendo con la reforma de 1982, que alteró el compromiso inicial en el ámbito de la organización del poder político; con la reforma de 1989, que alteró el pacto originario en el campo de la constitución económica; con la revisión de 1982, que estableció la transición de un compromiso inicial más «internacionalista» a otro más «europeísta»; o incluso con la reforma de 1997, que consagró un nuevo compromiso entre democracia representativa y directa, a través de la ampliación de la institución del referéndum. De ahí que se pueda hablar de evolución o desarrollo constitucional para caracterizar tales vicisitudes de nuestra ley fundamental, en cuanto «fenómeno complejo que abarca interpretación evolutiva de la constitución, revisión constitucional y costumbre *secundum, praeter y contra legem*» (Jorge MIRANDA)¹⁴.

En lo que respecta a lo contencioso administrativo, nuestra Constitución establece igualmente un compromiso, que se va desarrollando por acción de la práctica constitucional y de las reformas constitucionales¹⁵.

¹³ De acuerdo con Jorge MIRANDA, «no [es] correcto reducir el compromiso a la aglutinación de dos únicos principios, porque fue múltiple y diversificado. Sólo para los aspectos cruciales recuérdese que los derechos, libertades y garantías y la democracia política resultan en la Constitución de la convergencia PS-PPD-CDS, el socialismo de la convergencia PS-PPD-PCR, los aspectos colectivistas de la convergencia PS-PCR, el sentido personalista de la convergencia PPD-CDS; y que los derechos sociales, la autogestión y la planificación democrática fueron defendidos por el PS, la valorización del Parlamento, las autonomías regional y local y las garantías jurisdiccionales obra sobre todo del PPD, la defensa de las nacionalizaciones, la reforma agraria y las organizaciones populares de base enfatizadas por el PCR, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la iniciativa privada más realzadas por el CDS» (Jorge MIRANDA, *A Constituição de 1976 - Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais*, Petrony, Lisboa, 1978, p. 274).

¹⁴ Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional – Constituição e Inconstitucionalidade*, tomo II, 3ª edición, Coimbra editora, Coimbra, 1991, p. 141.

¹⁵ Sobre la evolución de lo contencioso administrativo en el orden constitucional portugués, en sentido algo diferente del que defiende, *vide* VIEIRA DE ANDRADE, «As transformações do Contencioso Administrativo na Terceira República Portuguesa», en *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, nº 18, Encero/Marzo, 1997, pp. 65-78; y *Justiça Administrativa (Lições)*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 39 y ss.

El texto originario de la Constitución de 1976 significó un verdadero «bautismo» del contencioso administrativo, liberándolo del «pecado original» de vinculación de la Administración a la Justicia¹⁶, al proceder a la plena jurisdiccionalización de los tribunales administrativos¹⁷. Ello estará asociado, además, al reconocimiento de un derecho fundamental de acceso a la justicia administrativa¹⁸, por lo que, insistiendo en la metáfora, se puede afirmar que, entre nosotros, el «bautismo» es simultáneo a la «confirmación». Pues típico de la «actual 'fase de la confirmación' del contencioso administrativo [es que] las modernas Constituciones del Estado de Derecho hayan reafirmado la naturaleza jurisdiccional del contencioso administrativo y acentuado su función de protección de los derechos de los particulares en las relaciones administrativas»¹⁹.

Esta nueva realidad de lo contencioso administrativo surge, en el texto originario de la Constitución de 1976, en el marco de un doble compromiso: a nivel del modelo de justicia administrativa y en el ámbito de la noción de acto administrativo. Por lo que se refiere al modelo de contencioso, la Constitución establece un compromiso entre un nuevo modelo, plenamente jurisdiccionalizado y destinado a la tutela de los derechos de los particulares, que se manifiesta en la cualificación de los tribunales administrativos como verdaderos tribunales y en la consagración de un derecho fundamental de acceso a la justicia

¹⁶ En el ámbito de la Constitución de 1933, se mantenía la «promiscuidad» entre Administración y Justicia que había caracterizado la fase del «pecado original» de lo contencioso administrativo de tipo francés (vide Vasco PEREIRA DA SILVA, *Para um contencioso administrativo dos particulares –Esboço de uma Teoria Subjectivista do Recurso Directo de Anulação*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 13 y ss. *Em busca do Acto Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 11 y ss.), una vez que los tribunales administrativos no eran «tribunales especiales del Poder judicial, sino órganos de la propia Administración» (Marcelo CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, tomo I, 10ª edición, reimpresión, Almedina, Coimbra, 1980, p. 36). Y eso, en mi opinión (y en una formulación sintética y sistemática), por tres órdenes de razones: porque los tribunales administrativos se integraban en la estructura orgánica de la Presidencia del Consejo de Ministros; porque los jueces eran nombrados y cesados por el Gobierno, que también ejercía sobre ellos poder disciplinario; porque la ejecución de las sentencias dependía de la voluntad de la Administración, que tenía así la «última palabra» con relación a las decisiones de los tribunales (sobre esta última razón vide también FREITAS DO AMARAL, *A execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos*, 2ª edición, Almedina, Coimbra, 1997).

¹⁷ El texto originario de la Constitución de 1976 trataba de los Tribunales en los artículos 206º y siguientes, incluyendo en ellos los tribunales administrativos y fiscales que, en los términos del artículo 212º, nº 3, podrían constituir una jurisdicción autónoma.

¹⁸ Derecho de acceso a la justicia administrativa que, entonces, estaba consagrado en el artículo 269º, nº 2, que establecía que «está garantizado a los interesados recurso contencioso, con fundamento en ilegalidad, contra cualesquiera actos administrativos definitivos y ejecutorios».

¹⁹ Vasco PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do A. A. P.*, cit., p. 126. Ahí se citan, a título de ejemplo, los artículos 19º de la Ley Fundamental alemana, 24º y 113º de la Constitución italiana y 24º de la Constitución española.

administrativa, y el modelo «heredado» del orden constitucional anterior, más inclinado hacia la idea del autocontrol de la Administración que hacia la de la protección de los particulares, limitado en términos de medios procesales y de actos susceptibles de control, que se manifiesta en el hecho de que la garantía constitucional de acceso a la justicia se refiera exclusivamente al recurso de anulación, desconociendo la existencia de otros medios procesales, así como por la «recepción» de la noción autoritaria de «acto definitivo y ejecutorio» como criterio de recurribilidad.

Hay aquí, pues, un compromiso entre el nuevo modelo jurisdiccionalizado y subjetivo, que se pretendió consagrar, y el modelo de autocontrol limitado y objetivo de la Administración, «recibido» de la Constitución anterior y aún no integralmente apartado, si bien transformado en su «lógica de conjunto» por el nuevo orden constitucional. No se trata ya, por tanto, para adoptar la formulación de KREBS, de la consagración constitucional de ninguno de esos modelos «en estado puro»²⁰, en una alternativa entre «protección jurídica subjetiva 'o' control jurídico objetivo», sino una «opción fundamental» por un «sistema de protección jurídica subjetiva», que obliga a plantear el «problema de saber cuál es la medida de control jurídico objetivo que debe prestar (y puede prestar) un sistema de control jurisdiccional de la Administración destinado a obtener la protección jurídica subjetiva»²¹. Por ello, ante el texto originario de la Constitución de 1976, hay que afirmar que el compromiso en el que se asienta el modelo de contencioso administrativo se caracteriza por el predominio de la concepción subjetivista, a pesar del fuerte componente clásico, de matriz objetivista, que el sistema continúa integrando.

Pero también existe compromiso en lo que se refiere a la noción de acto administrativo. Y ello porque, por un lado, se mantenía la idea autoritaria de acto administrativo en el que la garantía constitucional de recurso contencioso venía delimitada en razón de la definitividad y ejecutoriedad. Por otro lado, el texto constitucional ya apuntaba hacia una nueva noción de acto administrativo, emitido en el transcurso de un procedimiento y con la participación de los particulares.

La noción de acto definitivo y ejecutorio correspondía a la suprema «manifestación del Poder administrativo, en la medida en que (...) excusa(ba) la intervención de cualquier otra autoridad para definir posiciones jurídicas con fuerza obligatoria y eventualmente coerciti-

²⁰ Sobre las características de los modelos objetivista y subjetivista, *Vide* Vasco PEREIRA DA SILVA, *Para um contencioso A. dos P.*, cit., pp. 264 y ss.

²¹ Walter KREBS, «Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle», en ERICHSEN-HOPPE-MUTIUS, *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes – Festschrift fuer Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, p. 191.

va» (Marcelo CAETANO)²². Ese «acto jurídico en el cual se traduce en el caso concreto el poder administrativo, en la forma característica de poder unilateral de decisión dotado del privilegio de la ejecución previa» (FREITAS DO AMARAL)²³, era una construcción típica «de un modelo de Administración agresiva, practicando actos de mera ejecución de la ley en cuya formulación se intentaba hacer una especie de resumen de todos los poderes administrativos»²⁴.

Ahora bien, una noción semejante de acto definitivo y ejecutorio parece, hoy, «un 'paradigma perdido' del acto administrativo que ya no se corresponde con las realidades actuales», habiendo entrado «en crisis con las actuaciones prestacionales y constitutivas de la moderna administración»²⁵. Pues «ahora se trata de actuaciones que, por su propia naturaleza, no son en general susceptibles de ejecución coactiva (¿qué sentido tendría ejecutar coactivamente un acto de atribución de una pensión de jubilación o de un subsidio con respecto a los sujetos favorecidos?); o de actos cuyo contenido fue determinado de forma concertada por la Administración y por el particular, o que habían obtenido su consenso (manifestado a través de la petición de la realización del acto, o de la aceptación de la ventaja que éste configura); o incluso porque ni siquiera se trata de actuaciones caracterizadas por la idea de 'definición del Derecho aplicable', ya sea debido a la ausencia o mínima importancia del contenido normativo (típico, por ejemplo, de los actos de prestación, en los que la utilidad del bien prestado destaca sobre su dimensión jurídica), o ya sea porque correspondan a un estadio intermedio del procedimiento, en el que aún no es posible determinar de forma precisa el sentido de la decisión final a tomar»²⁶.

De ahí que esa concepción, también en este caso «recibida» del orden constitucional anterior, fuese contrapesada por otro modelo de actuación administrativa, más flexible y democratizado, típico de una administración de un Estado de Derecho, y que se concretaba, entre otras cosas, en el establecimiento de principios constitucionales de la actividad administrativa (artículo 267º), en la previsión de la elaboración de una ley de procedimiento y en la consagración de un derecho de participación de los particulares (artículo 268º, nº 3), o en la previsión del derecho de información de los particulares con relación a la actuación administrativa (artículo 269º, nº 1).

²² Marcelo CAETANO, *Manual de D. A.*, cit., vol I, p. 463.

²³ FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, volumen III, lecciones policopiadas, Lisboa, 1989, p. 207.

²⁴ Vasco PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do A. A. P.*, cit., p. 631. O, como escribía en otro sitio, el acto definitivo y ejecutorio «constituye una especie de 'conglomerado' de la autoridad de la Administración, en el cual se mezclan, indiferenciadamente, privilegios de tipo declarativo y ejecutivo» (Vasco PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do A. A. P.*, cit., p. 630).

²⁵ Vasco PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do A. A. P.*, cit., p. 631.

²⁶ Vasco PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do A. A. P.*, cit., p. 489.

En síntesis, el texto originario de la Constitución de 1976 presentaba un compromiso entre dos visiones antagónicas del contencioso administrativo y del acto administrativo. La uniformización jurídica de tales principios en «estado de tensión» implicaba la «apertura» del texto constitucional, que remitía parte de su concreción al dominio de la Constitución material. Se estaba, pues, también aquí, ante un «compromiso dinámico», susceptible de evolucionar o de desenvolverse en virtud tanto de la práctica como de futuras reformas constitucionales.

En la estela de la Constitución, surge una norma de gran importancia en nuestro orden jurídico, que es el Decreto-Ley nº 256-A/77, de 17 de junio. Se trata de una norma que intenta adecuar la realidad legislativa al nuevo orden constitucional, adoptando una perspectiva minimalista de regulación de apenas algunos aspectos de la actuación y del control de la Administración. Sin embargo son aspectos decisivos desde la perspectiva del Estado de Derecho y de la instauración de un sistema de contencioso administrativo plenamente jurisdiccionalizado (los regímenes de la fundamentación de los actos administrativos, de las omisiones administrativas y de su impugnación contenciosa, y de la ejecución de las sentencias de los tribunales administrativos²⁷).

La fundamentación de los actos administrativos corresponde a una exigencia de transparencia, típica de un Administración consensual, de un Estado de Derecho democrático, a la cual no le basta con actuar bien, sino que debe igualmente ser capaz de explicar y de informar a los particulares acerca de las razones de su actuación²⁸. El deber de fundamentar es, así, una medida de «higiene administrativa» que, además del aspecto «pedagógico», de obligar a la Administración a «descender de su pedestal» y explicar las razones de sus actos, posee además, por eso mismo, el efecto indirecto de obligara a una mayor corrección (jurídica y de oportunidad) de las decisiones administrativas. Pero el deber de fundamentación es además importante desde el punto de vista de la protección jurídica de los particulares, pues permite averiguar la legalidad de los actos administrativos, lo que es particularmente relevante cuando se trate de decisiones en las que la

²⁷ Esta norma también tenía, de todas formas, su «talón de Aquiles», por la posibilidad de confusión entre los planos de la Administración y de la Justicia, en términos de dudosa constitucionalidad, que suponía el régimen de la reclamación previa necesaria para la interposición de recurso contencioso (artículo 2º del D.L. nº 256-A/77), lo cual fue afortunadamente abandonado en la reforma de 1984/85. Sobre esta cuestión *vide* Maria Da Glória FERREIRA PINTO GARCIA, *Considerações sobre a Reclamação Prévia ao Recurso Contencioso*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1983.

²⁸ El artículo 1º del D.L. nº 256-A/77 enumera, en el nº 1, una extensa lista de actos administrativos sujetos a fundamentación y establece, en los números 2 y 3, los requisitos de la fundamentación. En todos esos casos, la falta de fundamentación, o la falta de respeto de sus requisitos, implica la ilegalidad del acto administrativo por vicio de procedimiento (o de forma, según la orientación clásica).

Administración posea un margen de libre apreciación o de decisión, ya que, en esos casos, muchas veces ésa es la única forma de controlar los fines y los motivos de dicha actuación.

La consagración del deber de fundamentar significa, por lo tanto, la transformación de la actuación administrativa, que ya no se agota en el modelo autoritario subyacente a la fórmula del acto definitivo y ejecutorio²⁹, sino que se abre a una noción más democratizada y relacional, característica de una Administración capaz de dar cuenta de sus actuaciones y de posibilitar la protección jurídica de los particulares, realizando de esta forma el ya mencionado compromiso constitucional al nivel del concepto de acto administrativo. Pero el deber de fundamentar también es «Derecho constitucional concretado», en la medida en que, por un lado, constituye una garantía de los particulares, que se puede considerar como corolario del derecho fundamental de información por la Administración (artículo 269º, nº 1 del texto originario de la Constitución) y, por otro lado, al facilitar la protección jurídica subjetiva, representa también una forma de realización de los derechos fundamentales por la vía del proceso³⁰.

Otra materia regulada por esa norma, «de gran importancia sobre todo a partir del momento en el que la Administración pasa de agresiva a constitutiva, viéndose llamada a desarrollar una actividad prestadora favorable a los particulares»³¹, es la posibilidad de reacción contra omisiones administrativas. En los sistemas más influidos por el contencioso francés, como el nuestro, la reacción contra esas omisiones administrativas ilegales fue concebida mediante la «ficción» de la formación de un denominado acto de desestimación tácita, que era susceptible de impugnación contenciosa³².

No sólo los poetas son «fingidores», también los juristas son capaces de «fingir» que se encuentran ante un acto (tácito) cuando la Administración ha omitido ilegalmente una conducta debida, para continuar «fingiendo» que es también posible que los tribunales anulen ese «acto fingido», para condenar a la Administración a actuar. Ahora bien, el perfeccionamiento del régimen jurídico de la impugnación

²⁹ La expresión acto definitivo y ejecutorio era, por otra parte, expresamente utilizada por esta norma legal, en su artículo 2º.

³⁰ Sobre la importancia de la fundamentación de los actos administrativos *vide* VIEIRA DE ANDRADE, *O dever da Fundamentação Expressa dos Actos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1991; David DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*, Almedina, Coimbra, 1996; Osvaldo GOMES, *Fundamentação do Acto Administrativo*, Coimbra Editora, Coimbra, 1981.

³¹ Vasco PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do A. A. P.*, *cit.*, p. 227.

³² A diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán, en el que existen las acciones de condena de la Administración, denominadas «acciones de cumplimiento de un deber» («Verpflichtungsklage», epígrafe 42 de la VwGO).

contenciosa de las omisiones administrativas, efectuado por el D.L. n.º 256-A/77, hizo más evidente que lo que estaba en cuestión era un expediente procesal destinado a permitir la tutela de los derechos de los particulares ante la inacción administrativa³³. Aunque esto no es aún una acción de condena de la Administración a una conducta debida, representa sin embargo «un paso más» en el sentido de la instauración de un contencioso administrativo jurisdiccionalizado y de naturaleza subjetiva, en los términos del compromiso constitucional.

Decisiva en el sentido de la plena jurisdiccionalización del contencioso administrativo ha sido la regulación, por el D.L. n.º 256-A/77, de la ejecución de las sentencias de los tribunales administrativos. Pues la instauración de un proceso jurisdiccionalizado de ejecución de las sentencias era una consecuencia necesaria del «bautismo» del contencioso administrativo realizado por la Constitución de 1976.

Si los tribunales administrativos son verdaderos tribunales, sus sentencias no deben quedar a expensas de la Administración, sino que deben ser cumplidas. Con este propósito, el D.L. n.º 256-A/77 estableció un conjunto de reglas, que pasan por la responsabilidad civil, disciplinaria y penal de la Administración de sus funcionarios o agentes, para conseguir la ejecución de las sentencias de los tribunales administrativos³⁴. De esta forma se buscó poner fin a uno de los «mitos» más persistentes del Derecho administrativo (como era el que las sentencias de los tribunales administrativos no pueden ser impuestas contra la Administración), a través de la creación de un proceso jurisdiccionalizado de ejecución de las sentencias de los tribunales administrativos, para cumplir las exigencias constitucionales del Estado de Derecho en el ámbito de la Justicia administrativa³⁵.

Por todo esto se puede considerar que el modelo de contencioso administrativo del texto originario de la Constitución de 1976 tuvo una realización minimalista a través del D.L. n.º 256-A/77, la cual,

³³ Como he escrito en otro momento, en el régimen establecido en el D.L. n.º 256-A/77, «no se hace mención a ningún acto, ni se trata la omisión de la Administración como tal (*vide* v. g. el artículo 4.º n.º 1, de la citada norma: un acto expreso, posterior a la omisión ilegal de la Administración, no se considera como un acto meramente confirmativo, sino como un primer acto sobre esa materia)» (Vasco PEREIRA DA SILVA, *Para um Contencioso A. dos P. -E. de uma T. S. do R. D. de A., cit.*, pp. 230 y 231). Para un mayor desarrollo de la problemática de la impugnación contenciosa del denominado acto tácito de desestimación, *vide* pp. 226 y ss.

³⁴ *Vide* el artículo 11.º del D.L. n.º 256-A/77.

³⁵ En términos no totalmente coincidentes, entendiendo la ejecución de las sentencias no como un proceso ejecutivo sino como una realidad que también posee una dimensión declarativa, *vide* FREITAS DO AMARAL, *A Execução das S. dos T. A., cit.*, Mário AMOROSO DE ALMEIDA, *Sobre a Autoridade do caso Julgado das Sentenças de Anulação de Actos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1994; «Tutela Declarativa e Executiva no Contencioso Administrativo Português», en *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 16, julio/agosto, 1999, pp. 67 y ss.

siendo importante y absolutamente imprescindible teniendo en cuenta el nuevo orden constitucional, no fue sin embargo suficiente para dar cumplimiento a las exigencias de la ley fundamental (incluso considerando que éstas buscaban el compromiso entre el nuevo y el anterior modelo de justicia administrativa).

De ahí que, en términos teóricos, al intérprete y al aplicador del Derecho no le quedase otra vía que la de interpretar a la luz del texto constitucional las disposiciones que figuraban en normas que habían sido dictadas pensando en otro modelo de justicia administrativa (autocontrolada, limitada y objetivista), realizando una tarea de interpretación conforme a la Constitución y evitando la aplicación, por inconstitucionalidad sobrevenida, de aquellas normas que no podían dejar de ser consideradas incompatibles con el sistema de contencioso administrativo establecido por la ley fundamental. Pero esto no se produjo, pues el conservadurismo de la jurisprudencia se asoció con la falta de ambición del legislador, hasta el punto de que se puede afirmar que la práctica constitucional continuó siendo bastante menos avanzada que el texto constitucional.

3. LA EVOLUCIÓN DEL MODELO CONSTITUCIONAL DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1982 Y LA REFORMA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La reforma constitucional de 1982 vino a modificar el compromiso originario del contencioso administrativo, acentuando su vertiente de protección jurídica individual. La Constitución (ahora artículo 268º, nº 3) continúa consagrando una garantía de «recurso contencioso, con fundamento en ilegalidad, contra cualesquiera actos definitivos y ejecutorios», pero añade dos elementos: que se refiere a tales actos «independientemente de su forma», «así como para obtener el reconocimiento de un derecho o interés legalmente protegido».

La referencia al «reconocimiento de un derecho o interés legalmente protegido» tiene como trasfondo la actuación de la dimensión subjetiva de lo contencioso, haciendo «bascular» hacia el lado de la protección de los derechos individuales el «compromiso» originario en que se asentaba la justicia administrativa. Pero aquélla podría interpretarse en el sentido de que significase simplemente la apertura del recurso de anulación a la tutela de derechos o intereses legalmente protegidos, o incluso en el sentido de la necesidad de creación de nuevos medios procesales, al lado del recurso, para permitir una protección más amplia de esos derechos.

Ha sido esta segunda interpretación la que ha prevalecido, siendo adoptada por la práctica constitucional y concretada legislativamente por la reforma de 1984/85. De ahí que, examinando la evolución del compromiso constitucional relativo a la justicia administrativa, haya que concluir que la «reforma constitucional de 1982 continúa manteniendo ese mismo derecho fundamental de recurso contra actos definitivos y ejecutorios, pero completa la vertiente subjetiva de lo contencioso administrativo a través de la referencia a la necesidad de garantizar también los derechos de los ciudadanos ante la Administración, incluso cuando no esté en cuestión el recurso de anulación. Y es esta previsión constitucional la que amplía la protección subjetiva que otorga el contencioso administrativo globalmente, pero a través de otros medios jurisdiccionales diferentes del simple recurso de anulación, lo que determinará la posterior creación por el legislador ordinario de la 'acción para el reconocimiento de un derecho o interés legítimo'»³⁶.

Pero también en el ámbito de la noción de acto administrativo se alteró el compromiso constitucional. Esto porque si, por un lado, se mantiene aún la noción de acto definitivo y ejecutorio, por otro lado, se adopta una concepción material del acto administrativo, al permitir la impugnación de decisiones individuales y concretas, aunque estén «disfrazadas» de reglamento o de ley. Al predominio de la naturaleza material de la actuación sobre las forma subyace una concepción de acto administrativo que privilegia la función en vez del poder, ampliando el ámbito del control jurisdiccional a todas las decisiones de satisfacción de necesidades colectivas.

Esta concepción democratizada del acto administrativo se manifiesta igualmente en la ampliación de los derechos fundamentales de los individuos ante la Administración, que la reforma constitucional de 1982 consagra, como es el caso del derecho a la notificación y a la fundamentación de las decisiones administrativas (artículo 268º, nº 2). A propósito de este último derecho fundamental es notoria la relación de interdependencia recíproca del Derecho constitucional y del Derecho administrativo, pues, como se ha visto, el deber legal de fundamentar ha sido establecido por el legislador ordinario como forma de realización de las garantías constitucionales ante la Administración (especialmente del derecho de información), sólo que, posteriormente, se trasladará al texto constitucional, como resultado de ese tratamiento legislativo, como un derecho autónomo³⁷.

³⁶ Vasco PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do A. A. P.*, cit., p. 665.

³⁷ Dicho sea de paso, el deber de fundamentar, como derecho fundamental, tiene un contenido menos amplio que en la ley ordinaria (*vide* el artículo 268º, nº 3 de la Constitución y el artículo 1º del D.L. nº 256-A/77).

Como consecuencia de la reforma constitucional de 1982 se produjo una reforma muy importante —la más importante hasta la fecha realizada durante la vigencia de nuestra Constitución— que se tradujo en dos normas legales, el Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales (E.T.A.F), D.L. n° 129784, de 27 de abril y la Ley de Proceso de los Tribunales Administrativos (L.E.P.T.A.), D.L. n° 267/1985, de 16 de julio.

Se trataba de una reforma de fondo, la «primera (...) llevada a cabo por el régimen democrático instituido por la Constitución de 1976» (SÉRVULO CORREIA)³⁸, realizada con el objetivo de adecuar la regulación de la justicia administrativa a las opciones constitucionales de plena jurisdiccionalización y de protección jurídica subjetiva, derivadas del «bautismo» y de la «confirmación» del contencioso administrativo. Entre otras cosas, la reforma de 1984/85 estableció: la posibilidad de recurso contencioso contra actos administrativos independientemente de la forma (artículo 25º, n° 2 de la L.E.P.T.A.); la organización del recurso de anulación como un verdadero proceso de partes en el que el particular y la Administración poseen iguales posibilidades de intervenir en el proceso, en los términos del principio de contradicción³⁹; la posibilidad de impugnación contenciosa de los reglamentos administrativos, aunque a través de una dudosa bipartición de medios procesales en recursos y en declaraciones de ilegalidad de reglamentos (artículos 63º y ss. de la L.E.P.T.A.); la creación de un nuevo medio principal, la acción para el reconocimiento de derechos o intereses legalmente protegidos, complementaria del recurso de anulación (artículos 69º y siguientes de la L.E.P.T.A.); la creación de la intimación para consulta de documentos u obtención de certificaciones (artículos 82º y siguientes de la L.E.P.T.A.) y de la intimación para un comportamiento (artículos 86º y siguientes de la L.E.P.T.A.).

A pesar de su importancia, la reforma de 1984/85 fue incompleta, quedando a «medio camino», ya que, como resultado de la técnica legislativa adoptada, no procedió a la derogación global de la legislación reguladora de lo contencioso administrativo, sino que mantuvo en vigor numerosas disposiciones contenidas en normas elaboradas en el marco del anterior orden constitucional (a saber, el Código Adminis-

³⁸ SÉRVULO CORREIA, *Contencioso Administrativo*, lecciones policopiadas, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1990, p. 114.

³⁹ La reforma de 1984/85 consagra la identidad de posiciones procesales entre particulares y Administración (entre otras cosas, al establecer expresamente la posibilidad de que la Administración realice alegaciones), de lo que resulta que cualquiera de los sujetos procesales puede intervenir de acuerdo con las reglas de la contradicción procesal, en la fase de planteamiento de la litis, mediante la petición del particular (artículo 36º de la L.E.P.T.A.) y la respuesta o contestación de la Administración (artículos 45º y ss. de la L.E.P.T.A.), y en la fase de alegaciones (artículo 26º de la L.E.P.T.A.), teniendo también derecho de recurrir la sentencia (artículo 104º de la L.E.P.T.A.).

trativo, la L.O.S.T.A. y el R.S.T.A.). Lo que en una situación generadora de *dudas* (pues no siempre se sabe exactamente qué normas de las anteriores leyes están en vigor, siendo sintomático de ello el hecho de que las múltiples recopilaciones de legislación de lo contencioso administrativo existentes en el mercado presentan perspectivas diferentes acerca de esa cuestión, hasta el punto de que basta cambiar de recopilación para «descubrir» disposiciones «nuevas» o para «perder» ciertos artículos que se esperaba encontrar), de dificultades (que obligan al intérprete y al aplicador del Derecho a peregrinar de ley en ley para encontrar la regla procesal aplicable) y de interferencias, (pues no siempre es posible compatibilizar normas elaboradas en el ámbito de órdenes constitucionales diferentes que reflejan visiones distintas, incluso antagónicas, de lo contencioso administrativo⁴⁰).

4. LA TRANSFORMACIÓN DEL MODELO CONSTITUCIONAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL DE 1989 Y LA NECESIDAD DE REFORMAR EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La reforma de 1989 implicó una radical transformación del compromiso constitucional relativo al modelo de contencioso administrativo, en el sentido de la acentuación, una vez más, de la respectiva jurisdiccionalización y subjetivización.

Desde luego, fue en 1989 cuando se estableció que los tribunales administrativos y fiscales constituyen una jurisdicción propia (artículos 211º y 214º de la versión de 1989 de la Constitución), «consumándose de esta forma la institucionalización plena de la justicia administrativa iniciada en 1976, y que dejó de ser una mera 'posibilidad', dependiente de la opción del legislador, para encontrar ahora asiento constitucional⁴¹.

Más aún. La consumación de la institucionalización de una jurisdicción administrativa distinta de la común, está asociada con el reconocimiento de que tiene por «objeto dirimir los litigios que surgen de las relaciones jurídicas administrativas y fiscales» (artículo 214º, nº 3, de acuerdo con la numeración de la reforma de 1989) —lo que es deci-

⁴⁰ De acuerdo con SÉRVULO CORREIA, la legislación de lo contencioso administrativo se ha transformado en una «manta de retales de difícil consulta y aplicación» (SÉRVULO CORREIA, *Contencioso Administrativo*).

⁴¹ Vasco PEREIRA DA SILVA, «Breve crónica de uma reforma anunciada», en *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 1, Enero/Febrero de 1997, p. 3.

sivo tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal. Desde la perspectiva sustantiva, el legislador constituyente abandona así «la tradicional concepción 'actocéntrica' del Derecho administrativo, adoptando la noción de relación jurídica administrativa como 'nueva' figura central», lo que significa que el particular deja de ser entendido como un administrado, un mero objeto del poder, para pasar a ser un sujeto de derecho que establece relaciones con la Administración⁴². Desde el punto de vista procesal, este reconocimiento significa «dar el golpe de gracia «a la clásica doctrina del 'proceso al acto' (HARIOU)»⁴³, que veía el contencioso administrativo como una realidad objetiva y limitada a la verificación de la legalidad, mientras que ahora el particular y la Administración pasan a ser considerados como sujetos procesales, en un proceso de partes, que tiene como principal objetivo la protección de los derechos individuales.

Otra cuestión decisiva es el desdoblamiento de la garantía constitucional de acceso a la justicia administrativa en dos derechos fundamentales, uno relativo al recurso de anulación (artículo 268º, nº 4)⁴⁴ y el otro relativo a todos los demás medios procesales (artículo 268º, nº 5)⁴⁵. De ello resulta de forma inequívoca la consagración de un principio constitucional de protección jurisdiccional plena y efectiva de los particulares ante la Administración.

El derecho fundamental de acceso al recurso de anulación pasa a referirse a cualquier acto lesivo de derechos de los particulares, abandonando la noción autoritaria de acto definitivo y ejecutorio, y situando el acento en la protección jurídica subjetiva. Lo que significa que, para «el legislador constituyente, la opción por un contencioso de tipo subjetivo se completa (...) con la ampliación del universo de los actos administrativos susceptibles de impugnación contenciosa», una vez que es «la necesidad de asegurar una protección plena y efectiva de los particulares ante la Administración lo que hace que la Constitución abandone la cláusula restrictiva clásica de los actos definitivos y ejecutorios, para pasar a deducir la recurribilidad en razón de un criterio, también subjetivo, que es el de la lesión de los derechos de los particulares, relacionados con la Administración en una relación jurídica administrativa»⁴⁶.

⁴² Vasco PEREIRA DA SILVA, «Breve C. de uma R. A.», *cit.*, en *Cadernos de J. A.*, *cit.*, p. 3.

⁴³ Vasco PEREIRA DA SILVA, «Breve C. de uma R. A.», *cit.*, en *Cadernos de J. A.*, *cit.*, p. 4.

⁴⁴ El artículo 268º, nº 4, según la versión constitucional de 1989, determinaba que «está garantizado a los interesados recurso contencioso con fundamento en ilegalidad, contra cualesquiera actos administrativos, independientemente de su forma, que perjudiquen sus derechos o intereses legalmente protegidos».

⁴⁵ De acuerdo con el artículo 268º, nº 5, en los términos de la reforma constitucional de 1989, «está asimismo siempre garantizado a los administrados el acceso a la justicia administrativa para la tutela de sus derechos o intereses legalmente protegidos».

⁴⁶ Vasco PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do A. A. P.*, *cit.*, p. 665.

También aquí se verifica una modificación del compromiso originario de la Constitución, conduciendo simultáneamente tanto a la subjetivización del recurso contencioso como a la transformación del acto administrativo. Ahora, según la Constitución, «pasan a ser recurribles, desde que (y siempre que) sean lesivos de derechos de los particulares, tanto los actos de resolución de un procedimiento como los actos preliminares o intermedios de ese mismo procedimiento; tanto los actos practicados por el superior jerárquico como los de los subalternos; tanto los actos de contenido regulador de una situación jurídica como los de naturaleza prestadora o conformadora, o lo que es lo mismo, tanto los actos de la Administración Agresiva como los de la Prestadora o Infraestructural»⁴⁷.

Pero la garantía de recurso contencioso se completa aún con un derecho fundamental de acceso a la justicia administrativa, independientemente del medio procesal (principal, accesorio o complementario) que esté en cuestión. Porque el contencioso administrativo no se agota en el recurso de anulación y porque cualquier derecho del particular necesitado de tutela, en el ámbito de una relación jurídica administrativa, debe encontrar un medio procesal adecuado para hacerlo valer. La relación entre los dos derechos fundamentales vuelve, por tanto, inequívoca la consagración del principio de la tutela plena y efectiva de los derechos de los particulares, que es la matriz del modelo constitucional de contencioso administrativo de naturaleza subjetiva, destinado a garantizar, en primer lugar, los derechos de los particulares en las relaciones jurídicas administrativas.

Tales transformaciones del compromiso constitucional con relación a lo contencioso administrativo no han encontrado todavía la necesaria realización en la práctica constitucional. Vale aquí la afirmación de que el contencioso administrativo, en lugar de «Derecho constitucional concretado» continúa siendo, en gran medida, «Derecho constitucional por concretar».

En primer lugar, no se ha producido, hasta el presente, ninguna gran reforma legislativa que concrete las opciones constitucionales, concretamente, que haya sido capaz de modificar el régimen jurídico de los diferentes medios procesales y (o) de crear nuevos medios destinados a asegurar la tutela plena y efectiva de los derechos de los particulares, así como de ampliar el universo de los actos recurribles a fin de compatibilizarlos con la noción de acto lesivo. Las normas surgidas desde entonces —la Ley de la Acción Popular, Ley n° 83/1995, de 31 de agosto, y el D. L. n° 229/1996, de 21 de marzo, que modifica el E.T.A.F.— se limitan a introducir modificaciones en aspectos parciales del contencioso administrativo, siempre en previsión de una futura reforma de lo contencioso administrativo que tarda en llegar.

⁴⁷ Vasco PEREIRA DA SILVA, «Breve C. de uma R. A.», *cit.*, en *Cadernos de J. A.*, *cit.*, p. 4.

La Ley nº 85/1995, de 31 de agosto, al regular el derecho fundamental de acción popular, ha venido a concretar las opciones constitucionales, desarrollando una vertiente objetiva del acceso a la justicia, particularmente relevante en el campo de lo contencioso administrativo. De hecho, la versión originaria de la Constitución de 1976 ya establecía, al lado del derecho de petición, un derecho de acción popular, «en los casos y en los términos establecidos en la ley» (artículo 49º, nº 2). Pero es la reforma constitucional de 1989 la que intensifica el contenido de ese derecho, determinando que incluye «concretamente el derecho de promover la prevención, la cesación o la persecución judicial de las infracciones contra la salud pública, la degradación del medio ambiente y de la calidad de vida o la degradación del patrimonio cultural, así como requerir la correspondiente indemnización para el afectado o afectados» (artículo 52.3)⁴⁸.

Para lo que ahora nos interesa, desde el punto de vista de lo contencioso administrativo, la formulación constitucional del derecho de acción popular «se presta a algunas dudas», ya que existe «una relativa confusión entre la tutela objetiva de la legalidad y del interés público, que está garantizada por la acción popular, y la tutela jurídico-subjetiva, para la defensa de derechos o intereses propios, que está garantizada por el derecho de acción de los titulares de derechos subjetivos y que constituye la finalidad primera de la existencia de medios procesales (artículo 20º y 268º, nº 4 CRP). Más en concreto, parece existir aquí una indistinción entre las figuras de la acción popular, de la acción colectiva y de la acción para la defensa de intereses individuales»^{49,50}.

La Ley de la Acción Popular agravó aún la «confusión entre la tutela objetiva y la protección subjetiva, ya presente en el texto constitu-

⁴⁸ La formulación dada a este artículo en la modificación constitucional de 1997 es la siguiente: «se otorga a todos, personalmente o a través de asociaciones de defensa de los intereses en cuestión, el derecho de acción popular en los casos y términos previstos por la ley, incluyendo el derecho de solicitar para el afectado o afectados la correspondiente indemnización, concretamente para:

a) Promover la prevención, la cesación o la persecución judicial de las infracciones contra la salud pública, los derechos de los consumidores, la calidad de vida, la preservación del ambiente y del patrimonio cultural;

b) Asegurar la defensa de los bienes del Estado, de las regiones autónomas y de las entidades locales»

⁴⁹ Vasco PEREIRA DA SILVA, *Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente*, Principia, Lisboa, 1997, p. 39.

⁵⁰ A la que se añade otra «mezcla explosiva», que se produce con la «asociación de la problemática de la responsabilidad civil a la materia de la acción popular», poniendo «en el mismo saco» «dos figuras (...) distintas y [que] poco o nada tienen en común (en el caso de la responsabilidad está en cuestión el resarcimiento de un daño; en el caso de la acción popular está en cuestión la ampliación del derecho de actuar en juicio, para la defensa de la legalidad o del interés público» (Vasco PEREIRA DA SILVA, *Responsabilidade da A. em M. de A.*, cit., p. 39).

cional. Pues parece integrar en el derecho de acción popular la acción para la defensa de intereses protegidos por ley» en los campos de la salud pública, del medio ambiente, del consumo de bienes y servicios, del patrimonio cultural (vide el artículo 1º, nº 1, de la Ley de la Acción Popular), «la cual constituye una modalidad de acción jurídico-subjetiva, de defensa de derechos o intereses propios (...), y que en esa perspectiva de protección subjetiva, se encontraba ya regulada en el artículo 53, nº 2, letra a)⁵¹ del Código de Procedimiento Administrativo»^{52,53}.

Interpretando literalmente, se podría decir que en ese campo el legislador parecía no haber hecho más que «barajar y repartir de nuevo», pasando a llamar acción popular a lo que hasta entonces era protección jurídica subjetiva, consecuencia de los derechos fundamentales, sin que eso implicase ninguna ampliación de la legitimación —lo que sería manifiestamente absurdo. De ahí que «no deje de ser irónico que tenga que ser yo, subjetivista «convicto y confeso», el que tenga que venir a salvar la acción popular (en cuanto instrumento de garantía de la legalidad y del interés público, a través de la ampliación de la legitimidad, que no constituye un sucedáneo, sino algo que refuerza la tutela jurídico-subjetiva, que es la razón de ser y la principal función de los medios procesales», proponiendo la interpretación correctora de la «previsión legal demasiado amplia del artículo 1º, cuando en su parte final dispone que la actuación de los ciudadanos y de las personas colectivas, en cuanto actores populares, tiene lugar «independientemente de que tengan o no interés directo en la demanda»⁵⁴.

Pues, en mi opinión, una cosa es la acción para la defensa de intereses propios, de individuos o de asociaciones, otra cosa es la acción

⁵¹ De acuerdo con el artículo 53º, nº 2 del Código de Procedimiento Administrativo, «se consideran también dotados de legitimación para la protección de intereses difusos»: «los ciudadanos a quienes la actuación administrativa provoque o pueda previsiblemente provocar perjuicios relevantes en bienes fundamentales como la salud pública, la vivienda, la educación, el patrimonio cultural, el medio ambiente, el ordenamiento del territorio y la calidad de vida» (letra a).

⁵² VASCO PEREIRA DA SILVA, *Responsabilidade A. em M. de A.*, cit., p. 40.

⁵³ Esto porque, como he escrito en otra ocasión, la ampliación de la legitimación procedimental operada por el Código de Procedimiento Administrativo, implica un «expreso reconocimiento legislativo de derechos de defensa de los particulares anclados en los derechos fundamentales», una vez que corresponde al «ámbito de aplicación de derechos fundamentales 8...), respectivamente del derecho a la protección de la salud (artículo 64º de la Constitución), del derecho a la vivienda (art. 65º de la Constitución), del derecho a la educación (artículos 73º y siguientes), del derecho al disfrute del patrimonio cultural como correlativo del deber del Estado de «promover la salvaguardia y fomento del patrimonio cultural» (artículo 78º, nº 2, letra c) de la Constitución), del derecho al medio ambiente y a la calidad de vida (artículo 66º de la Constitución) y del derecho a una ordenación del territorio que garantice el medio ambiente y la calidad de vida (artículo 66º, nº 2, letra b) de la Constitución)» (VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do A. A. P.*, cit., p. 283).

⁵⁴ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Responsabilidade A. em M. de A.*, cit., p. 40.

popular, destinada en primer lugar a la defensa de la legalidad y del interés público, pero que puede igualmente ser utilizada para la defensa de intereses homogéneos de personas o de grupos de personas, cuando se esté ante intereses privados indisociables, cuya individualización sea (teórica o prácticamente) imposible. Entendida en ese sentido, la acción popular representa una forma de ampliación de la legitimación, que refuerza la protección jurídica subjetiva, desarrollando la vertiente objetiva del contencioso administrativo⁵⁵.

Siendo cierto que, en términos constitucionales, la función y la naturaleza predominante del contencioso administrativo es de matriz subjetiva, eso no significa que, en un Estado de Derecho, no puedan existir mecanismos procesales, como los de la acción pública y de la acción popular, destinados en primera instancia a la realización de la tutela jurídica objetiva. La Ley de la Acción Popular viene, así, a regular un aspecto importante de la vertiente objetiva del contencioso administrativo, concretando la disposición constitucional que establece el derecho de acción popular, pero no pone término a los déficit de realización de la Constitución a través de la ley. Por el contrario, continúa subsistiendo la necesidad de dar cumplimiento a las disposiciones de la ley fundamental que establecen un sistema de contencioso administrativo que tiene como tarea la realización plena y efectiva de los derechos de los particulares en las relaciones administrativas.

El D.L. n° 229/1996, de 21 de marzo, estaba destinado a resolver los problemas de organización de los tribunales administrativos, creando el Tribunal Central Administrativo, como «instancia jurisdiccional intermedia entre los Tribunales Administrativos periféricos y el Supremo Tribunal Administrativo, destinada a recibir gran parte de las competencias (...) de este último, para descongestionar su creciente carga de trabajo» (según se decía en el preámbulo de la norma). Pero tal creación, si pudiese haber tenido sentido en la lógica constitucional de autonomización de la jurisdicción administrativa y en el marco de una reforma global del contencioso, surgía de forma aislada y sin ser capaz de afrontar las dos principales causas de disfunción en la organización de la Justicia administrativa, concretamente la situación de «esquizofrenia» en la que se encuentra el Supremo Tribunal Administrativo, consecuencia de la «confusión» en el mismo órgano jurisdiccional (...) de la competencia para decidir los litigios administrativos en primera y segunda instancia, en lugar de ser exclusivamente un tribunal de recurso, a semejanza de los demás tribunales supe-

⁵⁵ En mi opinión, la Ley de la Acción Popular establece reglas especiales de legitimación, aplicables a todos los medios procesales, sea del contencioso administrativo o no, sin que constituyan por tanto, una modalidad de «acción especial», por no tratarse de un medio procesal autónomo. Diferente es la posición de VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 123.

riores»⁵⁶ y «la ausencia de tribunales especializados en función de la materia en el ámbito de la jurisdicción administrativa»⁵⁷.

Lo que se ha hecho en el «actual reparto de competencias entre el Supremo Tribunal Administrativo y el Tribunal Central Administrativo [...] carece de fundamentación dogmática porque se basa en un simple criterio estadístico: se transfirieron al Tribunal Central Administrativo los recursos de los actos de los miembros del Gobierno referentes a la función pública simplemente porque eran los más numerosos en el Supremo Tribunal Administrativo» (Mário TORRES)⁵⁸. Por ello, el modelo seguido en la creación del Tribunal Central Administrativo, según escribí entonces, «se arriesga a ser una solución 'a medias tintas' —ni lógica, ni eficaz—, incapaz de resolver ni los problemas de congestión del actual volumen de trabajo del Supremo Tribunal Administrativo al padecer de entrada del mismo 'vicio de desdoblamiento funcional' por la acumulación de las funciones de tribunal de primera instancia y de tribunal de apelación, e incapaz de dar una respuesta satisfactoria a los litigios en materia de función pública (que constituyen, hoy en día, la mayor parte de los procesos de la justicia administrativa), por no ser un verdadero tribunal especializado en esa materia»^{59,60}.

En un balance provisional, ni la Ley de la Acción Popular ni las modificaciones al E.T.A.F., por su naturaleza aislada y parcelaria, fueron capaces de hacer disminuir el «foso» existente entre el modelo constitucional de contencioso administrativo y su realización administrativa. Se verifica aquí, por tanto, una situación de manifiesta inconstitucionalidad por omisión del legislador ordinario, que se resiste

⁵⁶ Lo que, como entonces escribía, «es la consecuencia de otra 'incongruencia' del sistema, desprovista hoy en día de ninguna justificación lógica, como es el acatamiento protocolario que hace que la apreciación en primera instancia de ciertos actos administrativos esté reservada al Supremo Tribunal Administrativo en razón de la importancia atribuida a los órganos que los han realizado» (Vasco PEREIRA DA SILVA, «Breve C. de uma R. A.», *cit.*, en *Cadernos de J. A.*, *cit.*, pp. 5 y 6).

⁵⁷ Vasco PEREIRA DA SILVA, «Breve C. de uma R. A.», *cit.*, en «Cadernos de J. A.», *cit.*, p. 6.

⁵⁸ Mário TORRES, «A Reforma do Contencioso Administrativo: Que Metodologia?», en *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 9, mayo/junio de 1998, p. 10. *Vide* también Carlos CADILHA, «Ainda a Reforma do Contencioso Administrativo», en *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 2, Marzo/abril, 1997, pp. 3 y ss..

⁵⁹ Vasco PEREIRA DA SILVA, «Breve C. de uma R. A.», en *Cadernos de J. A.*, *cit.*, p. 6.

⁶⁰ La solución a este problema debería haber pasado por «el «vaciamiento» de la competencia de primera instancia del Supremo Tribunal Administrativo, que podría ser atribuida al Tribunal Central Administrativo o a los Tribunales Administrativos periféricos, así como por la creación de tribunales administrativos especializados en el ámbito de la función administrativa, empezando por el campo de la Función Pública y pasando después a los campos del Urbanismo, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente. Por el contrario la tentativa de «matar dos pájaros de un tiro», o lo que es lo mismo, de buscar resolver tanto los problemas de 'exceso de carga' del Supremo Tribunal Administrativo como los de falta de un tribunal especializado en materia de función pública con un solo tribunal, corre el riesgo de no resolver ninguno de ellos o, insistiendo en la metáfora, de hacer que 'huyan los pájaros y se parta la escopeta'» (Vasco PEREIRA DA SILVA, «Breve C. de un R. A.», *cit.*, en *Cadernos de J. A.*, *cit.*, p. 7).

a cumplir los dictados constitucionales en materia de contencioso administrativo.

En segundo lugar, el contencioso administrativo es aún «Derecho constitucional por realizar» porque las manifiestas discrepancias entre las opciones de la Ley fundamental y lo dispuesto en la legislación reguladora de lo contencioso administrativo no han sido debidamente enfatizadas por la jurisprudencia (tanto de los Tribunales Administrativos como del Constitucional), a la cual, en éste como en otros dominios, ha preferido «quedar a la espera del legislador» en lugar de afirmar su poder creador del Derecho, a través de los juicios de inconstitucionalidad o de la interpretación conforme a la Constitución.

Véase el caso de la recurribilidad del acto administrativo. Ya antes se ha afirmado que la reforma constitucional de 1989 apartó la noción autoritaria de acto definitivo y ejecutorio, sustituyéndola por la de acto administrativo lesivo de derechos de los particulares como criterio de acceso al medio procesal del recurso de anulación. Dado que se trata de un derecho fundamental, de naturaleza análoga a los derechos, libertades y garantías, la consecuencia que se saca de tal modificación es que «la ley ordinaria no puede pretender ahora restringir el contenido del derecho fundamental de recurso contencioso, manteniendo las restricciones a ese derecho expresamente rechazadas por la Constitución, o creando otras restricciones no previstas en las disposiciones constitucionales relativas a los actos recurribles»⁶¹.

Siendo así, se comprende mal que la jurisprudencia (de los Tribunales Administrativos y del Tribunal Constitucional) continúe sin pronunciarse en el sentido de la inconstitucionalidad de las normas que establecen el recurso de alzada preceptivo. Y ello con el argumento de que «cuando la interposición de este recurso no obsta a que el particular interponga en el futuro, en caso de denegación, recurso contencioso, no habrá sido violado el derecho de acceso a los tribunales administrativos, tal como se establece en el artículo 268º, nº 4», una vez que, «en esta situación, el carácter previo de recurso de alzada tiene como efecto diferir el inicio del plazo para la interposición de recurso contencioso, sin restringirlo ni acarrear su inutilidad»⁶².

Este argumento, con el debido respeto, constituye una forma habilidosa de rodear el problema sin resolverlo, pues la inconstitucionalidad de las normas que imponen el recurso de alzada no está en aquellos casos en los que el particular utilizó ese medio administrativo, no siendo por ello perjudicado, sino en todos aquellos otros en los

⁶¹ Vasco PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do A. A. P.*, cit., p. 667.

⁶² Vide por todas la Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 499/96 (P. 383/93), de 20-3-1996, en *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 0, Noviembre/Diciembre de 1996, pp. 13 y ss.

que el particular ve precluida su posibilidad de recurso contencioso por no haber interpuesto en tiempo recurso de alzada frente al acto lesivo. Lo que parece ser una manifiesta violación del principio constitucional de la tutela plena y efectiva de los derechos de los particulares ante la justicia administrativa, ya que equivale a negar el derecho de acceso al recurso contencioso sólo porque no se utilizó previamente un medio administrativo, haciendo depender el acceso a la justicia de la utilización o no de las garantías administrativas (como en los tiempos del «pecado original» del contencioso administrativo, en la fase del «administrador-juez»)^{63,64}.

Sé perfectamente que la tarea de realización de la Constitución se dirige, en primer lugar, al propio legislador, el que, al no concretar las disposiciones constitucionales relativos al contencioso administrativo, está incurriendo en inconstitucionalidad por omisión. Pero eso no excusa a los tribunales y demás aplicadores del Derecho de su deber de realizar también la Constitución, a través de su aplicación, sobre todo cuando, como sucede entre nosotros, existe un sistema de fiscalización jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Y si se me permite el desahogo, no deja de ser una pena que los tribunales (tanto los administrativos, como el propio Tribunal Constitucional), en el campo de lo contencioso administrativo, se hayan quedado tantas veces a la zaga de la Constitución, tanto en lo que se refiere a medios principales como a accesorios.

⁶³ Pero no sólo. Según escribía en otra ocasión, «acerca de la inconstitucionalidad de las normas que establecen la exigencia de recurso jerárquico necesario podrían invocarse también muchos otros argumentos adicionales, concretamente la violación:

a) del principio constitucional de separación entre la Administración y la Justicia» (v. los arts. 111º, 202º y ss., 266º y ss. CRP), «por hacer precluir el derecho de acceso al tribunal en caso de no utilización de un medio administrativo (que no podrá ser más que facultativo);

b) del principio constitucional de desconcentración administrativa (art. 267º, nº 2 CRP), que implica la inmediata recurribilidad de los actos de los subalternos siempre que sean lesivos, sin perjuicio de la lógica del modelo jerárquico de organización administrativa, pues el superior continúa disponiendo de competencia revocatoria (art. 142º CPA);

c) del principio de la tutela efectiva (268º, nº 4 y 5º CRP), en razón de la preclusión de la posibilidad previa de recurso contencioso, en el caso de no interposición previa de recurso jerárquico necesario, en el plazo de un mes, el cual, por ser manifiestamente corto, podría equivaler, en la práctica, a la inutilización práctica de la posibilidad de ejercicio del derecho» (Vasco PEREIRA DA SILVA, «Breve Crónica de uma R. A.», en *Cadernos de J. A.*, cit., nota 6, pp. 4 y 5. Para un mayor desarrollo de la cuestión de la recurribilidad de los actos administrativos, vide Vasco PEREIRA DA SILVA, *Em Busca...*, cit., p. 629 y ss.

⁶⁴ En sentido diferente, vide VIEIRA DE ANDRADE, «Em Defesa do Recurso Hierárquico», en *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 0, Noviembre-Diciembre 1996, pp. 13 y ss.

5. LA «REVOLUCIÓN COPERNICANA» DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1997 Y LA REFORMA DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO QUE CONTINÚA PENDIENTE

La reforma constitucional de 1997⁶⁵ introdujo otra modificación en el compromiso constitucional en materia de contencioso administrativo, una vez más en el sentido de su plena jurisdiccionalización y subjetivización⁶⁶. Una vez que el legislador constituyente, además de reafirmar las grandes opciones de 1989 –las más importantes eran las siguientes: jurisdicción administrativa especial en el ámbito del poder judicial (artículo 209º de la Constitución), relaciones jurídicas administrativas como objeto del contencioso (artículo 211º, nº 3), recurribilidad del acto lesivo (artículo 268º, nº 4)–, regula ahora de forma novedosa la garantía constitucional de acceso a la justicia administrativa, incluyendo en ella expresamente el derecho fundamental a la impugnación de normas (que, de esta forma, también se subjetiviza, a pesar de referirse a actuaciones genéricas), en el nº 5 del artículo 268º, y enunciando los demás medios procesales del contencioso administrativos, como instrumentos al servicio del derecho a la tutela plena y efectiva de los derechos de los particulares, en el nº 4 del artículo 268º⁶⁷.

No se trata aquí de una simple cuestión de «ordenación» de las materias reguladas, en una perspectiva meramente formal, sino de una alteración material del entendimiento del derecho fundamental de acceso a la justicia administrativa. Pues «ahora, de acuerdo con el artículo 268º, nº 4, la lógica de todo el contencioso administrativo, se-

⁶⁵ La reforma constitucional de 1992 no introdujo ninguna modificación en el sistema constitucional del contencioso administrativo.

⁶⁶ Sobre la reforma constitucional de 1997 *vide* DUARTE DE ALMEIDA / Cláudio MONTEIRO / MOREIRA DA SILVA, «A Caminho da Plenitude da Justiça Administrativa», en *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 7, enero-febrero 1998, pp. 3 y ss.

⁶⁷ Según el artículo 268º, nº 4 de la Constitución: «se garantiza a los interesados la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legalmente protegidos, incluyendo, en concreto, el reconocimiento de esos derechos o intereses, la impugnación de cualesquiera actos administrativos que los perjudiquen, independientemente de su forma, la determinación de la práctica de actos administrativos legalmente debidos y la adopción de medidas cautelares adecuadas». Por su parte el artículo 268º, nº 5, establece que «los ciudadanos tienen igualmente derecho de impugnar las normas administrativas con eficacia externa lesivas de sus derechos o intereses legalmente protegidos». Según el artículo 268º, nº 4 de la Constitución: «se garantiza a los interesados la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legalmente protegidos, incluyendo, en concreto, el reconocimiento de esos derechos o intereses, la impugnación de cualesquiera actos administrativos que los perjudiquen, independientemente de su forma, la determinación de la práctica de actos administrativos legalmente debidos y la adopción de medidas cautelares adecuadas». Por su parte, el artículo 268º, nº 5, establece que «los ciudadanos tienen igualmente derecho de impugnar las normas administrativas con eficacia externa lesivas de sus derechos o intereses legalmente protegidos».

gún el modelo constitucional, gravita en torno a la tutela judicial plena y efectiva de los derechos de los particulares, debiéndose organizar en función de ese principio los diferentes medios procesales, principales y accesorios, ya sean destinados al reconocimiento de derechos, a la impugnación de actos lesivos, a la condena de la Administración, o a la protección cautelar de los derechos de los sujetos procesales. Ironizando, se podría decir que se produce aquí una especie de 'revolución copernicana' en el modo en el que se formula la garantía constitucional de acceso a la justicia administrativa, una vez que ahora pasan a ser los diferentes medios procesales los que 'giran' alrededor del principio de la tutela plena y efectiva de los particulares y no al contrario»⁶⁸.

Más todavía. Para el legislador constituyente la protección plena y efectiva de los derechos de los particulares se garantiza a través de sentencias cuyos efectos van de la simple apreciación y reconocimiento de derechos, a la condena —expresamente admitida mediante la fórmula de la «determinación de la práctica de actos administrativos legalmente debidos»— de la Administración, pasando por la anulación de los actos administrativos, así como de las adecuadas medidas cautelares.

Nótese bien que la Constitución establece los rasgos generales del modelo de contencioso administrativo, pero no es una ley de proceso, por lo que lo que está aquí en cuestión no son los medios procesales (recurso de anulación, acciones de responsabilidad, acciones para reconocimiento de derechos...), sino los efectos de las sentencias (anulación, reconocimiento de derechos, determinación de la práctica de actos administrativos debidos...), los cuales tanto se pueden obtener a través de los medios preexistentes como de otros que se creen. Lo que significa que han sido superados todos los «complejos de la infancia difícil» del contencioso administrativo, que nació como un «recurso de alzada jurisdiccionalizado» en el que los poderes del juez estaban limitados a la anulación de los actos administrativos, para pasar a considerarse que los efectos de las sentencias de los tribunales administrativos no poseen ninguna limitación «natural» o «congénita», sino que deben tener como criterio y medida (la plenitud y efectividad de) los derechos de los particulares necesitados de tutela.

Tales opciones del legislador constituyente, consistentes en un derecho fundamental de acceso a la justicia administrativa, de naturaleza análoga a los derechos, libertades y garantías, son de aplicación inmediata (artículo 18º de la Constitución), por lo que implican, desde luego, la posibilidad de que los particulares soliciten, y de que las sentencias determinen, los mencionados efectos jurídicos, a través de los medios procesales actualmente existentes. Lo que significa, por ejem-

⁶⁸ Vasco PEREIRA DA SILVA, «A Acção para o Reconhecimento de Direitos», en *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 16, julio-agosto de 1999, p. 43.

plo, que los particulares deben poder obtener la condena de la Administración a través no sólo de las acciones en materia de contratos y de responsabilidad administrativa, sino también mediante la acción para el reconocimiento de derechos e incluso a través del recurso directo de anulación⁶⁹ —siempre y cuando se trate de la apreciación del ejercicio de poderes vinculados, en el respeto al «límite derivado del núcleo esencial del poder discrecional», que impide al juez «ordenar a la Administración a aquello que la ley reserva a la Administración como juicio propio y poder de decisión autónomo de la misma» (VIEIRA DE ANDRADE)⁷⁰.

Pero la aplicabilidad inmediata de las normas constitucionales en materia de acceso a la justicia no excusa la, cada vez más, necesaria intervención del legislador para poner en práctica el modelo de contencioso administrativo de la ley fundamental. Pues si ante el texto de la reforma de 1989 se debería considerar que existía una situación de inconstitucionalidad por omisión con relación a la justicia administrativa, ahora el «desfase» del legislador ordinario con relación a la ley fundamental tiene ya un «atraso» de dos reformas, por lo que tal vez haya que inventar una nueva figura, la de la inconstitucionalidad por omisión «agravada», para caracterizar un fenómeno de «reiterada indiferencia» con respecto a la Constitución.

Pero si la reforma es «urgente», tal y como diagnosticó la «comunidad de los administrativistas» reunidos en Guimarães, en abril de 1999, en la reunión organizada por los *Cadernos de Justiça Administrativa*, es también «imprescindible que (...) [en ella] participen todos los actores de la justicia administrativa, lo que implica la previa

⁶⁹ Véase lo que escribí, en otro momento, a propósito de este medio procesal, considerando que «al hablar de las sentencias del recurso directo de anulación, no se está hablando simplemente de sentencias anulatorias, sino que, bajo este mismo rótulo, se encuentran también sentencias condenatorias y de simple apreciación». Además, en lo que se refiere a la posibilidad de condena de la Administración a través del recurso que «eso sucede en los casos en que el *petitum* sea, formalmente, el de anulación de un acto administrativo cuya práctica corresponda al ejercicio de poderes vinculados, en cuanto a la oportunidad y en cuanto al modo de ejercicio, o cuando se recurra una omisión ilegal bajo la forma de un acto tácito, teniendo ésta la obligación legal de practicar el acto administrativo requerido por el particular. En ambos casos, por fuerza de la Sentencia, la Administración queda obligada a un comportamiento concreto con relación al particular, determinado de forma precisa» (Vasco PEREIRA DA SILVA, *Para um Contencioso A. dos P. - E. de uma T. S. do R. D. de A.*, cit., pp. 232 y 233).

⁷⁰ VIEIRA DE ANDRADE, «Relatórios de Síntese», en *Cadernos, de Justiça Administrativa*, n° 16, julio-agosto 1999, p. 83. Y el autor continúa diciendo, en términos con los que coincido plenamente y que están de acuerdo con lo que vengo defendiendo, que «en todo lo que va más allá del juicio y del poder discrecional en el caso concreto, en todo ello, el juez no debe tener, y creo que estamos todos de acuerdo con relación a eso, el mínimo problema en condenar o en dirigir mandamientos a la Administración, si están en cuestión aspectos vinculados, cuando la ley imponga un determinado tipo de actividad administrativa, concretamente, cuando estén en cuestión derechos y sobre todo derechos líquidos y ciertos, por parte de los particulares».

elaboración de un proyecto por docentes universitarios, magistrados, abogados y otros especialistas de esta área, (...) posteriormente sometido a discusión pública», además de ser imperioso, que «tal reforma no se limite a una lista de disposiciones aisladas y desconexas, dictadas por problemas coyunturales, sino que se proceda a una reconstrucción coherente del sistema, en los planos de los principios y valores de la justicia y de la dogmática administrativa»⁷¹.

De hecho, al legislador de lo contencioso administrativo le cabe, en la concreción de las grandes opciones constitucionales en materia de justicia administrativa, optar por una de dos vías posibles:

- a) La de reconducir cada uno de los efectos de las sentencias, referidos en la ley fundamental, a un medio procesal autónomo (por ejemplo, limitando la acción para el reconocimiento de derechos a una acción de simple apreciación, acantonando el recurso a la impugnación de actos administrativos y creando una nueva acción para condena de la Administración a la práctica de actos legalmente debidos, además de mantener el resto de medios procesales), aproximando el contencioso administrativo al proceso civil, a la manera del Derecho alemán⁷².
- b) O, por el contrario, la de aumentar expresamente el ámbito de aplicación de los actuales medios procesales (concretamente, a través de la previsión expresa de la posibilidad de que el juez dicte sentencias de simple apreciación, constitutivas y de condena, en el ámbito de los ya existentes recurso y acción para reconocimiento de derechos, al lado de los demás medios, siguiendo los ejemplos del Derecho italiano⁷³ o de la reciente reforma del Derecho español⁷⁴.

Cualquiera de estas alternativas cabe en la «discrecionalidad», o «margen de decisión» del legislador, pues tan importante como la

⁷¹ Vide el «Manifiesto de Guimarães Sobre a Justiça Administrativa», en *Cadernos de J. A.*, cit., n.º 16, pp. 67 y 68.

⁷² Vide, por todos, FRIDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, 2.º edición, Beck, München, 1996; WOLF-RUEDIGER SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, 6.º edición, Müller, Heidelberg, 1998; Schmitt GLAESER, *Verwaltungsprozessrecht*, 14.º edición, Boorbert, Stuttgart / München / Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 1997.

⁷³ Vide, por todos, MAZZAROLLI, «Giustizia Amministrativa», en MAZZAROLLI / PERICU / ROMANO / ROVERSI MONACO / SOCA, *Diritto Amministrativo*, vol. II, Monduzzi Editore, Bologna, 1993, pp. 1427 y ss.

⁷⁴ Sobre la reciente reforma del Derecho español vide GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*; MEILÁN GIL, «La Reforma de la Justicia en España», en *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 13, enero-febrero 1999, pp. 3 y ss.; VARIOS, *La reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1995.

elección de una o de otra es la coherencia y la operatividad del sistema de contencioso administrativo, de modo que se adecúe a la realización del principio constitucional de la tutela plena y efectiva de los derechos de los particulares ante la Administración. Así pues, lo necesario es que, de una vez por todas, se haga del contencioso administrativo un «Derecho constitucional concretado».

Pero mientras se espera que el legislador se decida a dar cumplimiento a la Constitución, continúan surgiendo normas aisladas. Tal es el caso del Decreto-Ley 139/1998, de 15 de mayo (que transpone al orden jurídico portugués la Directiva nº 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre), relativo a la a formación de los contratos de realización de obras públicas, de prestación de servicios y de suministro urgente, que consagra, entre otras cosas: «una forma de recurso urgente contra todos los actos administrativos ofensivos de derechos o intereses legalmente protegidos (...), en sede de formación de los citados contratos; y la creación de medidas provisionales, también de carácter urgente, destinadas a impedir que se causen otros daños a los intereses protegibles» (Maria João ESTORNINHO)⁷⁵.

En los tiempos que corren, permítaseme la ironía, hay que saludar siempre que las leyes de proceso administrativo se «acuerden» de la Constitución, como aquí sucedió, ya que «con relación al recurso contencioso de los actos de procedimiento de formación de los contratos (...), el legislador intencionadamente trajo a colación, en materia de procedimiento precontractual (...) el principio constitucional de recurribilidad de los actos administrativos, pasando hoy, en esta materia como en las restantes, a ser susceptibles de recurso contencioso los actos administrativos 'lesivos'»⁷⁶. Un recurso célere éste que, como es obvio, tiene que ser integrado con los demás medios procesales e interpretado a la luz del principio constitucional de la tutela plena y efectiva de los derechos de los particulares, por lo que no puede sustituir ni precluir la posibilidad de utilización de las demás garantías jurisdiccionales, ya se trate de acciones en materia de contratos, ya del recurso contra actos separables.

También es de saludar el tratamiento legislativo de las medidas cautelares como parte integrante del principio de la tutela plena y

⁷⁵ Maria João ESTORNINHO, «A Propósito do Decreto-Lei nº 134/98, de 15 de Maio, e das Alterações Introduzidas ao Regime de Contencioso dos Contratos da Administração Pública», en *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 11, septiembre-octubre 1998, p. 3. Vide también Bernardo AYALA, «A Tutela Contenciosa dos Particulares em Procedimentos de Formação de Contratos da Administração Pública», en *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 14, marzo-abril 1999, pp. 3 y ss.

⁷⁶ Maria João ESTORNINHO, «A Propósito do Decreto-Lei nº 134/98, de 15 de Maio, e das Alterações Introduzidas ao Regime de Contencioso dos Contratos da Administração Pública», en *Cadernos de Justiça Administrativa*, cit., p. 4.

efectiva de los derechos de los particulares, como manda la Constitución, de modo que se permita «dar utilidad práctica a la anulación jurisdiccional de actos procedimentales»⁷⁷. Ahora sólo falta esperar que la jurisprudencia también se «acuerde» de la Constitución y conceda tales «medidas provisionales», lo que implica «una modificación en la lógica de la ponderación de las razones que deben llevar a la suspensión del procedimiento precontractual (liberándose los jueces de los argumentos normalmente utilizados a propósito de la suspensión jurisdiccional de la eficacia de los actos administrativos)»⁷⁸.

Pero parece haberse «olvidado» de la Constitución el legislador del recentísimo Código de Procedimiento y de Proceso Tributario (Decreto-Ley nº 433/99, de 26 de octubre)⁷⁹. No es ésta la ocasión de analizar esta norma relativa al procedimiento y proceso tributario, pero no puedo dejar en primer lugar, cuestionar la oportunidad de tal norma, que surge desgarrada de la reforma global del contencioso administrativo, como si los tribunales administrativos y los económico-administrativos no se integrasen en la misma jurisdicción.

Pero lo que aún es más grave es que una norma que versa sobre derechos, libertades y garantías de los particulares, puesto que regula el estatuto jurídico de los particulares tanto en el procedimiento como en el proceso tributario, y como tal es materia de reserva relativa de la Asamblea de la República (artículo 165º, nº1, letra a) de la Constitución), provenga del Gobierno sin que se haya producido la necesaria ley de autorización legislativa, padeciendo de inconstitucionalidad formal. A lo que se le aumenta el «anacronismo» de juntar en la misma ley procedimiento y proceso, pareciendo que se quiera regresar a los tiempos del «pecado original» de lo contencioso administrativo, al establecer, en muchas de sus normas, la «confusión» y la «promiscuidad» entre los dominios de la Administración y la Justicia⁸⁰ (v.g. artículos 103º, 110º, 111º, 114º, 117º, 131º, 149º, 276º, 279º), en términos que no pueden dejar de plantear problemas de inconstitucionalidad material (por violación del principio constitucional de separación en-

⁷⁷ Maria João ESTORNINHO, «A Propósito do Decreto-Lei nº 134/98, de 15 de Maio, e das Alterações Introduzidas ao Regime de Contencioso dos Contratos da Administração Pública», en *Cadernos de Justiça Administrativa*, cit., p. 8.

⁷⁸ Maria João ESTORNINHO, «A Propósito do Decreto-Lei nº 134/98, de 15 de Maio, e das Alterações Introduzidas ao Regime de Contencioso dos Contratos da Administração Pública», en *Cadernos de Justiça Administrativa*, cit., p. 9.

⁷⁹ En los términos del nº 1 del artículo 4º, «el Código de Procedimiento y Proceso Tributario entra en vigor el 1 de enero de 2000».

⁸⁰ Que no se alegue como «disculpa de mal pagador» que tal «confusión» entre Administración y Justicia, de alguna manera, ya estaba presente en legislación anterior, pues la tarea de elaboración de un código, como de cualquier texto legal nuevo, no debe «copiar errores pasados», y mucho menos «despreciar» o «scr indiferentes» a los valores y a las disposiciones constitucionales.

tre Administración y Justicia derivado de los artículos 111º, 202º y siguientes, y 266º y siguientes de la Constitución).

Es tiempo de terminar. Haciendo votos para que el cambio de siglo –y de milenio– pueda finalmente hacer del contencioso administrativo portugués «Derecho constitucional concretado» y ya no «por concretar»...

