

## PRODUCCION NORMATIVA GUBERNAMENTAL: PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS

Por JOÃO SALIS GOMES

1. Recientemente ha sido creada en Portugal, en el ámbito de la Presidencia del Consejo de Ministros, una estructura permanente especializada orientada a garantizar la necesaria coordinación entre las iniciativas legislativas oriundas de los distintos ministerios, así como su soporte técnico-jurídico.

Se trata del Centro de Estudios Técnicos y de Apoyo Legislativo (CETAL), cuyas atribuciones aparecen definidas en el artículo 3 del Decreto-ley número 73/87, de 13 de febrero, en los siguientes términos:

- a)* Estudio de los proyectos de disposiciones que han de ser sometidos a aprobación del Gobierno;
- b)* colaboración, cuando sea solicitada por los miembros del Gobierno, en la preparación de anteproyectos y proyectos de disposiciones;
- c)* redacción final de los actos normativos aprobados en Consejo de Ministros, o de cualesquiera otros que a tal efecto le hayan sido sometidos;
- d)* estudios generales de política legislativa y de su correspondiente encuadramiento administrativo;
- e)* emisión de dictamen sobre proyectos de disposiciones que en los términos del reglamento del Consejo de Ministros sean susceptibles de presentación de sugerencias;
- f)* recogida y análisis de elementos sobre la aplicación de los actos normativos del Gobierno.»

A lo largo de los años, diversos órganos consultivos se han empeñado en la tarea de mejorar la calidad técnica de las leyes. El CETAL surgió como resultado de la transferencia a Presidencia del Consejo del Gabinete de Apoyo Técnico Legislativo (GATL), concebido y ubicado en el Ministerio de Justicia por Decreto-ley número 245/84, de 19 de julio. Ha sido objeto de una amplia discusión, de naturaleza generalmente más política que científica, el papel que, en este ámbito, debe corresponder a la Presidencia del Consejo y al Ministerio de Justicia. Nada obliga a que el mejor punto de vista sobre la cuestión se identifique con la defensa de soluciones alternativas antagónicas.

En tal plano de equilibrio se sitúa, por ejemplo, la ponderada tesis de Marcelo Rebelo de Sousa, antiguo secretario de la Presidencia del Consejo de Ministros, que, en el ámbito del curso sobre elaboración de las leyes que el Instituto Nacional de Administración viene organizando, sostuvo que

«en este dominio se podía ir a una fórmula que permitiese, en el plano de los anteproyectos, no sobrecargar excesivamente a la Presidencia del Consejo de Ministros y dar al Ministerio de Justicia un papel más amplio. Siempre que la Presidencia del Consejo de Ministros tuviese la posibilidad de realizar exigimiento político esencial de los anteproyectos, no sobrecargándola con las valoraciones técnico-jurídicas. Pero —añade Rebelo de Sousa— pienso que es más difícil, en una fase posterior de proceso, en la fase de verdadero proyecto, que la Presidencia del Consejo de Ministros no diga la última palabra en materia técnico-jurídica. Y en este caso sería a la inversa. Por tanto, en esta fase ulterior, sólo excepcionalmente, a petición de la Presidencia del Consejo de Ministros o de otros departamentos gubernamentales, es cuando se produciría la intervención del Ministerio de Justicia» (1).

Independientemente de su localización en el seno del Gobierno, la aparición de órganos como el GATL y el CETAL significa que por parte del poder político existe voluntad de superar las deficiencias y limitaciones técnicas hoy tan evidentes para cualquiera que tenga acceso a la elaboración de las leyes y reglamentos. Pero significa también, al menos así lo esperamos, una toma de conciencia en cuanto a la necesidad de ver la producción normativa gubernamental como una verdadera política pública, es decir, utilizando la definición de Jean-Pierre Nioche, como

---

(1) MARCELO REBELO DE SOUSA: «A Elaboração dos Decretos-leis Avulsos», en *A Feitura das Leis*, vol. I, Instituto Nacional de Administração, Oeiras, 1986, pág. 173.

«una secuencia de acciones que comporta la producción de una respuesta más o menos institucionalizada a una situación que se considera problemática» (2).

Naturalmente, pueden existir aspectos normativos en cualquier política pública. Aquí, sin embargo, nos remitimos al hecho de que debe ser autonomizada la producción normativa gubernamental como objeto principal de una política pública, como las otras, que se persigue a través de acciones políticas, legislativas y administrativas. Estas acciones, formando un proceso complejo y dinámico, que recibe contribuciones de sus varios componentes, permitirán solucionar los problemas pendientes.

Desde esta perspectiva, la existencia de CETAL constituye un elemento, ciertamente importante, de cara a conferir mayor rigor a los textos normativos publicados en el *Diario de la República*, pero sólo alcanzará su pleno sentido integrada en un programa de actuación del ejecutivo que, elaborado teniendo en cuenta los efectos previsibles de las medidas a tomar en campos muy diversificados, contemple un vasto abanico de cuestiones, definiendo claramente los fines a alcanzar y los medios imprescindibles para ello.

En términos de análisis académico podemos decir que, en el sentido descrito, y recurriendo a un estimulante trabajo de Jean-Louis Quermonne sobre las políticas institucionales, la producción normativa gubernamental integrará la categoría de las políticas reguladoras, exactamente aquellas que, según el autor, definen «instituciones-reglas» en la medida en que versan fundamentalmente sobre «la producción de normas o estatutos» (3).

2. No es fácil proceder al análisis exhaustivo de los problemas que afectan a la producción normativa gubernamental, porque se sitúan en planos muy diferentes: sí por un lado interesa racionalizar y perfeccionar todo el procedimiento que va desde la decisión de legislar a la publicación oficial de las disposiciones, con un importante papel de aspectos conexos, por otro hay que responder sobre una base técnica, pero también política, a cuestiones tan candentes como la de la «inflación legislativa».

En relación con este último punto es interesante destacar que, según Pedro Santana Lopes, secretario de Estado de la Presidencia del Consejo de

---

(2) JEAN-PIERRE NIOCHE: «Science administrative, management public et analyse des politiques publiques», en *Revue Française d'Administration Publique*, núm. 24, París, octubre-diciembre 1982, pág. 19.

(3) JEAN-LOUIS QUERMONNE: «Les politiques institutionnelles. Essai d'interprétation et de typologie», en MADELEINE GRAWITZ y JEAN LECA: *Traité de Science Politique*, vol. 4: *Les politiques publiques*, París, 1985, en especial págs. 79 y sigs.

Ministros, «no ha sido tarea fácil imponer la necesaria contención en el recurso a la forma legislativa o a la decisión del Consejo de Ministros», aunque los datos disponibles ponen de manifiesto «de algún modo el éxito del esfuerzo llevado a cabo» (4).

Fenómeno que obviamente no es exclusivo de Portugal, la «inflación legislativa» está en el punto de mira de las autoridades competentes de cara a limitar su alcance. Con todo, aunque sea posible mejorar la situación actual en lo relativo a la utilización abusiva de la ley, la verdad es que la producción normativa gubernamental siempre planteará, con inevitable abundancia —ahora aumentada por la adaptación del Derecho portugués al Derecho comunitario—, graves problemas a quien, por deber de oficio o necesidad personal, se vea en la contingencia de definir con absoluto rigor cuáles son los preceptos aplicables a casos cuya diversidad no refleja más que el prodigioso espíritu creador de lo cotidiano.

Tales problemas resultan, como es obvio, de las naturales dificultades planteadas por situaciones nuevas y complejas, pero traducen también una deficiente y desactualizada técnica legislativa, tanto en el plano de la redacción como en el de la ordenación de los textos producidos.

En cuanto al primer aspecto, donde el CETAL puede tener una última palabra, son manifiestas las imprecisiones y oscuridades que caracterizan a una parte significativa de los actos normativos, generando ambiguos problemas de interpretación en puntos en los que una redacción clara haría posible soluciones correctas y unívocas.

Hay disposiciones en las que, tal vez porque una perversa tentación de caos sacude a sus autores, se revoca todo lo que de pertinente sobre el asunto haya surgido a lo largo de los años en leyes y reglamentos no especificados.

En lo relativo al segundo aspecto, es importante el hecho de que la proliferación normativa no va acompañada de un esfuerzo de compilación que haga más accesibles los textos diariamente publicados en el *Boletín Oficial* y que permita conocer el Derecho vigente sin margen de dudas absolutamente evitables. Tal esfuerzo, si se realiza con la dimensión y periodicidad adecuados, beneficiaría grandemente la determinación rápida y segura de las reglas aplicables a cada situación, contribuyendo a alejar los riesgos derivados de la dispersión de las fuentes y de la inseguridad en cuanto al complejo normativo que en cada momento integra el orden jurídico. Empresa difícil, sobre todo en la medida en que se tenga intención de proclamar el Derecho vigente, el trabajo de compilación deberá actualmente implicar la utilización

---

(4) PEDRO SANTANA LOPES: *Centro do Governo. Contributos para o seu reforço*, Presidência do Conselho de Ministros, Lisboa, 1987, pág. 9.

de medios informáticos, utilización en este campo en Portugal prometedora pero todavía incipiente.

Además de las compilaciones, otra guía fundamental necesaria para la construcción de una buena documentación legislativa es la codificación. En términos ideales supone, reflejando las enseñanzas de los grandes códigos del siglo pasado, una dogmática jurídica tan sólida como adecuada a la realidad. Pero —y pensemos en el Derecho administrativo actual— existen zonas fundamentales del ordenamiento jurídico donde no es posible utilizar ya categorías teóricas cuya matriz ha ido envejeciendo el tiempo y que pertenecen a la historia. Interesa, en estas hipótesis, ponderar si el coste previsible de algunas rigideces en los planos legal y doctrinario, que constituye secuela habitual de la codificación, no es superable a través de las ventajas específicas que le son inherentes: por un lado, un más fácil conocimiento del Derecho en cuestión y de sus grandes principios, permitiendo valorar mejor los efectos de la inserción de nuevas reglas en el ordenamiento jurídico existente, lo que en última instancia constituye un elemento de sentido democrático, y por otro lado una más perfecta visión de conjunto, obtenida a partir de un lenguaje común y de una sistemática científica que eviten discrepancias entre las diversas fuentes.

3. La definición de una política pública que concrete el mejor desarrollo posible para la producción normativa gubernamental implica la toma en consideración de múltiples problemas. Escogimos, entre muchos otros, un caso en el que resulta evidente la contradicción entre lo dispuesto en un decreto-ley y el contenido de una resolución del Consejo de Ministros en cuanto a la forma que debe adoptar determinado acto administrativo con repercusiones en la Administración pública. Es decir, que mientras la primera disposición apunta a que el referido acto administrativo adopte la forma de resolución del Consejo de Ministros, el segundo admite un mero desempeño conjunto del Primer Ministro y de otros dos miembros del Ejecutivo.

Estamos ante una cuestión en cierta medida paradigmática, cuya solución pasa por el análisis del problema de la jerarquía normativa.

Las resoluciones del Consejo de Ministros son una de las formas posibles en la elaboración de reglamentos del Gobierno. La Constitución portuguesa no distribuye entre los órganos individuales (Primer Ministro, ministros, secretario y subsecretarios de Estado) y los órganos colegiados (Consejo de Ministros en pleno y especializados) que constituyen el Gobierno, o en los que éste se desdobra a efectos del desempeño de sus funciones, la competencia reglamentaria a la que se alude en los apartados c) y g) del artículo 202.

Hay, por ello, que atender a lo establecido en el número 6 del artícu-

lo 115, donde se dice que los reglamentos del Gobierno revisten la forma de decreto reglamentario cuando así haya sido determinado por la ley que reglamenten, así como en el caso de los reglamentos independientes. Así, las resoluciones del Consejo de Ministros pueden solamente contener reglamentos de ejecución o simplemente reglamentos internos.

Surgieron, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, algunas dudas en cuanto a la legitimidad de que el Gobierno emita actos normativos bajo la forma de resolución del Consejo de Ministros. Creemos, sin embargo, que frente al apartado g) del número 1 del artículo 203 de la Constitución, en el que se otorga al Consejo de Ministros competencia para deliberar sobre todos los asuntos que correspondan a la competencia del Gobierno, competencia que incluye, en los términos del apartado c) del artículo 202, la elaboración de los reglamentos necesarios para una buena ejecución de las leyes, nada impide la aprobación por el Consejo de Ministros de resoluciones conteniendo reglamentos, con o sin eficacia externa.

A este propósito escriben Gomes Canotilho y Vital Moreira:

«Los actos del Consejo de Ministros de eficacia externa, que no revistan una forma particular (decreto-ley, reglamento, etc.), deben revestir la forma de resolución, que es la forma corriente de los actos de los órganos colegiados, y que, de este modo, puede cubrir una gran variedad de actos (normas reglamentarias, decisiones políticas, actos administrativos, etc.)» (5).

Así, las resoluciones del Consejo de Ministros no son necesariamente ni actos no normativos ni actos internos del Gobierno, pudiendo, en su caso, estar sujetas a control jurisdiccional. A favor de esta última postura milita el hecho de que las resoluciones del Consejo de Ministros son objeto de publicación en el *Diario de la República*, como resulta del apartado e) del número 1 del artículo 3 de la Ley número 6/83, de 29 de julio (publicación, identificación y formulario de las disposiciones) (6).

El contenido de la resolución del Consejo de Ministros que suscita esta

---

(5) J. J. GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.º vol., Coimbra, 1985, pág. 306.

(6) Sobre el problema de la naturaleza jurídica de las resoluciones, véase en particular el dictamen número 1/80 de la Comisión constitucional, en *Dictámenes de la Comisión Constitucional*, vol. II, págs. 44 y sigs., así como SERVULO CORREIA: *Noções de Direito Administrativo*, Lisboa, 1982, págs. 100 y sigs., y J. J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional*, Coimbra, 1986, págs. 681 y sigs. También una breve referencia en MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA: *Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, 1984, pág. 131.

reflexión permite decir con claridad que estamos ante un reglamento interno, es decir, una norma jurídica dimanada de un órgano administrativo, en el desempeño de su función administrativa, cuya eficacia se agota en el ámbito de la propia Administración, sin repercusión directa en las relaciones entre ésta y los particulares (7).

El reglamento interno en cuestión constituye, al imponer a los actos administrativos que autoriza una forma diferente de la exigida por la ley anterior, un verdadero reglamento *contra legem*, lo que contraviene el principio de jerarquía de las fuentes del Derecho en cuanto a la preferencia o preeminencia de la ley respecto a toda la actividad normativa de la Administración, principio consagrado en el artículo 115 de la Constitución. Hay, efectivamente, en la producción de reglas jurídicas un efecto de congelación del grado jerárquico que no permite que una norma nueva sustitutiva, modificativa o derogatoria de otra tenga una jerarquía normativa inferior a la de la norma que pretende alterar, derogar, modificar o sustituir. Tal congelación de rango jerárquico, en los términos en que aparece constitucionalmente definido, no impide ciertos fenómenos de degradación normativa, pero los disciplina con rigor.

Según la notable exposición de Villar Palasí (8), la degradación normativa se puede producir por tres vías distintas: por previsión de la propia norma, autodegradación; por disposición de una ley diferente, heterodegradación y deslegalización, y por estipulación de una norma de jerarquía inferior, que, sin contradecir la del nivel superior, se autolimita en la *potestas domestica*.

La legitimidad constitucional de la autodegradación normativa no suscita, naturalmente, problemas. Se traduce en la existencia de leyes en las que, adoptando la técnica de la incorporación normativa por referencia, se limita la respectiva aplicación a lo que no sea contrario a los tratados o convenciones internacionales en vigor. Más complejas son las cuestiones planteadas por la heterodegradación normativa y por la deslegalización.

La heterodegradación consiste en el reenvío normativo de la ley a la Administración de cara a que ésta ejecute o complemente sus preceptos. Los reglamentos así producidos violan el principio de tipicidad de las leyes definido en el número 5 del artículo 115 de la Constitución, en la medida en que

---

(7) Seguimos de cerca las definiciones de AFONSO RODRIGUES QUEIRO: «Teoría dos Regulamentos», en *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Coimbra, 1980, año XXIII, págs. 1, 5 y 6.

(8) JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1972, págs. 314 y sigs., y *Derecho Administrativo*, Madrid, 1986, págs. 335 y sigs.

se integran en el acto legislativo que ejecutan o complementan, es decir, en la medida en que se les pretenda atribuir idéntica fuerza legal.

Estaremos entonces ante reglamentos delegados, figura inequívocamente inconstitucional.

Nada impide, sin embargo, el reenvío normativo en que la norma reglamentaria ejecutora o complementaria continúe siendo una norma separada y cualitativamente diferente de la norma legal. Tal reenvío siempre estará sujeto a los límites constitucionales de reserva de ley, en el ámbito de la cual sólo podrán ser remitidos al reglamento aspectos secundarios, lo que no implica el reconocimiento legal de ninguna reserva reglamentaria, pues está en vigor el principio de preeminencia de la ley.

En cuanto a la deslegalización, uno de los caminos de la heterodegradación normativa consiste en la operación realizada por una ley que, sin entrar en la regulación material de una cuestión hasta ese momento regulada por una ley anterior, abre esta materia a la disponibilidad del poder reglamentario de la Administración. Salvo cuando exista reserva de ley, la deslegalización es posible desde el punto de vista constitucional.

En lo que respecta a la autovinculación de la *potestas domestica* de la Administración, otra de las hipótesis de alteración de la jerarquía normativa analizada por Villar Palasí, se produce cuando la ley fija un índice al poder reglamentario de la Administración en una determinada materia y la Administración se autolimita en términos todavía más estrictos. Existiendo discrecionalidad y no estando en causa, en este sentido, la libertad de autovinculación de la Administración, se produce en la práctica la inaplicación de la ley.

El reglamento interno *contra legem* objeto de la resolución del Consejo de Ministros en causa no fue producto de ninguno de los procesos de degradación normativa expuestos. Ceñiéndolos a lo que teóricamente podría haber ocurrido —reenvío normativo y deslegalización—, comprobamos que nunca ninguno de ellos puede legitimar reglamentos *contra legem* (9).

Estamos así ante una disposición reglamentaria que infringe la ley y, mediatamente, la Constitución.

Conviene añadir que, a excepción de Afonso Queiro, la generalidad de la doctrina portuguesa sigue la postura sustentada por Rui Machete en cuanto a la calificación de la contradicción entre reglamento y ley como ilegali-

(9) Sobre los conceptos de reenvío normativo y de deslegalización, véase el dictamen número 34/84 de la Fiscalía General del Estado en *Diario de la República*, serie II, de 3 de octubre; J. J. GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA: *Constituição...*, 2.º vol., cit., págs. 64 y sigs.; J. J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional*, cit., págs. 676-677; GARCÍA DE ENTERRÍA: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1970, págs. 149 y sigs.



dad. La violación del principio constitucional de jerarquía de las fuentes del Derecho será, por tanto, solamente indirecta, no comportando inconstitucionalidad (10).

Clarificada la cuestión de la jerarquía normativa, ya puesto de manifiesto que la referida resolución del Consejo de Ministros contiene una disposición reglamentaria interna viciada de ilegalidad por violación de lo estipulado en decreto-ley, nos encontramos ahora frente al problema de la aplicación o no, por los miembros del Gobierno implicados, de la norma que estamos analizando.

Interesa saber, concretamente, si el acto administrativo a realizar debe revestir la forma definida en el texto legal que trata la materia o, al revés, respetar lo estipulado en el texto reglamentario. Por tanto, hay que definir primero, en sede teórica, si corresponde a la Administración apreciar la legalidad de las normas que le compete ejecutar y, después, si puede, sobre la base de apreciación de invalidez, rehusar su aplicación. Teniendo como base los elementos señalados, interesa establecer a continuación paralelismos y definir especificidades, respecto a los aspectos aquí relevantes entre dos relaciones jurídicas distintas: la que existe entre el Consejo de Ministros y los ministros y la que se establece en el ámbito de la jerarquía administrativa.

La cuestión de la valoración de la ilegalidad por la Administración y sus consecuencias está en conexión con la apreciación de la inconstitucionalidad, sobre lo que se podrá encontrar en la doctrina tres grandes líneas de orientación: la Administración nunca podría apreciar la disconformidad de una norma con la Constitución; verificada la inconstitucionalidad de una norma, la Administración suspendería su aplicación hasta la valoración por el órgano de control competente; la Administración, verificada la inconstitucionalidad, se rehusaría a aplicar la norma.

Entre nosotros, Vieira de Andrade recurre, en la línea de Bachof, a un elaborado criterio de proporcionalidad. A continuación transcribimos su postura:

«Si la inconstitucionalidad fuera *evidente*, debe prevalecer el principio de vinculación constitucional directa de las autoridades administrativas. El soporte dogmático de esta solución viene constituido por la aplicación de la 'teoría de la evidencia' en materia de invalidez, ligando a un vicio (de inconstitucionalidad) de este tipo la consecuencia de la *nulidad-inexistencia*. No habrá conflicto por-

---

(10) Véase, por todos, RUI MACHETE: «O contencioso administrativo», separata del segundo volumen del *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Coimbra, 1972, págs. 105 y sigs.

que la ley no produce efectos y no obliga a la Administración. De cualquier modo, debe siempre buscarse la proporción que corresponda a un equilibrio ponderado de los valores en juego: remitir siempre que sea posible a los órganos superiores de la Administración la competencia para la no aplicación; si fuere posible, sin perjuicio, suspender la aplicación de la ley, debe escogerse esta alternativa; si el órgano administrativo tiene dudas o, dada su falta de conocimientos específicos, pudiera tener dudas, debe funcionar una presunción de constitucionalidad de la ley (que deriva de un órgano supuestamente más capaz y más representativo); cuando exista convicción justificada del órgano administrativo, éste debe pensar los pros y los contras de la aplicación y la no aplicación y decidirse por lo que considere menos oneroso» (11).

Las construcciones dogmáticas que admiten que la Administración puede, cuando se enfrenta a una norma que considere que viola la Constitución, rehusar su aplicación son esencialmente válidas para los casos en que están en juego problemas no de inconstitucionalidad, sino de ilegalidad.

En lo que a estos últimos se refiere, conviene retener la postura de Sandulli.

El autor italiano destaca el problema de que las autoridades administrativas puedan eventualmente sustraerse a la aplicación de normas ilegales, que liga al del contenido de las reglas de ejecutoriedad de los actos normativos, y que plantea del siguiente modo:

«Si (como exige el principio de legalidad) la Administración puede ser llamada a responder por comportamientos que traducen la aplicación de normas ilegales, no puede negársele la posibilidad de valorar la legalidad de las normas que ha de aplicar, y de plantear en juicio, frente a quien pretendiese la aplicación de tales normas, su ilegalidad» (12).

---

(11) VIEIRA DE ANDRADE: *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983, pág. 262. También Afonso Queiro admite que otro operador jurídico que no sea el juez puede, detectando contradicción entre un precepto constitucional de Derecho administrativo directamente aplicable y un acto normativo de naturaleza legal o reglamentaria, optar por la aplicación de la regla constitucional. Véase AFONSO QUEIRO: «A hierarquia das normas de Direito Administrativo», en *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LVIII, 1982, págs. 776 y 777.

(12) ALDO M. SANDULLI: *Manuale di Diritto Amministrativo*, vol. I, Nápoles, 1984, pág. 92.

La tesis que Sandulli perfila es sugestiva, reflejando el deseo de una Administración más responsable de sus actos. Pero nos parece también peligrosa, en la medida en que concede a los agentes administrativos un poder de control sobre la legalidad de las normas que termina por invertir la relación entre las funciones legislativa y administrativa y que contraviene el principio de separación de poderes, una de las llaves maestras de las Constituciones democráticas y, por tanto, de la portuguesa.

Corresponde a los tribunales, y solamente a los tribunales en cuanto órganos jurisdiccionales, la garantía de la Constitución y de la ley. Obviamente, los agentes administrativos deben valorar la constitucionalidad y la legalidad de los actos administrativos que ejecutan, pero de tal apreciación no podrán sacar otra consecuencia que no sea la ponderación de la eventual invalidez al Gobierno, como órgano superior de la Administración pública. Será el Gobierno quien tomará las medidas adecuadas, de suspensión o derogación de la norma, si entra en el ámbito de sus competencias, pudiendo llegar a suscribir a través del Primer Ministro la declaración de inconstitucionalidad, facultad prevista en el apartado a) del número 1 del artículo 281 de la Constitución.

Existe una única situación, constitucionalmente definida, en que se impone la inaplicación. En los términos del número 3 del artículo 271, cesa el deber de obediencia siempre que el cumplimiento de las órdenes o instrucciones implique la práctica de cualquier crimen (13).

El problema planteado por la operatividad de la resolución del Consejo de Ministros objeto de nuestra atención no se subsume todavía en el encuadramiento teórico realizado.

Según la afirmación clásica de Renard, la legalidad, para el agente, «es el respeto a la disciplina, la sumisión a las órdenes de superior jerárquico». Escribe Celine Wiener:

«Como 'ciudadano de la institución administrativa', el verdadero poder para el agente se expresa menos en las reglas de legalidad general que en las directrices emanadas de sus superiores; para los funcionarios de los Ministerios, y con carácter general para todos los agentes sometidos a su control, el poder es el ministro, y la su-

---

(13) La orientación expuesta aparece en dos estudios con fecha de 1984, elaborados en la Facultad de Derecho de Lisboa e inéditos. Nos remitimos a las explicaciones de postgrado en ciencias jurídico-políticas de JOÃO MARTINS CLARO: *Introdução ao estudo do principio de igualdade em Direito Constitucional*, y de JOÃO SALIS GOMES: *O Estado Social de Direito e o problema da aplicação imediata dos direitos sociais*.

misión al Derecho es, en primer lugar, la observancia escrupulosa de las prescripciones ministeriales» (14).

Mientras los agentes colocados en los distintos niveles de la Administración están legalmente obligados a acatar las instrucciones de sus superiores jerárquicos —puesto que una solución distinta comportaría la anarquía administrativa—, dentro del Gobierno no existe una idéntica relación de subordinación entre los órganos colegiales por un lado e individuales por otro que lo componen.

En el complejo orgánico del Gobierno se aplica el principio de solidaridad ministerial, consagrado en el artículo 192 de la Constitución:

«Los miembros del Gobierno están vinculados al programa del Gobierno y a las deliberaciones tomadas en Consejo de Ministros.»

La vinculación de los miembros del Gobierno a la aplicación y ejecución de las deliberaciones colegiadas tomadas en Consejo de Ministros tiene una matriz jurídico-política y no jurídico-administrativa.

El Consejo de Ministros no se sitúa en un plano jerárquicamente superior al de los ministros y, lógicamente, no tiene los correspondientes poderes, aunque pueda, teóricamente, asumir toda la competencia del Gobierno, como se deduce del apartado g) del número 1 del artículo 203 de la Constitución.

Los ministros están sujetos a la política definida por el Consejo de Ministros y, en su ejecución, al Primer Ministro. Este sí puede configurarse como órgano jerárquicamente superior a los restantes miembros del Gobierno, que son políticamente responsables ante él.

Así, el Primer Ministro y los demás ministros no infringirían ningún principio jerárquico si optasen, en cuanto a la forma que ha de asumir el acto administrativo, por la deliberación conjunta que la resolución del Consejo de Ministros prevé. Estarían, eso sí, realizando un acto administrativo viciado de incompetencia y con vicio de forma, ya que, por ley, el poder para emitirlo fue conferido al Consejo de Ministros y la forma estipulada fue la de resolución.

Ante lo expuesto, considerando el deber de observar los principios de solidaridad gubernamental y de legalidad administrativa, y teniendo en cuenta que tales principios comportan soluciones distintas, la actitud correcta que debe ser asumida por los miembros del Gobierno sería, en mi opinión, plan-

---

(14) CELINE WIENER: *Recherches sur le Pouvoir Réglementaire des Ministres*, París, 1970, pág. 98.

tear el problema en Consejo de Ministros. Este órgano podría así revisar la posición adoptada en la anterior resolución, cuya redacción podría modificar, dándole un contenido consonante con lo dispuesto en el decreto-ley. La alteración residiría en la definición de la forma de resolución del Consejo de Ministros para los actos administrativos a practicar.

Así planteadas las cosas —terminada la presentación del supuesto, debatidos algunos problemas teóricos pertinentes, planteada la solución concreta aplicable—, conviene añadir algo más. Y ese algo más consiste en el hecho de que todo el problema se derivó de una sobrevaloración de la forma resolución del Consejo de Ministros. Sobrevaloración a dos niveles: por un lado se pretendió, mediante una resolución del Consejo de Ministros, modificar lo estipulado en un decreto-ley; por otro, al escoger tal forma para la práctica de un acto administrativo susceptible de figurar como mera deliberación, se planteó un buen ejemplo de la tendencia a sobrecargar el Consejo de Ministros con cuestiones menores.

4. Dice Thomas R. Dye que «política pública es todo lo que el Gobierno decide hacer o no hacer» (15). Y, en efecto, si la definición no parece demasiado rigurosa, sí traduce bien una realidad innegable: la inacción del Ejecutivo puede tener tanto impacto en la sociedad como su actuación.

Aunque existe un mundo de problemas que han de ser estudiados y resueltos, las perspectivas que en el campo de la producción normativa gubernamental se abren hoy día son positivas.

Ojalá la voluntad política permita su confirmación.

(Traducción de TERESA QUINTELA.)

---

(15) THOMAS R. DYE: *Understanding Public Policy*, New Jersey, 1984.