

## SIGNIFICACION GENERAL DEL CONTROL JUDICIAL SOBRE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-  
CARANDE

*Catedrático en la Facultad de Derecho de la  
Universidad de Madrid, Miembro de la Real  
Academia de Legislación y Jurisprudencia, Se-  
cretario de Redacción de la Revista de Admi-  
nistración Pública*

### S U M A R I O

#### *INTRODUCCION. CUESTIONAMIENTO DE LA CONCEPCION MECANICISTA*

1. La facultad judicial de enjuiciamiento normativo previo. 2. Dinamismo del mundo de las normas. 3. Las normas extralegales.

#### *PRIMERA PARTE. FUNDAMENTOS DEL CONTROL JUDICIAL*

I) *El enjuiciamiento normativo previo y su extensión al plano de la validez.*  
4.a) Las normas de formulación administrativa. 5.b) Relevancia de la facultad judicial. 6.a) Rango secundario de legitimidad y eficacia. 7.b) Doctrina de la vinculación más fuerte. 8.c) Un deber del Juez.

II) *La explicación de la inaplicación de los reglamentos ilegales en su calificación como nulos de pleno derecho.* 9.c) La nulidad de pleno derecho. 10.a) La pretendida mera anulabilidad como nueva causa de derogación de leyes formales. 11.b) La nulidad de la jerarquía normativa sin excepción de destinatario: la inaplicación por parte de los funcionarios administrativos.

#### *SEGUNDA PARTE. VIAS Y CRITERIOS DEL CONTROL JUDICIAL*

I) *La especificación del enjuiciamiento de los reglamentos ilegales en la jurisdicción contencioso-administrativa.* 12.a) La antigua Ley Santamaría de Paredes de lo Contencioso-Administrativo, de 1888-1894. 13. La absurda construcción jurisprudencial. 14.b) La actual Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956. 15.a) El control abstracto mediante recurso directo. 16.b) El control abstracto "en vía incidental".

II) *La oportunidad de un control mediante los principios generales del Derecho.* 17.c) Dudoso crédito de la legislación administrativa. 18.d) Aplicabilidad de los principios generales del Derecho.

## INTRODUCCIÓN

### CUESTIONAMIENTO DE LA CONCEPCIÓN MECANICISTA

1. *La Facultad Judicial de Enjuiciamiento Normativo Previo.* El problema del control judicial de las normas constituye hoy una de las cuestiones más graves que tiene planteada la técnica jurídica, o, si se prefiere, atendiendo al fin propio de esta técnica, la lucha actual por el Derecho.

Reconocer en el juez una facultad de controlar la regularidad y el alcance de las normas jurídicas no es adicionar algo nuevo a su tradicional función, sino sencillamente especificar ésta en un *focus* particular de atención. Es inexcusable, en efecto, por la naturaleza de las cosas, que el juez enjuicie, con anterioridad al caso concreto que sea objeto del proceso, las normas con que ha de decidir ese caso concreto. La finalidad de ese enjuiciamiento normativo previo es la de escoger la norma a aplicar, operación lógicamente antecedente a la de proceder a dicha aplicación al supuesto concreto del litigio.

Ese enjuiciamiento normativo previo tiene, como es notorio, aspectos muy varios, frente a la que suponía la antigua concepción mecanicista de la función del juez, sólo sensible a la técnica de la subsunción de una norma, supuestamente cierta y clara, al hecho litigioso. Hoy es un hecho de elemental evidencia que la norma, frente a la complejidad de las situaciones con que ha de enfrentarse, no es prácticamente nunca cierta y clara, contra lo que dejaba suponer la ingenua creencia en una legalización racionalizada, cerrada y definitiva del Derecho, que es una herencia de la filosofía mecanicista del siglo XVIII, trasladada sin más a la construcción del "Estado legislador"<sup>1</sup> puesta en marcha por la Revolución Francesa.

2. *Dinamismo del mundo de las normas.* Por de pronto, el mundo de las normas no es nunca un orden sistemático cerrado y definitivo, un Código que se formula una vez para todas, sino un conjunto esencialmente dinámico, al que constantemente se incorporan normas nuevas, a la par que otras se desenganchan y caducan, presentando por ello, aun antes de

---

1. Cfr. C. Schmitt, "*Legalität und Legitimität*" (1932), ahora en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlín, 1958, en especial pp. 262 y siguientes. Fueyo, "*El sentido del Derecho y el Estado moderno*", en su obra *La mentalidad moderna*, Madrid, 1967, pp. 83 y siguientes. También mi estudio "*La Revolución francesa y la emergencia histórica de la Administración contemporánea*", en *Homenaje a Pérez Serrano*, II. Madrid, 1959, pp. 202 y ss.

considerar el problema paralelo de su referencia, a un mundo social también en perpetuo cambio, un ajuste sistemático por fuerza diferente en cada corte histórico. Hoy se ve claro, a través de la *forma mentis* metodológica y filosófica del estructuralismo, que la alteración de algún elemento en una estructura, en cuanto ésta es sistemática, implica necesariamente una modificación en mayor o menor grado de toda ella, una "reestructuración" general.<sup>2</sup> Esto es para el jurista una certidumbre antigua, aunque quizá hoy con la aceleración del cambio social y la consiguiente "motorización legislativa"<sup>3</sup> ha tenido que ponerla en el primer plano de su atención. El juez, por consiguiente, ha de comenzar por determinar —lo que no es nada fácil muchas veces, especialmente en el campo del Derecho Administrativo, más azotado por la multiplicidad, la imperfección y la variabilidad legislativa— si una norma lo es tal por estar o no enganchada en el sistema general del ordenamiento, en términos más simples, si es o no tal norma, si está vigente, si resulta aplicable. Cuestión inesperada para el pensamiento clásico, que hacía de esto un dato previo y seguro y no una cuestión problemática.

El problema de la falta de vigencia puede venir de muy diversas causas: de la constatación del dato formal promulgatorio, de todos los complejos problemas de la aplicación de la Ley en el tiempo (*vacatio*, leyes a término, aplicación de normas derogadas por derecho transitorio o intertemporal, retroactividad, etc.), de las no menos complicadas cuestiones que plantea el concurso de normas, de la utilización de fórmulas derogatorias generales e imprecisas, de derogaciones tácitas por contradicción directa o indirecta con normas posteriores, o por pérdida de engarce sistemático con el ordenamiento, etc.<sup>4</sup>

3. *Las normas extralegales.* Y antes que eso aún, ¿qué es una norma? La pretensión estatalizadora de la totalidad del orden jurídico es ya definitivamente una ilusión, ilusión paradójica, por cierto, en una época de máxima tensión de la actividad legiferante. Junto con la Ley actúan inexcusablemente otras "fuentes del derecho" y no siempre, como la Ley pretendió justificar, en caso de silencio o de laguna legal, como

2. Cfr., por todos, Piaget, *Le structuralisme*, Paris, 1968. López-Aranguren, *El marxismo y la moral*, Madrid, 1968, pp. 127 y ss. Auzias, *Clefs pour le structuralisme*, 2ª ed., Paris, 1967.

3. La expresión es de Carl Schmitt, "Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft", en los *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., en especial p. 404.

4. Puede verse ahora sobre ello, agudamente, Villar Palasi, *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid, 1968, pp. 459 y ss. (*La elección del grupo normativo vigente*).

fuentes subsidiarias o de segundo grado, sino conjuntamente a la Ley, moderándola o extendiéndola, inaplicándola incluso, insertándola en un orden institucional que tiene perfecta sustantividad respecto a las decisiones formales del Estado.<sup>5</sup> He aquí, pues, otra primaria responsabilidad del juez en su tarea de fijación de la norma la de identificar y precisar el alcance y sentido de estas fuentes extralegales y la de integrarlas en su juego propio con las normas propiamente estatales.

## PRIMERA PARTE

### FUNDAMENTOS DEL CONTROL JUDICIAL

#### I

#### EL ENJUICIAMIENTO NORMATIVO PREVIO Y SU EXTENSIÓN AL PLANO DE LA VALIDEZ

4.a. *Las Normas de Formulación Administrativa.* En toda esta labor de enjuiciamiento normativo previo, cuyos distintos aspectos hemos querido simplemente describir y no agotar, uno de los problemas capitales es, sin duda, el que se plantea con una legislación especial no imaginada apenas por el pensamiento clásico, a lo menos en su importancia desbordante, la legislación de formulación administrativa. Sobre una mínima base en el constitucionalismo tradicional, en realidad como un residuo del antiguo poder regio de ordenanza que se salva en la fórmula de la monarquía constitucional bajo la etiqueta imprecisa del "poder ejecutivo",<sup>6</sup> la Admi-

5. Especialmente, De Castro, *Derecho Civil de España*, I, 2ª ed. 1949, *passim*. Mi estudio "Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", en *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963, pp. 189 y ss.

6. En Francia el poder reglamentario moderno arranca del artículo 14 de la Carta de 1814: *Le roi... fait les règlements et ordonnances pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat*. Es conocido que los poderes del Rey (principio monárquico) se configuraron en la Carta sobre la prerrogativa del Rey inglés según las exposiciones de Blackstone y Delolme (Sieghart, *Government by Decree*, London, 1950, p. 171), aunque en el extremo de los poderes normativos el precedente estaba limitado a las situaciones de emergencia o alta necesidad, por el carácter absoluto del monopolio normativo del legislativo desde la Revolución de 1688 (Hatscheck, *Der Ursprung der No tverordnung*, *Grünhu's Zeitschrift für das Privat-und Oeffent liche Recht der Gegenwart*, 27, 1900, pp. 1 y ss., y su *Englisches Statsrecht*. I, Tübingen, 1905, pp. 611 y ss. En Alemania la cuestión es aún más clara: lo que en el régimen administrativo francés se llama poder reglamentario es en el

nistración va a comenzar en el siglo XIX a dictar una normación de segundo grado, los Reglamentos. Estos comienzan siendo meros desarrollos particularizados de ciertas leyes administrativas (tesis del Reglamento ejecutivo), para, bajo la cobertura de la ejecución, no ya de las leyes singulares, sino de todo el orden jurídico en su conjunto, terminar invadiendo paulatinamente campos mayores y concluir, ya en nuestro tiempo, desplazando en significación, importancia y, por supuesto, en número, los pronunciamientos solemnes de las Asambleas legislativas.

Quizás el jurista de Derecho Civil, formación que es aún la predominante entre los juristas profesionales, no es plenamente consciente de este fenómeno de la invasión desbordante de las normas administrativas, aun cuando las mismas estén ya también penetrando decididamente en su viejo y tranquilo *hortus conclusus*. El jurista tradicional tiene, podríamos decir, una concepción "plana" de la Ley, concepto con el que identifica —y así interpreta sin más las referencias únicas a este término que se contienen en el *Título Preliminar del Código Civil*— toda norma impuesta por el Estado, de cualquier origen y contenido. Suele ser el administrativista el que por la misma fuerza de las cosas operantes en el ámbito en que ha de moverse, se acerca al orden normativo escrito con la inexcusable conciencia de una "tercera dimensión", de una perspectiva en profundidad, que viene de la acumulación sobre un mismo problema indivisible de normas escritas de muy distinta procedencia y valor.

5.b. *Relevancia de la Facultad Judicial*. Respecto de estas normas de formulación administrativa, la facultad judicial de enjuiciamiento normativo previo cobra por fuerza una mayor viveza y responsabilidad. Primero, porque resulta que como tales normas son ellas mismas con toda frecuencia de difícil identificación o, en otros términos, de no sencilla distinción con los meros actos aplicativos. Toda una bibliografía especializada, cuyo aumento denota la constante insatisfacción de sus fórmulas, cada vez más complejas, intenta resolver este problema de la distinción entre Reglamentos y actos administrativos, distinción de consecuencias capitales para el proceso aplicativo de la norma que es la función última del juez.<sup>7</sup> Segundo y fun-

---

constitucionalismo alemán del siglo XIX el problema del *selbständiges königliches Rechtsverordnungsgewalt* (poder reglamentario regio independiente). Ver especialmente Ellwein, *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise*, München, 1954, pp. 271 y ss.

7. Sobre ello, mi estudio "Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición", en *Revista de Administración Pública*, 29, 1959, 162 y siguientes. L. Martín-Retortillo, "Actos administrativos generales y Reglamentos", en la misma *Revista*, núm. 40, 1963, pp. 225 y ss.

damental, porque estas normas administrativas no tienen, como la Ley propiamente tal (o ley formal, producto de los órganos legislativos superiores), una validez incondicionada que se imponga al juez por su simple promulgación, sino siempre y necesariamente una validez en cuestión, que el juez deberá inexcusablemente solventar mediante un análisis detenido antes de decidir su aplicación al caso litigioso. Este es el punto capital de la facultad de enjuiciamiento normativo del juez en cuanto toca a las disposiciones reglamentarias, una facultad, pues, que en este caso actúa con un contenido y una profundidad mucho mayores que las que utiliza al enfrentarse con las leyes ¿Cuál es la razón de esta diferencia, la razón en concreto de que el enjuiciamiento normativo del juez penetre en el caso de los Reglamentos al terreno de la validez, y no sólo al de la vigencia y al de determinación de alcance sistemático a que se limita en el caso de las leyes?

6.a. *Rango secundario de legitimidad y eficacia.* La razón es muy simple, y es que la Ley es esencialmente "soberana", expresión de la voluntad comunitaria organizada, disposición de la comunidad sobre sí misma,<sup>8</sup> en tanto que el Reglamento no es sino una disposición de la Administración, que no es en modo alguno la comunidad, sino un ente servicial y secundario de la misma o, si se prefiere, una organización instrumental de gestión, carente de soberanía, más bien obligada a justificarse a cada momento por el respeto a los límites y atribuciones legales que pautan su actuación y por la persecución del fin servicial al que se debe.<sup>9</sup>

Las normas que emanan de un ente de esos caracteres por fuerza han de ser normas secundarias, que complementan a la Ley, pero que ni la suplen ni, mucho menos, la limitan o la rectifican. No la suplen, porque existen en todos los regímenes constitucionales cuestiones de mayor o menor extensión que constituyen necesariamente, "materias reservadas a la Ley",

---

Leguina Villa, "Legitimación, actos administrativos generales y Reglamentos", misma *Revista*, núm. 49, 1966, pp. 193 y siguientes. Meilán Gil, *La distinción entre norma y acto administrativo*, Madrid, 1967. Volkmar, *Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt*, Berlin, 1961. Santaniello, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963. M. S. Giannini, "Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali", en *Foro italiano*, 1963, III, pp. 9 y siguientes. Rainaud, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, Paris, 1966.

8. Cfr. De Castro, *Derecho Civil de España*, cit., pág. 350. Heller, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, en el vol. 4 de las *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1928, pp. 116 y siguientes. Carré De Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1931.

9. Cfr. mi estudio "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", en *Revista de Administración Pública*, núm. 30, 1959, pp. 151 y ss.

sólo abordables normativamente por ésta o, si se prefiere, por la propia comunidad organizada a estos efectos directamente.<sup>10</sup> No limitan o rectifican a la Ley, en segundo lugar, porque la articulación entre la Ley y el Reglamento se hace sobre el principio formal de la jerarquía normativa, en virtud del cual la Ley precede al Reglamento y no puede ser, en consecuencia, derogada por éste, lo cual no es sino una consecuencia de la jerarquía previa de los órganos que respectivamente emanan una y otra norma. El Reglamento es, pues, una norma subordinada y secundaria, tanto en su fuente de legitimidad como en su eficacia normativa.

7.b. *Doctrina de la vinculación más fuerte.* Que el juez tenga necesariamente que plantearse el tema de la validez de los Reglamentos antes de proceder a su aplicación, se deduce con necesidad de esas características normativas que esta figura presenta. La Administración no tiene potestad normativa incondicionada y general, primero, como ocurre con el poder legislativo propiamente tal; segundo y fundamental, un Reglamento puede normalmente contradecir una Ley, o entrar en la materia reservada a ésta, con lo que su aplicación implicará un perjuicio a la Ley. En términos más simples: si se aplicase un Reglamento que esté en contradicción con una Ley ello equivale a la inaplicación de una Ley en pleno vigor, concretamente de la Ley infringida por dicho Reglamento.<sup>11</sup> Con ello, la determinación de la validez de un Reglamento es absolutamente inexcusable para evitar la inaplicación de leyes que vinculan directamente al juez. Cuando antes decíamos, y podía parecer acaso un problematismo excesivo, que la validez de un Reglamento está necesariamente en cuestión aludíamos a este

---

10. Sobre el concepto de las materias reservadas a la Ley, Thoma, "Der Vorbehalt des Gesetzes im preussischen Verfassungsrecht", en *Festgabe für Otto Mayer*, Tübingen, 1916, pp. 165 y siguientes. Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1961, pp. 102 y ss. L. Martín Retortillo, "La doctrina de las materias reservadas a la Ley y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Revista de Administración Pública*, núm. 39, 1962, pp. 287 y ss.

11. En su famosa Sentencia *Marbury v. Madison*, 1803, que estableció la técnica del control judicial de la constitucionalidad de las Leyes, dijo lúcidamente el Juez Marshall, utilizando por vez primera este argumento: "If the law be in opposition to the Constitution; If both the law and the Constitution apply to a particular case, so that court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty". Ya en *The Federalist* se había justificado en términos análogos la técnica de la inconstitucionalidad de las Leyes (§48): "If there should happen to be an irreconcilable variance between the two /Ley y Constitución/, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the Statute, the intention of the people to the intention of their agents".

hecho elemental de la concurrencia de los Reglamentos con las Leyes y a la correlativa necesidad de preservar a éstas frente a siempre posibles agresiones reglamentarias.

El juez se ordena directamente a la Ley sólo en segundo lugar (en cuanto la Constitución lo prevé como fuente normativa, pero siempre subordinada y secundaria respecto de la Ley) al Reglamento. En el ámbito del Derecho Constitucional para justificar los poderes judiciales de control de las leyes se ha hablado, en términos análogos, de un *enchaînement plus étroit*<sup>12</sup> de una *stärkere Bindung*<sup>13</sup> del Juez a la Constitución que a las demás disposiciones. Esta doctrina de la vinculación más fuerte, aplicada a la situación del Juez respecto de la Ley por comparación a la que posee frente al Reglamento es una explicación plausible de su necesaria opción en favor de la aplicación de la primera y de la inaplicación del segundo.

Si de ese enjuiciamiento previo, pues, resulta la existencia de un Reglamento contra Ley, el mismo deberá ser excluido de la aplicación. Los autores alemanes doblan por eso el *Prüfungsrecht* o *Prüfungszuständigkeit* del Juez, el derecho o potestad de examinar la validez de la norma con anterioridad a su aplicación, de la *Verwerfungskompetenz*, o competencia para rechazar la aplicación de la norma inválida al caso concreto.<sup>14</sup>

8.c. *Un deber del Juez.* Punto por punto esta construcción está recogida en nuestro benemérito art. 7º de la ya casi centenaria Ley "provisional" sobre organización del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870.<sup>15</sup> Dice este precepto:

12. Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, ed. Mayer, 1951, I, pág. 102: "Ceci tient à l'essence même du pouvoir judiciaire: choisir entre les dispositions légales celles qui l'enchaînent le plus étroitement est, en quelque sorte, le droit naturel du magistrat".
13. Haak, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Bonn, 1963, pp. 121 y ss.
14. E. Von Hippel, "Das richterliche Prüfungsrecht", en el *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, de Anschütz-Thoma, II, Tübingen, 1932, pp. 546 y ss. Haak, *Normenkontrolle* cit., pp. 105 y ss. Bachof, "Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz gegenüber dem versassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz", en *Archiv des öffentlichen Recht*, 87, 1962, pp. 1 y ss.
15. Entre los autores a la Ley que son conscientes del problema destaca Colmeiro (*Derecho Administrativo español*, 2ª ed., I, Madrid-Santiago-Valparaíso-Lima, 1958, pp. 42-43 y 88). Me parece interesante transcribir su lúcida exposición: "Si la disposición administrativa no fuere dictada legalmente, es decir, en virtud del *ejercicio legítimo* de las atribuciones propias de las autoridades administrativas, el juez o el tribunal ordinario no están obligados ni deben dar cumplimiento a un acto que la Ley castiga como un delito denominado en el Código penal *usurpación de atribuciones*... El juez, al aplicar una disposición de dicho poder [administrativo], no procede como delegado de la



"No podrán los Jueces, Magistrados y Tribunales: 1º Aplicar los Reglamentos generales, provinciales o locales, ni otras disposiciones de cualquier clase que sean, que estén en desacuerdo con las leyes".

Se encomienda aquí al Juez una función de enjuiciamiento sobre la conformidad de los Reglamentos con las Leyes, enjuiciamiento previo a la aplicación de los mismos, y se le ordena positivamente, mediante la formal prohibición de lo contrario, que implique los que se opongan a las Leyes. De este modo estamos en presencia no sólo de una facultad del Juez, sino más bien de un deber, y de un deber actuable de oficio, sin excitación de las partes, por incluirse dentro del principio *iura novit curia*, que define una responsabilidad judicial exclusiva derivada de su vinculación directa con la Ley.

El control sustancial de validez de los Reglamentos por los jueces cuenta así con un respaldo expreso en nuestro ordenamiento, en términos de absoluta corrección técnica.

## II

### LA EXPLICACIÓN DE LA INAPLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES EN SU CALIFICACIÓN COMO NULOS DE PLENO DERECHO

9.c. *La nulidad de pleno derecho.* La consecuencia de la inaplicación de los Reglamentos ilegales encuentra una expresión técnica suficiente en una calificación sumamente simple: los Reglamentos ilegales son nulos de pleno derecho. Así lo preceptúa de manera expresa y con la máxima solemnidad en nuestro Derecho el art. 41 de la Ley Orgánica del Estado (que ha dado rango constitucional a lo que hasta ahora precisaba una Ley ordinaria, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, arts. 26 y 28):

---

autoridad que la dictó, sino como depositario del tesoro de la justicia que la ley le confía para que la dispense con imparcialidad. No existe, pues, un deber de ciega obediencia que le obligue a cerrar los ojos sobre la legalidad o ilegalidad de los mandatos de la Administración; por el contrario, existe una obligación sagrada de inquirir si tiene o no fuerza obligatoria el precepto en cuestión y de rehusar su cumplimiento cuando adolece de tales vicios que anulen el acto emanado de una autoridad a quien no corresponde el *ejercicio legítimo* de las atribuciones necesarias para dictarlo". Y también: "...el juez no declara la nulidad del reglamento inconstitucional, ni lo reforma, y solamente se abstiene de aplicarlo... visto que según el silencio o la palabra expresa de la Ley no puede prestar a la Administración el auxilio que de él reclama" (subrayados del original).

"I. La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes, ni regular, salvo autorización expresa de una Ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes.

"II. Serán nulas las disposiciones administrativas que infrinjan lo establecido en el párrafo anterior".

Así lo recoge también sistemáticamente el art. 47, párrafo 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo ("También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas en los casos previstos en el art. 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado"). Esta nulidad radical de los Reglamentos ilegales es una simple consecuencia de la prevalencia de la Ley violada por los mismos respecto de sus propios pronunciamientos, que hace por fuerza a éstos totalmente ineficaces.

10.a. *La pretendida mera anulabilidad como nueva causa de derogación de leyes formales.* El que todas las ilegalidades de los Reglamentos determinen en éstos precisamente una nulidad de pleno derecho ha pretendido ser puesto en duda recientemente,<sup>16</sup> pero no parece que la tesis sea razonablemente discutible. Si la ilegalidad de un Reglamento determinase una mera anulabilidad, de forma que sólo pudiese ser hecha valer a través de una impugnación disponible únicamente dentro de un plazo, lo que a su vez implica que con el transcurso de este se hiciese inatacable, se comprende que se habría introducido en la economía del sistema normativo una causa nueva de derogación de las leyes formales, la derogación producida por un Reglamento cuando transcurriesen los plazos de impugnación sin formular ésta. Es evidente, con sólo enunciar esta gravísima consecuencia, que eso no es así y que la vigencia de una Ley no puede quedar extinguida por ningún Reglamento aunque transcurra desde la publicación de éste el tiempo que se quiera. Entre una Ley y un Reglamento en conflicto, siempre será forzoso inclinarse ante la superioridad normativa de la primera y, por consiguiente, será obligado negar toda eficacia preceptiva al segundo, sin que en este principio absoluto pueda jugar ningún papel relativizador el tiempo. Ahora bien, la ineficacia absoluta y perpetua, no

---

16. Frente a mi afirmación en ese sentido sostenida en el artículo "Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición", cit., pp. 167-9, se han alzado últimamente Garrido Falla (*Tratado de Derecho Administrativo*, III, Madrid, 1963, p. 78, forzado por su tesis, hoy ya solitaria, de la inclusión del Reglamento dentro del género de los actos administrativos) y Entrena-Cuesta (*Curso de Derecho Administrativo*, Barcelona, 3ª ed., Madrid, 1968, pp. 97 a 100), los cuales creen descubrir la técnica de la mera anulabilidad del Reglamento ilegal en la temporalidad del plazo disponible para su impugnación directa.

necesitada además de ningún pronunciamiento expreso, sino operante "de pleno derecho", es justamente lo propio de la nulidad absoluta.<sup>17</sup>

11.b. *La unidad de la jerarquía normativa, sin excepción de destinatario: La inaplicación por parte de los funcionarios administrativos.* Cualquier destinatario, por consiguiente, puede rehusar (*Verwerfung*) la aplicación del Reglamento ilegal, y no sólo propiamente puede, sino que

---

17. Tampoco podría pretenderse que la anulabilidad procedería en el supuesto especial de un vicio de forma del Reglamento (así Garrido Falla, *op. cit.*, p. 81), por el argumento de que el mismo sólo sería apreciable a través del recurso directo y no a través del indirecto o de la técnica común de la inaplicación. En Derecho español esta tesis no es aceptable. Cualquier vicio del Reglamento puede valer tanto a través de una impugnación directa de éste como a través de la llamada impugnación indirecta (sobre la cual, *infra*). El Reglamento que incurre en vicio de forma infringe también una Ley, la que impone el procedimiento en cuestión, aunque pueda no infringir ninguna en el plano material de sus regulaciones. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 3 de febrero de 1968, autoriza de manera expresa esta doctrina. "La Administración debe ajustar al mismo [procedimiento de elaboración de disposiciones generales] al ejercer la potestad reglamentaria como requisito esencial para su validez, incurriendo en nulidad, siempre que la disposición de carácter general infrinja otra norma de superior jerarquía, tanto por su contenido como por no ajustarse al procedimiento previsto para su elaboración". Por lo demás, no se trata de una doctrina ocasional: existe una serie completa de Sentencias (Sentencias de 19 de octubre de 1962, 12 de noviembre de 1962, 9 de febrero de 1963, 23 de febrero de 1963 —dos de la misma fecha—, 12 de marzo de 1963, 27 de mayo de 1963, 17 de junio de 1963, 6 de diciembre de 1963, 7 de diciembre de 1963, 10 de diciembre de 1963, 7 de enero de 1964, 22 de enero de 1964, 24 de enero de 1964, 28 de enero de 1964, 7 de febrero de 1964, 24 de febrero de 1964, 3 de marzo de 1964, 7 de marzo de 1964, 13 de marzo de 1964, 17 de marzo de 1964, 20 de marzo de 1964, 30 de marzo de 1964, 31 de marzo de 1964, 13 de abril de 1964, 20 de abril de 1964, 21 de mayo de 1964, etc.) en las que, con ocasión de una serie correlativa de recursos indirectos (recursos contra actos de liquidación tributaria basados en un Reglamento supuestamente irregular), el Tribunal Supremo, Sala 3ª, anuló los actos recorridos por el argumento de que el Reglamento que aplicaban había incurrido en un vicio de forma, la omisión de la audiencia preceptiva del Consejo de Estado. En Francia esa misma omisión en las regulaciones reglamentarias es también considerada siempre motivo de nulidad absoluta y de orden público, Douence, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration*, Paris, 1968, pág. 190. Por supuesto, en tema de control de constitucionalidad de las leyes la declaración de inconstitucionalidad, tanto por motivos de fondo como de forma, declara a la vez una nulidad radical de la norma. *Vid.* el valioso estudio comparatista del Max Plank Institut, dirigido por Mosler, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Köln-Berlín, 1962; Field, *The effect of an unconstitutional Statute*, Minneapolis, 1935; se discute únicamente el problema de la retroacción absoluta de esa nulidad en cuanto a los actos cumplidos bajo el imperio de la Ley inconstitucional: Boeckenfoerde, *Die Sogenante Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze. Eine Untersuchung über Inhalt und Folgen der Rechisatzkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Berlín, 1966. Este tema está resuelto de manera expresa para nuestro problema por el régimen especial del art. 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

debe hacerlo, ya que en otro caso desobedecería el mandato de la Ley superior que el Reglamento desatiende o abiertamente infringe. La inaplicación del Reglamento no es más, por consiguiente, que una consecuencia de la necesaria aplicación de la Ley por él violada, desde el momento en que esta violación deja indemne a dicha Ley y no puede afectar lo más mínimo a sus posibilidades de cumplimiento y al deber de observancia que de la misma dimana.

El sistema de la inaplicación de los Reglamentos ilegales, ¿afecta también a los funcionarios administrativos? Se ha pretendido que éstos están vinculados al Reglamento ilegal como una consecuencia de su subordinación jerárquica,<sup>18</sup> doctrina cuyo eco es visible en el art. 18 de la Ley General Tributaria, a propósito del valor de las normas reglamentarias interpretativas, que este precepto dice que "serán de obligado acatamiento para los órganos de gestión de la Administración pública". Pero esta doctrina no resulta admisible, por la razón técnica de que los Reglamentos no afectan a los funcionarios como mandatos jerárquicos, beneficiados del deber de obediencia, sino como Derecho objetivo, dentro del sistema general del ordenamiento y sin beneficiarse de ninguna ventaja respecto de la obediencia debida a las Leyes, antes bien lo contrario, como acabamos de notar, dentro de la dialéctica propia del sistema de fuentes, composición y estructura del Derecho objetivo. No existen dos ordenamientos jurídicos diferentes, uno para los jueces y los particulares, dominado por el principio de la jerarquía normativa, y otro para los funcionarios, que integrarían sólo los Reglamentos sin que en su bloque pudiera penetrar la prioridad

---

18. Esta es doctrina establecida en nuestra patria por la jurisprudencia del Tribunal Económico-Administrativo Central, Acuerdos de 18 de marzo de 1966, 14 de enero, 3 de febrero y 12 de mayo de 1961, entre otros muchos. Transcribimos del primer acuerdo: "La jurisdicción económico-administrativa no podría conocer de la nulidad a que se refieren los arts. 23, 28 y 37 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, porque se trataría de la nulidad de una disposición de carácter general y no de un acto administrativo de los definidos en el art. 1º del Reglamento procesal de 26 de noviembre de 1959". Acuerdo de 3 de noviembre de 1967: "No pueden ser examinadas por este Tribunal las alegaciones formuladas por la Sociedad recurrente relativas a estimar nulo e ilegal el Decreto de 4 de febrero de 1960, por hallarse fuera del ámbito de su jurisdicción, conforme a los preceptos contenidos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 y apartado 2 del art. 113 de la Ley de Procedimiento Administrativo". La doctrina no resulta admisible, claramente, porque no se trata de que el T.E.A.C. declare nulo un Reglamento, con efectos *erga omnes*, sino de inaplicarlo por su obligación primaria de aplicar la Ley contradicha por el Reglamento. Esa supuesta falta de competencia se transforma, paradójicamente, en una extraña competencia para declarar derogadas las Leyes por los Reglamentos en cuanto que —en la hipótesis tipo de ilegalidad de éstos— aplica positivamente éstos frente a aquéllas.

normativa de la Ley. Con sólo enunciar esta tesis se hace visible un absurdo lógico y su absoluta inconsistencia.

Lo que ocurre es que el contenido de un precepto reglamentario ilegal puede ser incluido en un mandato jerárquico, bien a través de órdenes individuales, bien mediante circulares e instrucciones interpretativas dictadas por los órganos superiores y repartidas a través de todos los órganos de gestión.<sup>19</sup> Puede resultar paradójico que estas circulares e instrucciones, que como tales carecen de valor normativo propiamente tal y que en ese sentido no son nunca oponibles a terceros,<sup>20</sup> se impongan a los funcionarios con fuerza superior a la que dimana del deber de cumplimiento de las leyes, pero ello es un resultado de que opera aquí, no una cuestión abstracta de

- 
19. *El Decreto de 31 de diciembre de 1941, art. 2º*, pretende convertir la publicación de una disposición general en el "Boletín Oficial del Ministerio de Hacienda" en una comunicación personal a todos los funcionarios y organismos del Ministerio para investir su cumplimiento del plus dimanante del deber de obediencia. Dice así: "*Las disposiciones, resoluciones y circulares insertas en el "Boletín Oficial del Ministerio de Hacienda" serán obligatorias para los organismos y funcionarios dependientes de este Departamento o relacionados con el mismo, como si se les hubiera dado especial traslado de ellas; sin que sea preciso a tal objeto que le sean comunicadas por ningún otro medio ni conducto oficial*". Repite la fórmula el *art. 6º del Reglamento del Servicio de Publicaciones del Ministerio de Hacienda, aprobado por Orden de 16 de noviembre de 1957*. No creo que pueda sostenerse, contra lo que esos preceptos parecen pretender que la reproducción pura y simple en el Boletín interno de un Ministerio de una disposición general, ya publicada originalmente en el "Boletín Oficial del Estado" (sin lo cual no sería disposición general), convierta el contenido de la misma en una circular o instrucción jerárquica; la circular o instrucción jerárquica no es una simple forma, sino un contenido, un mandato jerárquico, y en el hecho simple de esa reproducción material no hay ninguno. Por otra parte, los preceptos transcritos no pueden pretender tampoco eficazmente dar valor general prioritario frente a las Leyes, a los Reglamentos que se publiquen en el Boletín especial del Ministerio.
20. El carácter puramente interno de las circulares e instrucciones está hoy consagrado por el *art. 7 de la Ley de Procedimiento Administrativo* ("Los órganos superiores podrán dirigir con carácter general la actividad de los inferiores mediante instrucciones y circulares") y *art. 18 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado* ("Los Subsecretarios y Directores Generales, en cuanto se refiere a la organización interna de los servicios dependientes de los mismos, podrán dictar circulares e instrucciones"). La falta normal del requisito esencial de la publicación (*arts. 132 de la Ley de Procedimiento y 29 de la Ley de Régimen Jurídico*) priva sin más a las circulares de toda pretensión normativa genuina. No habrá que recordar que el Reglamento no es expresión de una potestad de mando o jerárquica (como llegó a pretender la antigua doctrina), sino de una potestad normativa atribuida constitucionalmente, lo cual es algo esencialmente diferente; su lugar sistemático no es, por ello, el Derecho de la organización, sino la teoría de las fuentes del Derecho. *Cfr.*, especialmente Zanobini, "*Il fondamento giuridico de la potestà regolamentare*", en los *Scritti vari di Diritto Pubblico* del autor, Milano, 1955, pp. 145 y siguientes.

aplicación de la Ley, sino un problema de derecho de organización, el de la obediencia jerárquica, problema regido por un criterio en el que no cabe el control por el subordinado de la legalidad sustancial de las órdenes, sino sólo la constatación de sus meras condiciones externas de legalidad.<sup>21</sup> El cumplimiento de un Reglamento supuestamente ilegal puede, pues, imponerse al funcionario por órdenes o directivas jerárquicas, singulares o generales, pero en modo alguno en ausencia de esas órdenes, o cuando las mismas no le alcanzan por su posición funcional no jerarquizada (por ejemplo, jueces instructores de expedientes disciplinarios o sancionadores, funcionarios consultivos y no de gestión, órganos de informe o resolución de recursos administrativos, etc.).<sup>22</sup>

En conclusión, pues, cuanto ha quedado establecido más atrás respecto a la inaplicación de los Reglamentos ilegales no hace excepción en el caso de las aplicaciones decididas o fiscalizadas por funcionarios administrativos.<sup>23</sup>

Sin embargo, son los problemas del control judicial los que nos interesan más especialmente. *El art. 7º de la Ley Orgánica del Poder Judicial* proporciona a este efecto la regla general, aplicable también, por supuesto, a los Tribunales contencioso-administrativos.<sup>24</sup> Pero es en éstos donde el

21. Cfr. Galateria, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milano, 1950, pp. 189 y siguientes.

22. Resulta por ello inadmisibles una jurisprudencia del Tribunal Económico-Administrativo Central que, dando un paso más sobre la referida *supra* nota 15, afirma también su vinculación a criterios interpretativos jerárquicos (concretamente en el caso a una resolución de un recurso de alzada por el Ministro de Hacienda publicado en el *Boletín Oficial del Ministerio de Hacienda* con carácter interpretativo general). Acuerdos (varios) de 6 de marzo de 1968. *El propio art. 18 de la Ley General Tributaria* impone la vinculación de las normas (?) interpretativas sólo a los "órganos de gestión", no a los de "jurisdicción", que es lo que corresponde, según su propia terminología convencional, al orden de los "Tribunales" económico-administrativos, los cuales no están insertos en cuanto a su función de resolución de recursos en ninguna línea jerárquica.

23. Parcialmente sobre el problema, Kabisch, *Prüfungs formeller Gesetze im Bereich der Exekutive*, Berlín, 1967; y el citado estudio de Bachof, *Die Prüfungs- und Verwerfungs kompetenz*. Estudian estos autores el problema referido no a Reglamentos sino a Leyes (inconstitucionales), pero muy buena parte de sus consideraciones pueden resultar de aplicación a nuestro tema.

24. En Italia se ha pretendido por un sector de la doctrina que el Consejo de Estado como órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa no tiene verdadero poder de inaplicar el Reglamento ilegal, sino solamente de anularlo (*vid.*, más adelante en el texto). Así, por ejemplo, Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica Amministrazione*, Milano, 1966, pp. 246-7. Contra, Cannada Bartoli, "Disapplicazione di regolamenti da parte del Consiglio di Stato", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1959, I, p. 518. A. Romano, "Osservazione sull'impugnativa del regolamenti della pubblica Ammi-

problema se ha especificado hasta concretarse en unas vías especiales de impugnación, cuyo alcance interesa precisar.

## SEGUNDA PARTE

### VÍAS Y CRITERIOS DEL CONTROL JUDICIAL

#### I

#### LA ESPECIFICACIÓN DEL ENJUICIAMIENTO DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

12.a *La antigua Ley Santamaría de Paredes de lo Contencioso-administrativo. de 1888-1894*, refundida por última vez en 1952, recogía ya la técnica de la inaplicación de los Reglamentos ilegales, sin duda por reflejo de la Ley Orgánica de 1870. El art. 3º disponía, en efecto:

"El recurso contencioso-administrativo podrá interponerse de igual modo contra las resoluciones de la Administración que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por la Ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general si con ésta se infringe la Ley en la cual se originaron aquellos derechos".

13. *La absurda construcción jurisprudencial* que paulatinamente fue sobreponiéndose a esta vieja Ley, en su tiempo meritoria, hasta hacer de la misma un sistema irrazonable y arbitrario de exclusión de protección, más que de protección, contra el actuar administrativo, no dejó de condicionar *in pejus* también ese precepto. Primero, se limitó la eficacia de ese control de la ilegalidad de los Reglamentos a los solos casos en que éstos violasen precisamente derechos subjetivos perfectos establecidos por una Ley (por ejemplo, un Reglamento que violase una regla legal de competencia en cuanto ésta no constituye derecho de ningún administrado, sería infiscalizable). Segundo, se aplicó sistemáticamente la famosa y nefasta doctrina del "acto consentido" (doctrina propia de las anulabilidades, no hay que decirlo, y no de las nulidades absolutas) en una doble dirección: exigiendo, por una parte, que se impugnara, además del acto aplicativo del Reglamento ilegal, este mismo, mediante mención expresa en el suplico

---

nistrazione", en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 1955, pp. 922 y 946 y ss. Carlassare, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, pp. 328 y ss.

de la demanda; concluyendo, por otra parte, que una disposición general que a su vez deriva de otra, aun siendo ésta ilegal, sería inmune ante la Jurisdicción; ahora bien, pocos Reglamentos carecen de precedentes reglamentarios anteriores, por lo que esta regla venía a convalidar definitivamente cualquier ilegalidad que hubiese podido cometerse en el Reglamento primero.

No será preciso demasiado esfuerzo para razonar que todo eso carece de la más mínima consistencia objetiva. Bastará notar que con el extrañito de autolimitar los poderes de la jurisdicción y de justificar antes de todo análisis las normas dictadas por la Administración se venía a parar a la sorprendente conclusión de que a los Tribunales contencioso-administrativos no les era de aplicación el art. 7º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con todas sus razones de fondo y, como consecuencia de ello, que los Tribunales amparasen las agresiones reglamentarias a la Ley, dando con ello un sorprendente e inexplicable trato de favor al Reglamento frente a la Ley, puesto que en contra de ésta, antes que de los recurrentes, venían a jugar todos los extraños arbitrios procesales puestos en juego.

14.b. *La actual Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956*, que en tantos extremos ha marcado un paso decisivo hacia la justicia administrativa plenaria, aunque aun queden bastantes pasos más que recorrer para llegar a ello, ha impuesto en esta materia del control de la legalidad de los Reglamentos soluciones mucho más progresivas. Por una parte, ha condenado de manera expresa y categórica —lo cual tiene, posiblemente, escasos precedentes legislativos— esa doctrina negativa jurisprudencial, incluso con referencias concretas a alguno de sus “descubrimientos”, como el de la necesaria impugnación acumulativa del Reglamento y acto,<sup>25</sup> y ha especificado de manera explícita la imposibilidad de aplicar en esta materia la técnica del acto consentido (art. 39.4).<sup>26</sup>

25. “Sin que sea exigible al interponer y formalizar el recurso contra el acto individual, declarar formalmente recurridas las normas que aplique”: *Exposición de Motivos de la Ley, IV, 3*. Alguna Sentencia reciente, como la de la Sala 4ª de 18 de febrero de 1969 que se cita en la nota siguiente, parece seguir inexplicablemente la tesis tan explícitamente condenada por la Ley.

26. En la propia *Exposición de Motivos, loc. cit.*, se insiste en ello: “Bien entendido que el no ejercicio de la facultad de impugnación directa no obstará al recurso frente a los actos que se dictaren en aplicación de las disposiciones, fundada en que éstas no son conforme a Derecho”. Es sorprendente, por ello, que algunas Sentencias recientes, posteriores a la Ley, insistan en esa vieja y absurda tesis. Así, la Sentencia de 10 de junio de 1968, Sala 3ª (Confirmada por alguna otra, como la de 3 de julio de 1968): “Considerando que la Orden Ministerial antedicha [de 3 de marzo de 1965, de Hacienda, estableciendo una determinada interpretación de la vieja Ley de la Contribu-



Por otra parte, y esto es capital, al lado del sistema ordinario de inaplicación del Reglamento ilegal, conforme al mandato del art. 7º de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, como ya nos consta, ni siquiera requiere

---

ción de Utilidades sobre tributación de las empresas de seguros] no ha sido objeto de impugnación en tiempo y forma, o por lo menos no lo ha sido por parte de la empresa que en este litigio figura”, por lo que aplica dicha Orden, aunque le niegue luego efectos retroactivos. Aun insiste en otro Considerando: “La virtud incuestionable de la Orden de 3 de marzo de 1965, lo que está hoy ya fuera de duda ante la actitud a su vez de acatamiento, de conformidad, de no objeción jurisdiccional alguna en los contribuyentes —en la empresa aquí recurrente al menos—, es que —con finalidad incluso modificativa o con mero designio interpretativo— desde su fecha, a ningún contribuyente como compañía de seguros le será permitido, de hoy más, poner en duda que al contar entre los suyos con estos seguros de “responsabilidad civil *queda obligado a contribuir —ya sin duda ni tergiversación posibles—* a tenor [de lo dispuesto en dicha Orden]”. Obsérvese que, con toda explicitud, la Sala acepta que aunque la Orden haya modificado (?) la Ley de Utilidades, que decía interpretar, por el hecho de su no impugnación o “consentimiento” por parte de un recurrente, ha surgido de dicha Orden una “obligación a contribuir sin duda ni tergiversación posibles”. ¿No es esto inadmisibile por razones elementales? Pero hay más: esa taumatúrgica Orden con “virtud incuestionable” de modificar la Ley de la Contribución de Utilidades y de crear obligaciones tributarias; ¿no está publicada en el *Boletín Oficial*? Es una circular interna de servicio, como otra Sentencia de la propia Sala 3ª (la de 31 de enero de 1967) había ya reconocido. He aquí, pues, que se pretende dar al principio de “acto consentido” la extraña virtud de convertir en norma jurídica lo que según esta última Sentencia es “una simple circular de servicio sin el más leve de los caracteres de una disposición general de obligado acatamiento”. También recientemente la Sentencia de la Sala 4ª de 18 de febrero de 1969 se apoya para la desestimación del recurso en una norma reglamentaria, y dice: “Norma legal que no fue impugnada al momento de su promulgación ni tampoco ahora se combate... [lo que implica la] imposibilidad de declararla ilegal”. Otra aplicación absolutamente injustificada de la doctrina del acto consentido es la que parece iniciar la reciente Sentencia de la Sala 3ª de 26 de junio de 1969, según la cual por el hecho de haber aceptado sin reclamar la aplicación de una norma supuestamente ilegal no podría posteriormente alegarse la ilegalidad de dicha norma ante otro acto de aplicación, por “la imposibilidad de que pueda mantenerse viva durante un largo período de tiempo cualquier acción impugnatoria de un acto de la Administración, menos aún cuando ha generado actos individualizados de aplicación y éstos han sido consentidos” (lo que pretende deducir nada menos del principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, que no se comprende qué es lo que tiene que ver con el tema de validez de los Reglamentos); y añade: “Por consiguiente, *es obvio* que el recurso jurisdiccional indirecto contra la Ordenanza número 9 del Ayuntamiento de Huelva, *únicamente* podía tener viabilidad ejercitándose *contra la primera liquidación* que en aplicación de la Ordenanza fue girada por el Municipio”, aplicando el principio de acto consentido para enervar el recurso contra un acto de liquidación posterior. Todo esto, además de negar gratuitamente la técnica de la nulidad de pleno derecho, implica introducir en el sistema de validez de las normas un principio dispositivo individual que no tiene cabida posible en dicho sistema; la validez de las normas no depende para nada de la conducta de los súbditos (y menos de algunos súbditos, los recurrentes) respecto de ellas y mucho menos podrá deducirse nunca de esta conducta la prevalencia de una norma

la denuncia, no ya la impugnación del recurrente (aunque aún se conserve en el art. 39.2 una innecesaria referencia a que la ilegalidad reglamentaria ha de ser fundamento de una impugnación, lo que podría inducir a suponer que la inaplicación del Reglamento ilegal no sea una obligación de oficio del Tribunal; al lado de esto, la Ley de 1956 ha configurado positivamente la posibilidad de una anulación *erga omnes* (y no sólo de una simple inaplicación) del Reglamento ilegal, como se infiere de sus artículos 1.1 ("La Jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con... las disposiciones de categoría inferior a la Ley") y 86.2 ("La Sentencia que anulare... la disposición producirá efectos entre las partes y respecto de las personas afectadas por los mismos").<sup>27</sup>

15.a. *El control abstracto mediante recurso directo.* Es en esta posibilidad de la anulación general de Reglamentos donde se han destacado en cierta manera, concentrándose sistemáticamente, como notábamos al principio, las competencias judiciales ordinarias en materia de control de la legalidad de los Reglamentos. En esta figura procesal, sin embargo, el control de la legalidad del Reglamento no pertenece al poder (y deber) del juez de enjuiciamiento normativo previo para poder llegar al enjuiciamiento de fondo de cualquier litigio, sino que se destaca sistemáticamente para convertirse en objeto directo de un litigio, al margen de cualquier problema de aplicación. La doctrina alemana habla por eso de un control "abstracto" de normas,<sup>28</sup> abstracto porque el ejercicio de tal control es el objeto inmediato del proceso especialmente montado al efecto y porque se efectúa con independencia de cualquier problema concreto aplicativo.

---

secundaria respecto a una primaria, la prevalencia —en la fórmula ya aludida de *The Federalist*, *supra*, nota 11— de la voluntad de los agentes sobre la voluntad del pueblo. En otras Sentencias se recuerda la doctrina correcta; así, entre otras, las de la Sala 4ª de 28 de octubre de 1967 y Sala 5ª de 11 de octubre de 1968.

27. Por eso resulta incomprensible que alguna Sentencia pretenda argumentar en favor de una tesis restrictiva (e injustificada, en nuestro sentir; *vid.* mi "Estudio" en *Revista de Administración Pública*, núm. 42, pp. 257 y ss. sobre la legitimación para acudir al recurso directo contra Reglamentos en el hecho de que "de otro modo llegaríamos a la incongruente solución de que anulada la Orden recurrida [la de la Presidencia del Gobierno de 20 de diciembre de 1966, que reglamentó la propaganda comercial aérea] para el Ayuntamiento [recurrente] quedaría en vigor para los demás Ayuntamientos que no la impugnaron": Sentencia de la Sala 3ª de 4 de abril de 1968. Es ignorar tanto el art. 86.2 de la Ley Jurisdiccional como el 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo, según el cual "la estimación de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general implicará la denegación o reforma de dicha disposición".

28. Cfr. G. Badel, *Problema der abstrakten Normenkontrolle*, Berlín, 1965.

Esta valoración abstracta del problema de la validez de las normas es especialmente fascinante. Bajo el influjo de esta institución —decía no hace mucho Max Imboden<sup>29</sup>—, institución desarrollada sobre todo a partir de la segunda postguerra, comienza a cambiar la misma teoría jurídica de las normas.

El control de la legalidad de los Reglamentos a través de esa posibilidad de su anulación general tiene para el ordenamiento jurídico el máximo interés, puesto que permite la eliminación de seudonormas que enturbian la composición de dicho ordenamiento y que hacen obstáculos o impiden la aplicación de las normas verdaderamente tales y de valor superior, que son las Leyes infringidas por los Reglamentos. Cumple, pues, el recurso una finalidad purgativa o purificadora del ordenamiento, finalidad de la que puede decirse que es primariamente relevante "en interés de la Ley" antes que en el interés particular de los recurrentes.<sup>30</sup> El resultado de estos recursos facilita notablemente el proceso aplicativo de las leyes, expurga a éstas de complementos o condicionamientos contrarios a su valor normativo y los protege, en fin, de los *empiètements* abusivos de los funcionarios que, por una derivación normal del mecanismo burocrático, bien conocida, pretende revestir sus propias ocurrencias de la *maiestas* de la Ley y de su invulnerabilidad.

Por otra parte, los efectos necesariamente *erga omnes* de las Sentencias estimativas de estos recursos tienen también un efecto directo de economía procesal, al evitar el planteamiento de multitud de litigios con ocasión de la aplicación del Reglamento ilegal, facilitando a la vez la unidad de calificación de dicha ilegalidad.

16.b. *El control abstracto "en vía incidental"*. La posibilidad de esa impugnación abstracta de los Reglamentos no está limitada en nuestro Derecho al llamado "recurso directo" o dirigido inmediatamente de su publicación contra la validez (total o parcial, pero en todo caso general) del Reglamento. Hay que afirmar que también es posible obtener una

---

29. Imboden, "Normkontrolle und Norminterpretation", en el tomo *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber*, Bern, 1961, p. 133

30. "El principio de unidad de la Administración Pública y la autoridad de los órganos superiores exige la creación de un instrumento idóneo para anular las disposiciones que infringen otras de superior jerarquía, dado que su mantenimiento implica la aplicación de aquéllas por los órganos inferiores de la Administración y que alcance mayor efectividad que preceptos revestidos de formas más solemnes": *Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional*, IV, 3.

anulación general de un Reglamento con ocasión de la impugnación de uno de sus actos aplicativos. Esta posibilidad, sobre la que ya había llamado la atención el profesor García Trevijano,<sup>31</sup> está comenzando a ser desarrollada por nuestra práctica jurisprudencial en forma parece que decidida.<sup>32</sup>

31. García Trevijano, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 2ª ed. Madrid, 1968, p. 300. Distingue correctamente el recurso indirecto contra el Reglamento (en el que impugna, a través de un acto concreto, la propia validez del Reglamento) de la excepción de ilegalidad, en que se inaplica el Reglamento anulándose sólo su acto aplicativo.
32. La Sentencia de la Sala 4ª de 26 de octubre de 1967 objeta sólo a una demanda donde se pedía simultáneamente la declaración de nulidad del acto aplicativo y del Reglamento de que el mismo trae causa, que el Reglamento no fue impugnado "en el escrito de inicio del recurso que marca su órbita, o sea, el acuerdo en razón al cual se formula, como establece el párrafo 1 del art. 57 de la citada Ley [de la Jurisdicción]". Esta objeción permite suponer que si se hubiere incluido en el escrito de interposición la mención del Reglamento y no sólo la de su acto aplicativo, el Tribunal podía haberse pronunciado sobre su validez general en el fallo de la Sentencia. La Sala 5ª, por su parte, en dos Sentencias de la misma fecha y Ponente (Sr. Cruz Cuenca) de 11 de octubre de 1968 (Aranzadi 4120 y 4121) admite abiertamente la posibilidad de una anulación del reglamento con ocasión de un recurso dirigido contra sus actos aplicativos, en términos extraordinariamente positivos, aunque intentando limitar esa posibilidad a un determinado supuesto. La tesis de estas Sentencias es que la falta de impugnación directa por parte de quienes pudieron haberla recurrido implica para éstos que sólo puedan impugnar ya los actos aplicativos de dicha disposición; pero que esta limitación no alcanza al supuesto de falta de disponibilidad del recurso directo (que será el caso normal de todas las disposiciones cuyo cumplimiento por los administrados exige un acto previo de requerimiento o sujeción individual), situación en la cual se podrán impugnar a la vez el acto aplicativo y la disposición de que trae causa. La doctrina de la segunda de estas dos Sentencias es realmente de primera importancia: "Una vez atribuida a los Organos de la Jurisdicción especial la función específica de revisar los preceptos de categoría inferior a la Ley, para declarar la nulidad de aquellos que por quebrantar el principio de jerarquía normativa, consagrado en el art. 17 del Fuero de los Españoles y en el 23 de la de Régimen Jurídico de la Administración, incurren en la nulidad de pleno derecho establecida en el art. 28 de la misma... no es dable reducir la función revisora a los actos concretos de aplicación de la normativa ilegal, como sucedía durante la vigencia del régimen derogado en 1936, por imperativo de lo dispuesto en el art. 3 de la Ley Jurisdiccional de 1894, limitándose a examinar la ilegalidad de la disposición general aplicada, alegada como fundamento o motivo de la impugnación del acto aplicativo, pero sin llegar a pronunciarse acerca de la misma, como procede hacerlo después de la vigencia de la nueva Ley Jurisdiccional, siempre que se pretenda «expresamente», ya sea en la forma exclusiva e inmediata prevista en los párrafos 1º y 3º de su artículo 39, o acumulando inicialmente tal pretensión directa a la que se deduzca contra los actos que se produjesen en aplicación de las mismas, a tenor de lo prevenido en su párrafo 2º, supuesto de acumulación autorizado en el artículo 44 al no ser ambas pretensiones incompatibles entre sí y referirse a disposiciones y actos relacionados directamente como aplicación o ejecución de lo dispuesto en aquéllas". Esta tesis, donde está dicho todo, no hay razón, a mi juicio, para reservarla a las disposiciones que exijan acto de requerimiento o sujeción individual; el principio del consentimiento o aquietamiento procesal que pretende hacerse jugar como obstáculo para la aplicación de

Las razones que amparan esta posibilidad de que con ocasión de la impugnación de un acto se pueda postular (y, por consiguiente, el Tribunal declarar) la declaración general de invalidez del Reglamento de que el acto trae causa, son razones fáciles de establecer. Primero: hay que observar que es éste el modo normal de control abstracto de las normas en el ejemplo paradigmático —y mucho más grave, naturalmente— de la jurisprudencia sobre la constitucionalidad de las leyes. La justiciabilidad de las leyes sólo excepcionalmente se admite "en vía principal", equivalente a nuestro recurso directo contra Reglamentos, siendo lo normal, y desde luego lo prácticamente general, aun cuando se admita también esa otra vía impugnativa, que el tema se plantee "en vía incidental", o con ocasión de la aplicación de la Ley, en un litigio particular concreto.<sup>33</sup> Segundo: existe una razón elemental que abona la necesidad de esta solución en el caso concreto de nuestro recurso contra Reglamentos (estatales), y es que el llamado recurso directo es disponible sólo por un número absolutamente mínimo de recurrentes, y en condiciones de ejercicio, además, arbitrarias desde la perspectiva de la justicia personal, quedando sectores enteros de administrados sin acceso posible a esa vía;<sup>34</sup> ello obliga a admitir una vía

---

tan abierta doctrina en el caso de disposiciones no necesitadas de actos previos para su ejecución o aplicación no es aplicable a las disposiciones, como ya sabemos, es contradictorio con la doctrina de la nulidad de pleno derecho que afecta a éstas cuando incurren en ilegalidad, y supone, en fin, una distinción cuya sutileza no está amparada en ninguna razón de fondo; siendo susceptible de introducir una complejidad innecesaria en la aplicación del recurso.

33. Cfr. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, Padova, 1950, pp. 5 y ss. Capelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, pp. 89 y siguientes. El sistema austriaco se montó originariamente sólo con el sistema de acción directa o principal, pero se reformó en 1929 para admitir la técnica del planteamiento de la constitucionalidad de las leyes en "vía incidental" o con ocasión de un proceso ordinario de cualquier carácter en el que se ventila la aplicación singular de dichas leyes. Cfr. Ermacora, *Der Verfassungsgerichtshof*, Graz, 1956, pp. 83 y ss. En la técnica de inconstitucionalidad de la Constitución española de 1931 también se admitía a la vez que la acción directa, el planteamiento incidental o con ocasión de un pleito de cualquier carácter; el sistema era más bien complejo, por otra parte. Cfr. últimamente, J. Tomás Villarroya, "El recurso de inconstitucionalidad en el Derecho español (1931-1936)", en *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, 11, 1968, pp. 11 y ss. Ocasionalmente, notemos que una de las imperfecciones técnicas que, a mi juicio, son reprochables a nuestro actual recurso de contrafuero —que otras razones, además, impiden calificar de jurisdiccional— es su configuración exclusiva como un recurso directo o en vía principal, disponible además sólo en un plazo preclusivo fugacísimo.
34. Ello es una consecuencia de la construcción legal —aunque, sobre todo, jurisprudencial— de la legitimación para acudir a éste recurso alrededor del principio corporativo: El criterio de la Ley Jurisdiccional, art. 28, 1, b), ha sido llevado a su extremo restrictivo por una jurisprudencia poco incli-

paralela de impugnación de Reglamentos general y no privilegiada, que no puede ser más que la del recurso indirecto, pero admitiendo en él la posibilidad de un pronunciamiento general sobre la validez del Reglamento de cuya aplicación se trata. Tercero: nuestra propia doctrina jurisprudencial hace fácilmente aceptable la fórmula propuesta, que resulta amparada por la famosa tesis de los "vicios de orden público", vicios que el Tribunal tiene competencia para declarar, de oficio incluso, en cuanto los comprueba sobre cualquier actuación de la Administración con ocasión de un proceso, y ello aunque se refieran a actuaciones pasadas y la impugnación fuese extemporánea, o el recurrente careciese de legitimación u otros requisitos de admisibilidad;<sup>35</sup> pues es claro, en efecto, que la ilegalidad de un Reglamento es un vicio "de orden público" como muy pocos, por afectar al imperio de las leyes, a la certeza del Derecho y a la generalidad de los

---

nada, al parecer, a facilitar la impugnación de Reglamentos. Puede verse una crítica del criterio legal y de su restricción jurisprudencial en mis trabajos "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo", en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962, pp. 198 y ss. y "El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos", *Revista de Administración Pública*, 42, 1963, especialmente pp. 283 y ss. Para una restricción jurisprudencial ulterior, T. R. Fernández-Rodríguez, "Los Sindicatos y el recurso contencioso", en el núm. 55, 1968, de la misma *Revista*, p. 133; observa este autor que mi afirmación anterior de que no llegaban a tres docenas las Entidades y Corporaciones que, según la interpretación jurisprudencial, podían hacer uso de la técnica impugnatoria del recurso directo, habría quedado ya rebasada, tras la virtual eliminación de los Sindicatos Nacionales; "la lista en cuestión —concluye— queda, pues, reducida a poco más de una docena de entidades". Esta realidad no tiene ninguna justificación seria. El orden jurídico no afecta a las personas por el intermedio de las Corporaciones, sino directamente, en cuanto sujetos de derechos y obligaciones que son. La decisión sobre el ejercicio de una acción que afecta a los derechos o intereses de una persona no puede quedar al arbitrio de terceros (los gestores de la Corporación, muy frecuentemente, además, designados por la propia autoridad que ha dictado la disposición a impugnar). Por otra parte, hay sectores enteros de la población desprovistos de corporaciones defensivas de sus intereses: un ejemplo obvio en el Derecho Administrativo actual, los funcionarios, que no cuentan con el derecho de asociación (art. 2, apartado 3, de la Ley de 24 de diciembre de 1964) ni con representación sindical alguna. Es arbitrario que esa carencia acarree, además, una privación de la garantía judicial que supone el recurso directo. Frente a estos criterios restrictivos, la Sala 5ª del Tribunal Supremo inició una gallarda e importantísima corriente jurisprudencial, que no parece haberse impuesto, según la cual la legitimación corporativa para el recurso directo ha de entenderse como una adición, y no como una exclusión, de la legitimación individual ordinaria según el criterio simple de interés, la cual legitimación individual, por consiguiente, debe admitirse sin restricción alguna en la impugnación de Reglamentos: Sentencia de 28 de septiembre de 1966 (Ponente, Cervia).

35. *Vid.* T. R. Fernández-Rodríguez "La doctrina de los vicios de orden público en el contencioso-administrativo", en *Revista de Administración Pública*, núm. 56, 1968, pp. 223 y ss.

ciudadanos, como, por otra parte, subraya su calificación de nulidad de pleno derecho. Cuarto: en relación también con lo que acabamos de decir, la eliminación general de un Reglamento ilegal es una posibilidad que hay que estimular y no limitar, puesto que produce un efecto purgativo respecto a la constitución del ordenamiento, haciendo eficaz el imperio de las leyes y despejando su conjunto de imperfecciones e interferencias aplicativas; una ilegalidad de un Reglamento tiene un excepcional efecto multiplicador de ilegalidades a través de sus múltiples actos aplicativos; hay, por último, una elemental razón de economía procesal en eliminar en un solo proceso esa cadena de ilegalidades potenciales, evitando los múltiples procesos que serían precisos para anular la serie indefinida de sus actos aplicativos. Quinto y último: sobre todas esas razones, el único argumento que pudiera hacer obstáculo a la estimación de las mismas podría ser la ausencia de competencia del Tribunal para pronunciar el fallo anulatorio general del Reglamento; pero ese argumento no es posible en nuestro Derecho, a la vista del art. 1º de la Ley Jurisdiccional, que confiere poder inequívoco a los Tribunales contencioso-administrativos para decidir "las pretensiones que se deduzcan en relación con las disposiciones de categoría inferior a la Ley", pretensiones que en cuanto se encuentren en el suplico de la demanda vinculan al Tribunal a decidir (art. 43). No hay, por tanto, objeción posible a la posibilidad de que con ocasión de un recurso indirecto contra un Reglamento, esto es, el dirigido contra sus actos de aplicación, el Tribunal anule *erga omnes* el Reglamento entero, posibilidad que debe ser positivamente estimulada y en la cual radica uno de los más claros progresos de nuestro recurso contencioso.

## II

### LA OPORTUNIDAD DE UN CONTROL MEDIANTE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

17.c. *Dudoso crédito de la legislación administrativa.* En el plano sustantivo, la impugnación abstracta de la validez del Reglamento facilita la aplicación, como criterio de legalidad de los mismos, de los principios generales del Derecho. Esta es una de las más visibles ventajas de esta fórmula procesal, puesto que en la aplicación de dichos principios precisamente a la actividad normativa de la Administración está hoy una de las más necesarias y más altas exigencias de justicia en el mundo en que nos

ha tocado vivir.<sup>36</sup> Por muchas razones, como ya apuntamos al principio, la actividad normativa de la Administración es cada vez más extensa y significativa, envolviendo el ámbito vital de los ciudadanos en forma absorbente. No obstante la justificación que puede encontrarse a este fenómeno y al paralelo de la concreción de los cuerpos legislativos a la determinación de las líneas maestras del ordenamiento, con abandono de las cuestiones técnicas y de detalle, es un hecho de elemental objetividad que la Administración es un legislador de muy dudoso crédito. La Administración es una organización que actúa directamente en el proceso aplicativo de las normas y que en ese proceso retiene intereses propios, intereses puramente corporativos y no necesariamente generales, de los que con frecuencia le es difícil hacer abstracción cuando es a ella misma a quien cumple elaborar las normas. La Administración es una organización ordenada hacia la acción concreta e inmediata<sup>37</sup> más que hacia el planeamiento sereno de un orden tendencialmente permanente.<sup>38</sup> La Administración, en fin, está animada por

36. Cfr. mis estudios. *La lucha contra las inmunidades del poder*, cit., especialmente pp. 195 y ss., y *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, cit. *passim*.
37. Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, XI, 6: "*Puissance exécutive doit être entre les mains d'un monarque, parce que cette partie a presque toujours besoin d'une action momentanée*"; y más adelante: "*La puissance exécutive s'exerce toujours sur des choses momentanées*". Hauriou: "*Le domaine de la vie administrative est le domaine du provisoire, du révocable et du viager*", por diferencia de lo propio de "*le domaine de la vie civile, qui est, au contraire, le domaine du perpétuel et du définitif*"; en ello quiere ver, por cierto, una diferencia entre la validez del Reglamento y la de la Ley (*Précis de droit administratif*, 12. ed., París 1933, p. 565 nota). Por ello, Gerhart Husserl tipifica el hombre del ejecutivo como *Gegenwartsmensch*; como hombre del instante actual, así como el juez es el hombre del sentido del pasado y el legislador el hombre del sentido del futuro, desde una tipología temporal del Derecho; administrar sería un *Zeitmodus der Gegenwart*, en tanto que la actitud propia del legislador es la de un prefigurador del futuro (*Recht und Zeit*, Frankfurt, a. M. 1955, p. 52 y ss.). Hans Huber, en su agudo estudio *Das Recht im technischen Zeitalter*, Bern, 1960, observa que la "infatigable actividad del Estado administrativo consiste en *Reformieren, Eingreifen, Verändern und Umformen* —reformar, intervenir, cambiar y transformar—, por lo que "entre Derecho y Administración, entre Derecho y Estado administrativo existe un cierto antagonismo", por el culto de la eficiencia como valor supremo.
38. Por eso la forma normativa típica de la Administración es la llamada "Ley medida" (*Massnahmengesetz*) o norma que se dirige a resolver un problema concreto y singular (una "medida" para afrontar una situación determinada) más que a definir un orden abstracto con vocación de permanencia. Así lo observó certeramente Carl Schmitt, en su ya clásico estudio *Legalität und Legitimität*, ahora recogido en sus *Verfassungsrechtliche Aufsätze* cit., pp. 265 y ss., observación sobre la cual el concepto de Ley-medida ha concluido por pasar a la teoría general. Vid. Forsthoft, *Ueber Massnahme-Gesetz*, en el *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*; München, 1955, pp. 221 y ss. Hedemann, *Wesen und Wandel der Gesetzgebungstechnik*, en el *Festgabe für Schmidt-*



hombres cuya normal voluntad de dominio no aminora, antes bien exacerba, su inserción burocrática. Es cierto que la burocracia está teóricamente ordenada hacia una posición instrumental y de servicio, pero no lo es menos, y es ya universalmente admitido, que es consustancial a la misma, como la más grave de sus inevitables "disfunciones", la tendencia a la apropiación del aparato, a convertirse en fin y no en instrumento de la organización.<sup>39</sup>

Las normas administrativas reflejan con bastante fidelidad esos caracteres permanentes de su autor. Contra lo que una primera impresión pudiera dejar suponer, es un hecho de fácil comprobación que suelen ser más perfectos como instrumentos normativos las leyes elaboradas por colegios de representantes políticos, entre los cuales sólo excepcionalmente hay verdaderos técnicos, que los Reglamentos salidos de los gabinetes y secretarías técnicas ministeriales. La circunstancialidad de estos Reglamentos, su consustancial fugacidad, subrayada por el cambio normativo frenético que registra la salida diaria del *Boletín Oficial del Estado*, expresión viva de la "legislación motorizada"; el detallismo absorbente; el casuismo, inmediatamente caducado ante las transformaciones sociales y administrativas incesantes; su tendencia hacia la objetualización de los ciudadanos, cuya independencia o libertad, o cuyas iniciativas y facultades rara vez respetan; su interpretación inevitablemente extensiva y centralizadora de toda competencia administrativa y aun la constante autodefinición de nuevas competencias; su esquematismo, tomado del propio ambiente burocrático, desconocedor, cuando no impugnador, de la complejidad del mundo social y económico, son todas ellas notas presentes habitualmente en las normas emanadas de la Administración.

El riesgo de confiar el gobierno de la sociedad humana a una norma de esos caracteres es bien visible y no merecerá la pena insistir en ello. Los escritos de todo orden que describen las "utopías del infierno" o "contrautopías",<sup>40</sup> un universo regimentado y concentracionario, donde

---

Kimpler, Karlsruhe, 1957, pp. 23 y ss. Menger y Wermahn, *Das Gesetz als Norm und Massnahme*, en el tomo 15 de las *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín, 1957. H. Huber, *Das Recht im technischen Zeitalter*, cit. pp. 18 y ss. Zeidler, *Massnahmegesetz und "klassisches" Gesetz*, Karlsruhe, 1961. K. Huber, *Massnahmegesetz und Rechtsgesetz. Eine Studie zum rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff*, Berlín, 1963.

39. Cfr. por todos, S. del Campo, "Organización formal y burocracia", en su libro *Cambios sociales y formas de vida*, Barcelona, 1968, pp. 52 y ss. y citados.

40. Es una manera de referir las obras de Huxley, Orwell y en general de "política-ficción" del futuro. Por ejemplo, Buve, *Utopia als Kritik*, en el vol. colectivo dedicado a Forsthoff, *Säkularisation und Utopie*, Stuttgart, 1967, pág. 37. Freyer, *Teoría de la época actual*, trad. esp., México, 1958, p. 81: "Y causa

se habrá evaporado todo espíritu, donde la fascinación de los instrumentos produce "une sorte d'effacement, de dissolution des buts",<sup>41</sup> parten justamente de ese fenómeno. La experiencia más obvia impone una obligada reserva a cualquier justificación o presunción general que pretendiese otorgarse a la legislación administrativa como expresión correcta del orden jurídico. A nivel de grandes unidades, más bien la presunción debe ser la contraria, la de expresar, tendencialmente al menos, una verdadera "corrupción" del orden jurídico que utiliza las formas jurídicas externas para revestir un contenido material donde los valores radicales de la justicia están ausentes, si no contradichos.<sup>42</sup> No es esta la Ley que la filosofía antigua glorificaba y alababa como expresión de la sabiduría de los padres (*leges patrum*) y como escudo de la libertad y del derecho. Es más bien la Ley como amenaza de la libertad, la Ley como simple regimentación técnica, como expresión de un orden burocrático, ahogador de la espontaneidad humana.<sup>43</sup>

18.d. *Aplicabilidad de los principios generales del derecho*. Pues bien, en tales condiciones resulta inexcusable someter tales normas al contraste con criterios jurídicos materiales. No bastará para que la sociedad humana siga siendo una sociedad de hombres libres ordenada por la justicia un control de esas normas, tan inmediatamente amenazadoras, por los límites externos de legalidad, por la observancia puramente mecánica de formas y del orden distributivo de competencias. El ordenamiento jurídico cuenta con esos principios de justicia material, que son los llamados principios generales del Derecho, nódulos de condensación de valores éticos-sociales y también centros de organización del régimen positivo de las instituciones y animadores de su funcionamiento. Son estos principios los que sostienen y animan un ordenamiento, los que evitan su agotamiento en un simple y estéril juego formal autónomo, los que explican, justifican y miden cada una de las reglas preceptivas finales y les prestan todo su sentido a

---

extrañeza, por cierto, que, mientras todas las utopías hasta Bellamy aproximadamente pintaban el Paraíso en la tierra, la mayoría de las utopías acerca de un mundo circundante, con una producción del todo organizada, un hombre perfectamente civilizado y una Tierra administrada centralmente, más semejan un infierno que un Paraíso".

41. P. Ricoeur, *Previsión économique et choix étique en Esprit*, febrero de 1966, p. 189. "La utopía es el imperio de los metodólogos", afirma certeramente Julien Freund sobre una observación de Max Weber: *Das Utopische in der gegen wärtigen politischen Ideologien*, en el citado tomo *Säkularisation und Utopie*, p. 109.
42. Cfr. F. von Hippel, *Die Perversion des Rechtsordnungen*, Tübingen, 1955.
43. Cfr. Leibholz, "Die Bedrohung der Freiheit durch die Macht des Gesetzgeber", en *Universitas*, 1959, pp. 459 y ss.

través de su inserción en el conjunto ordinamental.<sup>44</sup> La primacía de estos principios generales sobre las determinaciones reglamentarias y, por consiguiente, su aptitud para erigirse en criterios de validez de los Reglamentos parece bastante obvia: los principios generales del Derecho expresan los valores básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad. Estos principios, estos valores básicos, no pueden quedar sin efecto por una normativa puramente secundaria, expresión, no de la voluntad de la comunidad, como ya sabemos, sino de las ocurrencias técnicas de unos agentes puramente gestores. Más bien han de ser por fuerza los principios generales los que determinen la validez de los Reglamentos, puesto que sólo en virtud de ellos pueden éstos insertarse en el ordenamiento y cobrar dentro de éste su valor sistemático propio.

Así ocurre en la generalidad de los Derechos, según veremos, y así lo impone en el nuestro el art. 17 del Fuero de los Españoles, que prohíbe las alteraciones "arbitrarias" del orden jurídico constituido, como un postulado fundamental de seguridad y de justicia. Esta interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad reglamentaria llama necesariamente a principios jurídicos materiales y no formales, a los principios generales del Derecho, y así lo ha entendido con exactitud nuestro Tribunal Supremo.<sup>45</sup>

Este control de la legalidad de los Reglamentos a través de los principios generales del Derecho no es que esté excluido en la técnica de la inaplicación del Reglamento ilegal a los casos concretos, puesto que tal inaplicación es también obligada cuando lo contrario viniese a implicar la inaplicación de principios generales de observancia inequívoca, pero, evidentemente, es un hecho que tal control puede utilizarse sistemáticamente con mucho más alcance a través de la técnica del proceso dirigido a enjuiciar un Reglamento en su validez general. Este es, además, un hecho de común experiencia, observable en el Derecho comparado en todo el amplio campo del control judicial de las normas, bien de las normas reglamentarias, bien de las Leyes mismas por el criterio de su constitucionalidad.

---

44. Cfr., las referencias de la nota 5, *supra*.

45. Cfr. mi citado estudio *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, donde se glosan dos Sentencias del Tribunal Supremo que establecen el principio, sobre la base del art. 17 del Fuero de los Españoles.