

# DESAPLICACION DEL REGLAMENTO ILEGAL

AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ

Profesor Agregado de Derecho Administrativo  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Univ. de la República - Montevideo (Uruguay)

Antes de entrar en el tema debemos efectuar dos precisiones: 1. Cuando hablamos de reglamento, nos referimos a lo que en la doctrina alemana se denomina reglamento jurídico<sup>1</sup> por oposición al reglamento administrativo<sup>2</sup>, también conocido entre nosotros con el nombre de reglamento jerárquico<sup>3</sup> y 2. Cuando hablamos de ilegal nos referimos no sólo a la colisión del reglamento con la ley en sentido formal, sino también con cualquiera otra norma de rango superior: Ley, Constitución, determinados principios generales del Derecho, determinados reglamentos, etc., integrantes de lo que Hauriou denominaba el "bloque de la legalidad"<sup>4</sup>.

## I. EL ASUNTO CONTROVERTIDO

1. Con frecuencia, abogados funcionarios públicos sostienen que ante un reglamento ilegal la Administración debe proceder a la aplicación del reglamento pese a su ilegalidad.

\*Exposición realizada el 7 de abril de 1988 en el marco de las Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo.

<sup>1</sup>"Entendemos por reglamentos jurídicos aquellos actos de creación jurídica de la Administración que ponen en vigor reglas generales (proposiciones jurídicas) de obligatoriedad general". Forsthoff. *Tratado de derecho administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958, 191.

<sup>2</sup>Los reglamentos administrativos son preceptos generales de la Administración que sólo poseen obligatoriedad administrativa interna, y por esa característica se distinguen de los reglamentos jurídicos", Forsthoff *cit.* 201.

<sup>3</sup>A. Méndez, *La jerarquía*. Amalio M. Fernández. Montevideo. 1973. 112.

<sup>4</sup>M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*. (10<sup>e</sup> éd.). Sirey. Paris. 1921, 67.

Fundan su posición en el principio de que los reglamentos deben aplicarse hasta que no sean derogados.

Y cuando quien debe aplicar el reglamento está subordinado jerárquicamente al órgano que lo dictó, agregan además, que su desaplicación implica una subversión de la jerarquía y trae como consecuencia una anarquía administrativa.

## II. DISCUSIÓN

### 1. Ninguno de esos argumentos nos parece convincente.

La alusión a la anarquía administrativa configura una falacia no formal —al decir de Gordillo—, ya que “considera las consecuencias de la decisión, antes que la fundamentación de la misma”<sup>3</sup>, por lo que no puede tomarse nunca como un argumento principal.

Por otra parte, no advertimos tal anarquía. En efecto, ella se denuncia ante la posibilidad de que pudieran existir distintas interpretaciones entre quienes deban aplicar el reglamento y por consiguiente aplicaciones diferentes. Pero, ... ¿ese riesgo no existe siempre cuando varios órganos son competentes para aplicar una misma norma o cuando cambian los titulares de un mismo órgano?

Es más, nadie duda que el acto subjetivo de aplicación de un reglamento ilegal resulta ilegítimo. Su anulación está prevista en el segundo inciso del artículo 25 del Decreto-Ley 15.524, de 9 de enero de 1984. En consecuencia, ¿la anulación jurisdiccional y una eventual condena por daños y perjuicios no son más perjudiciales para la Administración, que la desaplicación del reglamento ilegal? ¿A qué entonces arriesgar a la Administración a una sentencia anulatoria y a una acción reparatoria si ello se puede evitar con la desaplicación del reglamento ilegal?

2. El argumento de la subversión de la jerarquía no tiene en cuenta que el término “jerarquía” lo empleamos con significados diferentes cuando nos referimos al valor y fuerza de las distintas normas y cuando nos referimos al vínculo técnico caracterizador del sistema orgánico centralizado<sup>4</sup>.

<sup>3</sup>A. Gordillo. *Tratado de derecho administrativo*. Ediciones Macchi. Buenos Aires. 1987, t. 3. ix-37.

<sup>4</sup>En este último sentido la jerarquía es “una relación técnica de carác-

Conforme a nuestro sistema constitucional, en principio, en el ámbito nacional la potestad reglamentaria corresponde al Poder Ejecutivo (artículo 168 numeral 4º de la Constitución). Y el Poder Ejecutivo además es el órgano jerarca del sistema orgánico del mismo nombre. De manera que el mismo órgano puede dictar reglamentos jurídicos y administrativos, que tienen como se sabe, alcances muy distintos.

En ese caso, "los funcionarios no están vinculados a los Reglamentos (jurídicos) como consecuencia de su subordinación jerárquica, sino en cuanto que dichos Reglamentos forman parte del ordenamiento jurídico, del Derecho objetivo". No está pues aquí en juego la jerarquía, elemento definidor de la centralización, sino el principio de la jerarquía de las normas.

Con todo, puede ocurrir que por medio de una orden<sup>8</sup>, (la que será ilegítima, por supuesto), el jerarca imponga a sus subordinados la aplicación de un reglamento ilegal<sup>9</sup>. Pero entonces nos trasladamos del tema en estudio al del cumplimiento de las órdenes, el que deberá encararse en función del deber de obediencia y del derecho de examen<sup>10</sup> sin que para nada ello altere la ilegitimidad del eventual acto de ejecución<sup>11</sup>.

3. Nos queda finalmente el primer argumento: el principio de que los reglamentos deben aplicarse hasta que no sean derogados.

---

ter interno y naturaleza administrativa regulada jurídicamente para asegurar la unidad estructural y funcional mediante subordinación", Méndez, *cit.* 23.

<sup>8</sup>E. García de Enterría - T. R. Fernández. *Curso de derecho administrativo* (4ª ed.). Civitas. Madrid, 1983. t. I. 222.

<sup>9</sup>Las órdenes "son manifestaciones de voluntad jerárquica imponiendo al inferior la realización de un acto, operación o ejercicio de una conducta determinada", Méndez. *Ob. cit.* 82.

<sup>10</sup>García de Enterría *cit.* 222.

<sup>11</sup>Ver Méndez, *cit.* 97 ss.

<sup>12</sup>El orden interno se encuentra al servicio del orden externo. "El reglamento jerárquico se caracteriza, además, por ocupar el último puesto en el orden de prelación normativa. Su validez está condicionada por las normas constitucionales, legales y reglamentarias casi en la situación en que se encuentran los actos jurídicos subjetivos. Y aunque es "espontáneo", al decir de Hauriou, en cuanto proviene de la propia jerarquía y no del directo impulso legal, está necesariamente aprisionado en el reducto que le predeterminan de manera inmediata la ley y los reglamentos de ejecución". Méndez, *cit.* 117.

Dicha regla es cierta. No es sino la aplicación del antiguo principio "legem patere quam ipse fecisti", que impone la inderogabilidad singular de los reglamentos<sup>12</sup>; inderogabilidad singular que alcanza no sólo al órgano autor de la norma, sino aún a otros órganos de superior posición institucional y, por supuesto, a los de inferior jerarquía<sup>13</sup>. Y esta inderogabilidad singular de los reglamentos no es sino una de las especificaciones del principio de legalidad<sup>14</sup>.

Pero ocurre que el ordenamiento jurídico comprende normas de diversa naturaleza y de distinto valor y fuerza. Y el principio de legalidad no sólo impone la inderogabilidad singular del acto jurídico general, sino también la sumisión de las normas de menor valor a las de mayor valor. Por tanto, ante una contradicción entre una norma infravalente y otra supervalente, prima la última y ha de aplicarse ésta, salvo que el derecho positivo prevea una solución distinta, como ocurre en nuestro país con las leyes constitucionales.

Esta segunda especificación del principio de legalidad tiene su origen próximo en la consagración del principio de separación de poderes y en la idea rousseauiana de la superioridad de la ley como expresión de la voluntad general<sup>15</sup>; aunque más remotamente, no otra cosa que el principio de la jerarquía de las normas aplicaba Santo Tomás de Aquino cuando explicaba el distinto valor de la ley eterna, la ley natural y la ley humana<sup>16</sup> y, aún mucho antes, Aristó-

<sup>12</sup>Encontramos ya en Aristóteles en germen este principio cuando decía: "Es verdadera garantía de un buen gobierno el cumplimiento de las leyes; por consiguiente, debe evitarse toda transgresión por pequeña que sea; las causas insensibles acaban por minar sordamente el Estado, así como los gastos pequeños pero múltiples, destruyen las fortunas poderosas... Notemos que muchos gobiernos, aristocráticos y oligárquicos se sostienen menos por la bondad de su constitución que por la medida de los gobernantes, tanto para con sus colegas como para los simples ciudadanos", *La Política*. Editorial Tor S.R.L. Buenos Aires. 1965, 174.

<sup>13</sup>García de Enterría, cit. 206 ss.

<sup>14</sup>García de Enterría, cit. 208.

<sup>15</sup>J. C. Cassagne, *Derecho administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1982, t. II, 64; Forsthoff, cit. 185.

<sup>16</sup>Tomás de Aquino, *Tratado de la ley, de la Suma Teológica* 1-2, q. 93 a 95, en "Tratado de la ley - Tratado de la Justicia - Opúsculo sobre el Gobierno de los Príncipes". Editorial Porrúa S. A. México. 1975, 18 ss.

teles, cuando sostenía que lo justo natural era superior a lo justo legal<sup>17</sup>.

De esto se deriva que la Administración queda sujeta a la ley, y el reglamento al acto legislativo formalmente hablando. Y los criterios ónticos de Santo Tomás y Aristóteles hacen, además, que el reglamento quede también subordinado a otras reglas de derecho como por ejemplo, determinados principios generales del derecho.

El principio de la inderogabilidad singular del acto general, cede así ante el principio de la jerarquía de las normas, única forma de mantener la coherencia del ordenamiento jurídico y armonizar las dos especificaciones señaladas del principio de legalidad.

Por eso, una doctrina abundantemente mayoritaria sostiene que la Administración debe abstenerse de aplicar el reglamento ilegal. Tal ha sido, por ejemplo, la tendencia invariable de la jurisprudencia francesa<sup>18</sup>, la posición de Forsthoff<sup>19</sup> en Alemania, de García de Enterría y Fernández<sup>20</sup> en España, de Gordillo<sup>21</sup> en Argentina y de Sayagüés Laso<sup>22</sup> y Cassinelli Muñoz<sup>23</sup> en nuestro país.

Incluso, podemos decir que la concepción aristotélica de la equidad<sup>24</sup>, que abre una brecha en el principio de la inderogabilidad singular del acto regla, coadyuva para afirmar la desaplicación del reglamento ilegal.

4. En estricta lógica, cabe concluir, pues, por lo expuesto, la Administración debe abstenerse de aplicar el reglamento ilegal aun cuando éste no haya sido derogado. Y ello con mayor razón tra-

<sup>17</sup>Aristóteles, *La Gran Moral*, en "Moral —La Gran Moral— Moral a Eudemo". Espasa Calpe. Colección Austral. Madrid 1976, 64.

<sup>18</sup>R. Odent, *Contentieux administratif*. Les Cours de Droit. Paris. 1970-1971. 2ème tirage. Fascicule 1, 1332; M. Bailly, *L'acte réglementaire illégal et le décret du 28 novembre 1983*, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger* (Paris) 1985 (Vol. 6) 1520 ss.

<sup>19</sup>Forsthoff, *cit.* 201.

<sup>20</sup>García de Enterría, *cit.* t. I. 219 ss.

<sup>21</sup>Gordillo, *cit.* t. I. (1974) v 54.

<sup>22</sup>E. Sayagüés Laso, *Tratado de derecho administrativo*. Montevideo. 1974. t. I, 129 s. y 442 s.

<sup>23</sup>H. Cassinelli Muñoz, *La defensa jurídica de la Constitución*, en "Defensa de la Constitución Nacional". Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Montevideo. (2ª Serie) Nº 2 (1986) 17 y 21.

<sup>24</sup>Aristóteles, *Moral a Nicómaco*, Espasa-Calpe. (Colección Austral). Madrid. 1972, Libro Quinto. Capítulo x, 151 ss.

tándose del Poder Ejecutivo, cuya misión tradicional (que es recogida en el artículo 168 numeral 4º de la Constitución) es la de ejecutar y hacer ejecutar las leyes. Si dicta un reglamento ilegal, además de violar la ley infringe la Constitución; y la infringe doblemente si además procede a la aplicación del reglamento, tanto si lo hace por parte de su órgano jerarca como a través de cualquiera de los componentes de su sistema orgánico.

Por otra parte, si la colisión del reglamento es con un acto legislativo formal, la aplicación de aquél desnaturaliza el principio de separación de poderes.

Esta conclusión se refuerza en nuestro derecho positivo cuando —como hemos visto— el artículo 25 del Decreto-Ley Nº 15.524 prevé la anulación por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de los actos administrativos subjetivos dictados en aplicación de un reglamento ilegal, aun cuando éste no haya sido impugnado. Esta anulación sólo tiene sentido si se considera al acto subjetivo. Y si es ilegítimo, la Administración debe abstenerse de dictarlo.

### III. UNA PRECISIÓN FUNDAMENTAL

I. No obstante lo expresado, Gordillo, luego de afirmar la solución que preconizamos, efectúa una precisión: "ello siempre que no se afecten derechos subjetivos adquiridos al amparo de la reglamentación anterior"<sup>25</sup>.

Es generalmente admitido que los reglamentos pueden crear derechos<sup>26</sup>. Pero estos derechos creados por el reglamento no son propiamente "derechos adquiridos"<sup>27</sup>.

Hablamos de de echos adquiridos cuando éstos han ingresado al patrimonio de un sujeto<sup>28</sup>. Y tratándose de derechos de origen reglamentario, asumen la calidad de derechos adquiridos por imperio

<sup>25</sup>Gordillo, *cit.* t. 1, v 52.

<sup>26</sup>Hauriou, *cit.* 56.

<sup>27</sup>P. Auvret, *La notion de droit acquis en droit administratif français*, en *Revue du Droit Public* (Paris) 1985 (Nº 1), 68.

<sup>28</sup>E. Soto Kloss, *Los derechos adquiridos en el derecho público chileno. (Réquiem para una ineptia doctrinaria)*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Santiago), t. 81 (1984) Primera parte (Sección Derecho), 21.

del acto subjetivo dictado en ejecución del reglamento<sup>20</sup> o, también, cuando ocurre el supuesto de hecho previsto por el acto reglamentario. Esta última hipótesis es la que nos interesa para el tema que hoy nos ocupa.

2. Compartimos la precisión de Gordillo. Así como en otra oportunidad sostuvimos la improcedencia de la revocación de oficio —y aún con recurso por razones de mérito— de un acto administrativo subjetivo estable<sup>21</sup>, afirmamos la improcedencia de la desaplicación de una reglamentación ilegal en los casos en que hayan surgido derechos adquiridos al amparo de dicho reglamento.

Sin embargo, advertimos que esto es combatido por sectores ideológicos de lo más disímiles. En efecto, no es admitido por los cultores de un racionalismo liberal puro, porque no se adecúa a la lógica de su sistema. No es admitido por los totalitarios porque al ser el hombre para ellos una simple pieza al servicio del engranaje al cual integra, la noción de derechos adquiridos carece de sentido, o por el contrario, desde otra perspectiva, constituye un obstáculo que hay que derribar para poder imponer su nuevo orden. Y tampoco es admitido por otros, que con no poca frivolidad intelectual y con total inconsecuencia a los postulados de base que declaran sostener<sup>22</sup>, aplican rígidos moldes liberales decimonónicos, ignorando que han sido superados y sin advertir que sirven a fines colectivizantes que no comparten.

3. Nuestro Joaquín Torres García, al efectuar la crítica al cubismo y ciertas corrientes pictóricas posteriores —sin dejar de reconocer sus aportes y las excelencias de algunos pintores— nos decía que el arte moderno no ha jugado limpio. Para lograr su finalidad sacrificó algo que no debía sacrificar. La raíz del mal radicó en haber deformado el objeto, haber quebrado su unidad; con lo cual creó otro objeto. un objeto monstruoso, un objeto inexistente que no responde a nada real. "El pintor cubista mira sólo a lo subjetivo; no percibe el mundo objetivamente". Ha cortado con la naturaleza, ha cortado absolutamente con el mundo.

<sup>20</sup>Auvret. *La notion*, cit. 68.

<sup>21</sup>A. Durán Martínez. *Revocación del acto administrativo*, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*. t. iv (1987) Nº 21, 157.

<sup>22</sup>Soto Kloss, *Los derechos adquiridos*, cit. 13.

Sin embargo, afirmaba que esta situación habrá de salvar al arte moderno, porque no es soportable. El pintor volverá sus ojos hacia las cosas, hacia la naturaleza. Pero no para imitarla. No puede volver a ninguna de las etapas que dejó atrás. Al acercarse nuevamente a la realidad, o sea al punto del que partió, no puede hacer lo que hizo entonces; pero tampoco lo otro, lo que hizo después, la abstracción total. ¿Qué debe hacer pues...? Debe captar la verdadera esencia del objeto y a partir de allí construir. "Debe proceder como cuando imitaba, pero construyendo"<sup>22</sup>.

El racionalismo cartesiano, al separar la materia del espíritu<sup>23</sup>, quebró la unidad del hombre. Su evolución posterior, al ignorar, y en algunos casos negar, su finalidad trascendente lo desnaturalizó. Creó otro hombre, un hombre abstracto, monstruoso, inexistente, que nada tiene que ver con la realidad. El subjetivismo desplaza a lo objetivo. El hombre concreto se ha visto degradado; al decir de Sampay, "entró a la modernidad siendo poco menos que un ángel y remata siendo poco más que un mono"<sup>24</sup>.

Sobre la base de esta filosofía, que no jugó limpio porque sacrificó algo que no debía sacrificar, se construyó el estado de derecho liberal burgués. Innegablemente tuvo aportes valiosos, porque sus moldes y su técnica fueron dibujados por exquisitos pintores. Pero su error intrínseco pronto provocó su crisis<sup>25</sup>. Y esta crisis no sólo engendró los totalitarismos conocidos del siglo xx, sino también —porque la situación no era soportable— provocó el surgimiento del estado social de derecho.

En el estado social de derecho, sin perjuicio de adoptar lo rescatable del estado liberal, el Estado se vuelca a la naturaleza, al hombre en su verdadera dimensión; capta su esencia y a partir de ella moldea a la sociedad conforme a las exigencias de la justicia social. Procedemos como cuando imitábamos, pero construyendo.

<sup>22</sup>J. Torres García. *Lo aparente y lo concreto en el arte*. Capítulo Oriental N° 41. Centro Editor de América Latina. Montevideo. 1969, 24 a 32.

<sup>23</sup>Para Descartes el ser humano se desdobra en dos substancias individualmente completas: espíritu puro y materia. J. Maritain, *Religion et culture*. Desclée de Brouwer. Paris. 1930, 42.

<sup>24</sup>A. E. Sampay, *La crisis del estado de derecho liberal burgués*. Editorial Losada. Buenos Aires. 1942, 207.

<sup>25</sup>Sobre la crisis del Estado de Derecho liberal burgués, ver Sampay *cit.*



Y en esta vuelta a la realidad redescubrimos al hombre, al individuo con su personalidad, al odioso yo de Pascal junto al ser más noble y perfecto de toda la naturaleza de Santo Tomás<sup>26</sup>.

Este hombre, que es lo único que constituye un fin en sí mismo en el plano terrenal<sup>27</sup>, necesita y exige seguridad. Por tanto, ella forma parte del bien común, configura uno de los fines primordiales del Derecho<sup>28</sup> y se erige en uno de los principios generales del derecho que derivan de la personalidad humana reconocidos por el artículo 72 de la Constitución, de máximo valor formal en nuestro ordenamiento.

La seguridad, consistente en una salvaguardia de la persona y su patrimonio, es precisamente garantida por los artículos 7, 32 y 72 entre otros, de nuestra Constitución. De aquí deriva el reconocimiento y protección de los derechos adquiridos, que hace que cuando éstos existen no sea posible la desaplicación del reglamento ilegal que posibilitó su surgimiento.

El principio de legalidad no es un fin en sí mismo sino instrumental al servicio de la persona. Por otra parte, al ser el principio de seguridad uno de esos principios inherentes a la personalidad humana, no sólo es integrante del "bloque de la legalidad", sino que también lo preside; por tanto, podrá haber contradicción entre seguridad y una ley, pero nunca entre seguridad y legalidad<sup>29</sup>.

<sup>26</sup>J. Maritain, *La persona y el bien común*. Club de Lectores. Buenos Aires 1968, 35 ss.

<sup>27</sup>"Hablando propiamente, no hay más que un fin en sí: Dios pero si se quiere encontrar uno sobre la tierra, es al hombre a quien hay que buscar, al hombre para quien la sociedad es un simple medio, desde luego necesario", L. Le Fur, *El fin del derecho: bien común, justicia, seguridad*, en Le Fur, Delos. Radbruch. Carlyle, "Los fines del Derecho = bien común, justicia, seguridad". Unam. México. 1975, 27.

<sup>28</sup>J. T. Delos, *Los fines del derecho: bien común, seguridad, justicia*, en Le Fur, *cit.* 46.

<sup>29</sup>Incluso Locke, el padre del liberalismo, admitió con su noción de prerrogativa el proceder contrario a la ley en determinadas circunstancias y en función de principios superiores. ("A esa facultad de actuar en favor del bien público siguiendo los dictados de la discreción, sin esperar los mandatos de la ley, e incluso en contra de ellos, se llama prerrogativa"). J. Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*. Aguilar. Madrid. 1969, 124. Es que para éstos los hombres entran en la sociedad política para "salvaguardarse mejor en sus personas, libertades y propiedades", *Ob. cit.* 96.

Es que nuestro ordenamiento jurídico tiene como centro el hombre. No el hombre abstracto que no necesita seguridad, ni el colectivista que no la exige, sino "el hombre de carne y hueso —como gustaba decir don Miguel de Unamuno—, el que nace, sufre y muere —sobre todo muere—, el "que come y bebe y juega y duerme y piensa y quiere; el hombre que se ve y a quien se oye, el hermano, el verdadero hermano"<sup>40</sup>, con toda su dimensión personal.

<sup>40</sup>M.. de Unamuno, *Del sentimiento trágico de la vida*. Editorial Losada. Buenos Aires. 1964, 7.