

INSTRUCCIONES Y CIRCULARES COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

POR

M. BAENA DEL ALCÁZAR

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: A) Generalidades. B) Precisiones terminológicas.—II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: A) Doble significado de las Circulares e Instrucciones. B) El planteamiento en el Derecho extranjero: a) En el Derecho francés. b) En el Derecho italiano. c) En el Derecho alemán. C) El problema en el Derecho español: a) Puntualizaciones previas. b) Instrucciones y Circulares en sentido material y en sentido formal: 1. La distinción en Derecho positivo. 2. Posturas doctrinales. c) Cuestiones que se plantean: 1. Criterio de distinción. 2. El problema de la potestad reglamentaria de las Autoridades inferiores al Ministro.—III. POSIBILIDAD DE VALIDEZ DE LAS CIRCULARES REGLAMENTARIAS EN DERECHO ESPAÑOL: A) Soluciones propuestas. B) Nuestra posición.

I. INTRODUCCIÓN.

A) *Generalidades.*

El estudio de las fuentes escritas del Derecho administrativo suele centrarse normalmente en las disposiciones de mayor rango formal, perdiendo de vista con ello el hecho de que muchas veces los administrados se encuentran afectados de un modo más inmediato por las disposiciones de rango más humilde que emanan de las autoridades inferiores.

Estas disposiciones de rango menor son en Derecho español las Instrucciones y Circulares que van a ser objeto de estudio en este trabajo (1).

(1) Además de la bibliografía que se cita más adelante, véanse, con carácter puramente indicativo, los siguientes trabajos: AMORTH, *Efficacia esterna delle circolari amministrative*, «Revista italiana de Diritto finanziario», 1941, II, 137; BRASZ y TOLLENAERE, *Administration par circulaire*, «Journées administratives», Bruxelles, 1958; CAMMEO, *Valore regolamentare di atti o istruzioni ministeriali*, «Giustizia Amministrativa», 1900, III, 273; *La violazione delle circolari come vizio di accesso di potere*, «Giustizia Amministra-

Durante la investigación que intentamos realizar vamos a intentar resolver los siguientes problemas: En primer lugar, parece necesario efectuar una distinción entre las diversas especies de Circulares, ya que este nombre cubre realidades completamente diferentes bajo un término común. En segundo lugar, vamos a enfrentarnos con el problema de quién puede dictar válidamente en nuestro Derecho Instrucciones y Circulares, sean de la naturaleza que sean. Por último, y como es lógico, en el transcurso de este trabajo se tratará de solucionar las dudas que pueden surgir, y efectivamente surgen, a la vista de nuestro Ordenamiento jurídico positivo y en especial de lo dispuesto respecto al tema por la Ley de Régimen Jurídico y por la de Procedimiento Administrativo (2).

B) *Precisiones terminológicas.*

La primera dificultad con que nos enfrentamos es la imprecisión terminológica, ya que se manejan comúnmente en la doctrina y la legislación españolas los términos «Instrucciones» y «Circulares», por lo que puede afirmarse con ROYO-VILLANOVA (3) que en este punto no está nada clara nuestra terminología legal. Pero el problema se complica todavía más por el empleo de la expresión «medidas de orden interior», que ha tomado carta de naturaleza en las obras de los autores franceses. Vamos a exponer el diverso empleo de la terminología para expresar después nuestra posición.

Un primer sector doctrinal utiliza la expresión «medidas de orden interior» con un valor muy general que comprende a las demás denominaciones. Así, COCATRE ZILGIEN (4) se refiere a dichas medidas efectuando una distinción entre las de planteamiento concreto y particular y las de planteamiento abstracto e impersonal, dentro de las cuales se incluyen los Re-

tiva», 1912, III, 107; *A proposito di circolari e istruzioni*, «Giustizia Amministrativa», 1920, III, 1; CHARLIER, *Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre interieur*, «Jurisclasseur periodique», 1954, I, núm. 1.169; CHEVALIER, *L'instruction de service et le recours pour excés de pouvoir*, Thése, Nancy, 1924; LEVANTAL, *L'annulation pour excés de pouvoir des circulaires administratives*, Chroniques, Recueil Dalloz, 1954, t. I, pág. 99; RIVERO, *Les mesures d'ordre interieur administratives*, Thése, París, 1934.

(2) De estos problemas se ha ocupado en nuestro Derecho BOQUERA en su artículo *La publicación de disposiciones generales*, Madrid, enero-abril de 1960, núm. 31 de esta REVISTA, págs. 57 y sigs.

(3) ROYO-VILLANOVA, A. y S., *Elementos de Derecho administrativo*, I, 26.ª ed., 1965, página 59.

(4) COCATRE ZILGIEN, *La nature juridique des mesures d'ordre interieur en Droit administratif français*, «Revue Internationale des Sciences Administratives», 1958, número 4, pág. 489.

glosamientos interiores de algunos Cuerpos y las Circulares e Instrucciones de servicio que tienen carácter general. Igualmente LAUBADÈRE (5) se refiere a las medidas de orden interior, distinguiendo dentro de ellas dos grupos, uno de los cuales está constituido precisamente por las Circulares e Instrucciones de servicio, mientras que el otro engloba medidas distintas. Entre nosotros, ORTIZ DÍAZ (6) considera igualmente la expresión «medidas de orden interior» como el término más general que comprende a los demás.

Un sector doctrinal diferente, en el que deben mencionarse a WALINE y RIVERO (7), distingue entre Circulares e Instrucciones por una parte y medidas de orden interior por otra. Todavía habría que aludir a una subdivisión que formula WALINE (8), según el cual los Ministros pueden dar órdenes individualmente a un funcionario determinado, o bien órdenes colectivas a todos los subordinados o a una categoría de ellos. Siempre según WALINE, se llama a los actos por los cuales son formuladas estas órdenes, Instrucciones de servicio, y si las órdenes son colectivas, Circulares.

Nosotros vamos a emplear indistintamente en el transcurso de este trabajo las expresiones «Circular» e «Instrucción», sin hacer referencia a ninguna otra. Rechazamos el empleo del término «Resolución», a pesar de que se emplea frecuentemente para designar a las disposiciones reglamentarias emanadas de autoridades inferiores al Ministro, para evitar la confusión que podría existir entre estas «Resoluciones» y los actos administrativos, bien individuales, bien dirigidos a una pluralidad indeterminada de sujetos. Igualmente rechazamos el uso de la expresión «medidas de orden interior», no sólo porque no ha sido aceptada por nuestro Derecho positivo, sino también porque, como recuerda un autor francés (9), «de orden interior» es una expresión que puede querer decirlo todo o no querer decir nada, y en cuanto a la palabra «medida», no es tampoco de una extrema precisión. Queda, pues, bien claro que en el transcurso de este trabajo nos

(5) LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, I, 3.ème édition, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1963, págs. 257 y 58.

(6) ORTIZ DÍAZ, *Las Circulares, Instrucciones y medidas de orden interior ante el curso de exceso de poder en la jurisdicción del Consejo de Estado francés*, núm. 24 de esta REVISTA, Madrid, septiembre-diciembre de 1957, pág. 338.

(7) WALINE, *Droit administratif*, 9.ème édition, Sirey, Paris, 1963, págs. 291 y 51, y RIVERO, *Droit administratif*, 2.ème édition, Dalloz, Paris, 1962, págs. 87 y ss.

(8) WALINE, ob. y loc. cit.

(9) COCATRE ZILGIEN, *La nature juridique des mesures d'ordre interieur en droit administratif français*, «Revue Internationale des Sciences Administratives», 1958, número 4, pág. 488.

referiremos únicamente a las Instrucciones y Circulares, debiendo tenerse en cuenta que, como recuerda BOQUERA (10), no son dos realidades distintas, sino dos denominaciones de una misma cosa.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

A) *Doble significado de las Circulares e Instrucciones.*

Pero el hecho de que el término «Circular» y el término «Instrucción» signifiquen la misma cosa en nuestro Derecho positivo, no prejuzga que exista un régimen unitario de las Circulares e Instrucciones. Por el contrario, existen varias especies de Circulares e Instrucciones completamente distintas. Como recuerda S. MARTÍN-RETORTILLO (11), las Circulares (e Instrucciones) administrativas enunciadas así, sin más concreción, constituyen un *genus* complejo que exige inicialmente determinar su contenido.

En efecto, podemos distinguir dos especies de Circulares e Instrucciones. Por una parte, las de carácter interno, que por ser una manifestación de la jerarquía administrativa (12), no afectan más que indirectamente a los terceros y, en consecuencia, no plantean problemas de gran consideración. Por otra parte, las llamadas Instrucciones y Circulares reglamentarias que contienen, bajo la veste de una Circular, verdaderos Reglamentos que son, naturalmente, fuente de Derecho administrativo (13). Estas últimas Circulares plantean algunos problemas que son de difícil solución a la vista de nuestro Derecho positivo. Tales son la distinción entre las Circulares e Instrucciones reglamentarias y las que son una simple manifestación de la jerarquía, y el problema de si son o no válidas en nuestro Derecho las Circulares reglamentarias. Por último, supuesta una respuesta afirmativa a la segunda cuestión, es preciso averiguar quién tiene potestad para dictar dichas Circulares reglamentarias. Para solucionar estos problemas vamos a estudiar primeramente el planteamiento de la cuestión en Derecho comparado, para examinar luego la situación jurídico-positiva española y los puntos de vista de nuestra doctrina acerca de la cuestión.

(10) BOQUERA, *La publicación de disposiciones generales*, núm. 31 de esta REVISTA, Madrid, enero-abril de 1960, pág. 72, en nota.

(11) MARTÍN-RETORTILLO, S., *Exceso de poder como vicio del acto administrativo*, número 23 de esta REVISTA, Madrid, mayo-agosto de 1957, pág. 152, en nota.

(12) Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1963.

(13) Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1962.

B) *El planteamiento en el Derecho extranjero.*

En este trabajo intentamos exclusivamente resolver varias cuestiones que se plantean en Derecho positivo español acerca de las Instrucciones y Circulares. No obstante, parece útil efectuar un somero examen del Derecho comparado sobre la materia con el doble objeto de demostrar que el planteamiento en Derecho español reviste unos caracteres propios de peculiaridad y originalidad, y, al mismo tiempo, con la intención de extraer de las formulaciones de la doctrina y la jurisprudencia extranjeras los elementos que resulten útiles para solucionar las dificultades que se plantean a la vista de la legislación española. Examinemos sucesivamente la cuestión en Derecho francés, italiano y alemán.

a) *En el Derecho francés.*

En el Derecho francés (14) se tiene una plena conciencia de la importancia que revisten las Circulares e Instrucciones en la vida de la Administración y, por consiguiente, en la esfera de la actuación de la misma, tanto interna como externa. Así, por ejemplo, recuerda WALINE (15) que cualquier funcionario tiene siempre una cierta tendencia a obedecer antes a una Circular, incluso de legalidad dudosa, que a la Ley misma; y VEDEL (16) afirma que la cuestión tiene un gran interés, sobre todo si se tiene en cuenta que en razón de su carácter jerarquizado y centralizado, la Administración francesa da en la práctica una gran importancia a las Circulares. Numerosos funcionarios creen que una Ley no es aplicable hasta que un Ministro la haya hecho suya de alguna manera en una Circular.

La postura general de la doctrina francesa respecto a la cuestión podría resumirse diciendo que las Circulares e Instrucciones de servicio no son más que meras normas internas. En este sentido se pronuncia LAUBADÈRE (17), para quien las Circulares e Instrucciones de servicio son prescripciones que los jefes de servicio dan a los funcionarios colocados bajo su autoridad, en lo que concierne a la interpretación y la aplicación de las

(14) Véase sobre el Derecho francés el estudio efectuado por ORTIZ DÍAZ, *Las Circulares, Instrucciones y medidas de orden interior ante el recurso de exceso de poder en la jurisdicción del Consejo de Estado francés*, núm. 24 de esta REVISTA, Madrid, septiembre-diciembre de 1957, págs. 335 y sigs.

(15) WALINE, *Droit administratif*, 9.ème édition, Sirey, París, 1963, pág. 291.

(16) VEDEL, *Droit administratif*, 3.ème édition, Presses Universitaires de France, París, 1964, págs. 148 y 149.

(17) LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 3.ème édition, París, 1963, página 255; y *Droit administratif special*, Presses Universitaires de France, París, 1958, página 29.

Leyes y Reglamentos. Para este autor está claro que de por sí las Circulares no pueden ser fuente de Derecho administrativo. «La Circular tiene una naturaleza —y un fin— completamente diferente del Reglamento administrativo». La Circular no está hecha para dictar reglas de Derecho nuevas, sino sólo para indicar a los funcionarios que han de aplicar una Ley o un Reglamento la manera cómo deben entender las disposiciones de la Ley o del Reglamento y, por consiguiente, aplicarlas. Tiene, pues, solamente un efecto de orden interior, es decir, que se impone a los funcionarios en virtud del deber de obediencia jerárquica de éstos; por el contrario, no está ligada a los administrados ni se les impone (18). Igualmente se pronuncian en este sentido WALINE (19) y RIVERO (20), según el cual bajo el nombre de Circulares o de Instrucciones de servicio se designa a las comunicaciones por las cuales un superior jerárquico, normalmente el Ministro, hace conocer a sus subordinados sus intenciones sobre un punto relativo a la ejecución del servicio.

No obstante, en la postura general de los autores franceses no ha podido por menos de repercutir la jurisprudencia del Conseil d'Etat, para quien la expresión «Circular» es un pabellón que puede recubrir muy variadas mercancías, como dijo el Comisario del Gobierno TRICOT, en el *arrêt* Institution Notre Dame de Kreisker.

Según la jurisprudencia del Conseil d'Etat, bajo la expresión «Circular» pueden dictarse auténticas normas reglamentarias. En el *arrêt* JAMART, de 7 de febrero de 1936, se reconoció que los Ministros pueden dictar Circulares de carácter reglamentario, ya que incluso en el caso de que no obtengan de ninguna disposición legislativa tal potestad, les pertenece, como a todo jefe de servicio, el de tomar las medidas necesarias para el buen funcionamiento de la Administración colocada bajo su autoridad. El *arrêt* JAMART fué el más notable antecedente del célebre *arrêt* más arriba citado: Institution Notre Dame de Kreisker. Según las conclusiones del Comisario TRICOT, dentro de las Circulares dirigidas por el Ministro a sus subordinados, hay que distinguir las que se refieren a la esfera interna de la Administración y las que crean derechos u obligaciones para los terceros y dan una regla nueva. Esto último era tanto como reconocer que bajo la apariencia de una Circular podían dictarse auténticas normas reglamentarias. A la vista de ello, la doctrina se inclinó a distinguir entre Circulares reglamentarias e interpretativas, siguiendo las conclusiones del

(18) LAUBADÈRE, ob. y loc. cit.

(19) WALINE. Véase *supra* al referirse a la distinción entre Circulares e Instrucciones.

(20) RIVERO, *Droit administratif*, 2.ème édition. París, 1962, pág. 87.

Comisario TRICOT (21), si bien en un *arrêt* posterior, el *arrêt* de l'UNAPEL (Union National des Association des Pères d'élèves libres), de 6 de octubre de 1961, el Comisario del Gobierno BERNARD distinguía entre Circulares interpretativas, Circulares que se dictan en el caso de que el Ministro tenga un poder de apreciación discrecional y, por último, Circulares reglamentarias.

Prescindiendo de esta última clasificación, lo cierto es que la distinción entre Circulares reglamentarias e interpretativas planteaba dos problemas de extraordinario interés. Por una parte, el de averiguar si puede el Ministro crear reglas generales aplicables a terceros sin que exista ningún texto que le otorgue poder reglamentario. El Comisario del Gobierno TRICOT contestaba afirmativamente a la cuestión basándose en el *arrêt* JAMART más arriba citado. Por otra parte, se planteaba el fundamental problema de hallar un criterio de distinción entre las Circulares interpretativas y las Circulares reglamentarias.

Estos dos problemas tienen un interés desigual para el Derecho español. El primero no se plantea en forma alguna en nuestro Derecho. En cambio, la cuestión referente al criterio de distinción entre Circulares interpretativas y Circulares reglamentarias es muy interesante para el Derecho español, puesto que, como se adelanta más arriba, también entre nosotros se plantea el problema de diferenciar unas de otras. En Francia, los criterios para efectuar esta distinción son fundamentalmente los que enunció el Comisario del Gobierno TRICOT, según el cual son Circulares reglamentarias :

1. Las que someten a sujeciones o dan nuevas garantías al ciudadano.
2. Las que comportan una decisión colectiva seguida de simples medidas de aplicación.
3. Las que crean una regla imperativa nueva.

A este criterio de distinción se adhiere expresamente LAUBADÈRE (22), mientras que VEDEL afirma, en consecuencia con lo expuesto por el Co-

(21) LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 3.ème édition, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, París, 1963, pág. 256; RIVERO, *Droit administratif*, 2.ème édition, Dalloz, París, 1962, pág. 88; VEDEL, *Droit administratif*, 3.ème édition, Presses Universitaires de France, París, 1964, pág. 149; ORTIZ DÍAZ, *Las Circulares. Instrucciones y medidas de orden interior ante el recurso de exceso de poder en la jurisdicción del Consejo de Estado francés*, núm. 24 de esta REVISTA, Madrid, septiembre-diciembre de 1957, pág. 343. Este autor prefiere establecer una distinción entre Circulares reglamentarias y Circulares desprovistas de ese valor.

(22) LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, I, 3.ème édition, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, París, 1963, pág. 256.

misario TRICOT, que el criterio de distinción entre Circulares interpretativas y reglamentarias no se liga a la forma del acto contemplado o a su nombre, sino que se extrae únicamente del contenido del acto (23). Y si bien es cierto que, como subraya VEDEL (24), el Consejo de Estado no se ha mostrado siempre fiel a su propio criterio y que incidentalmente la doctrina ha formulado algunas críticas al criterio de distinción (25), no es menos cierto que por el momento no existe otro y que es preciso atenerse a lo elaborado por el Conseil d'Etat francés, que resuelve satisfactoriamente la cuestión planteada.

b) *En el Derecho italiano.*

Consecuentemente con su realidad jurídico-positiva, la doctrina italiana estima que las Instrucciones y Circulares no son fuente del Derecho administrativo. Así, ORLANDO niega que lo sean, porque «derivando pura y simplemente del principio de subordinación jerárquica y teniendo valor dentro de este campo, no vincula a los ciudadanos para su observancia ni al magistrado para su ejecución» (26). En el mismo sentido se pronuncia ZANOBINI, para quien las Circulares e Instrucciones no tienen el valor de norma jurídica, en cuanto que entran en la categoría de normas internas (27), y ALESSI, según el cual las Circulares e Instrucciones no pueden equipararse a los Reglamentos, dado su carácter de normas meramente internas, basadas sobre el vínculo jerárquico y no sobre el poder de imperio (28).

Por consiguiente, el problema no puede plantearse en modo alguno con las mismas características que en España, ya que en nuestro Derecho está claramente determinado que los Ministros son titulares de la potestad reglamentaria y, por tanto, el problema de las Circulares se plantea respecto a las que dictan las autoridades inferiores al Ministro. En cambio, en el Derecho italiano se duda incluso de la constitucionalidad de la potestad

(23) VEDEL, *Droit administratif*, 3.ème édition, Presses Universitaires de France, París, 1964, pág. 149.

(24) VEDEL, ob. y loc. cit.

(25) COCATRE ZILCIEN, *La nature juridique des mesures d'ordre interieur en Droit administratif français*, «Revue Internationale des Sciences Administratives», 1958, número 4, pág. 494.

(26) ORLANDO, *Le fonti del diritto amministrativo italiano*, en *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, pág. 1.050.

(27) ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, vol. I, Principii Generali, 8.ª edizione, Giuffré, Milano, 1958, pág. 146.

(28) ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 3.ª edizione, Giuffré, Milano, 1960, pág. 117.

reglamentaria de éste (29); luego en ningún caso puede «encubrirse» un Reglamento bajo la forma de una Circular o Instrucción, ni del Ministro, ni mucho menos de las autoridades inferiores al mismo.

c) *En el Derecho alemán.*

En conjunto, el examen del Derecho alemán sobre la materia no proporciona tampoco una solución plenamente aplicable al problema tal como se plantea en el Derecho español. No obstante, es útil hacer una referencia al planteamiento de la cuestión en la doctrina alemana, porque la exposición de la misma puede resultar provechosa en algún punto concreto. Tal sucede, por ejemplo, en el caso de la descripción que hace FLEINER del problema. Según este autor, la «Instrucción de servicio» (para nosotros, las Circulares e Instrucciones) es tan sólo una *res interna* de la Administración y se dirige exclusivamente al funcionario, pues no origina unas obligaciones de éste respecto a persona extraña a la Administración por más que repercute en la vida del ciudadano. No hace surgir entre el ciudadano y la Administración una relación jurídica. A los mandatos de la Instrucción de servicio les falta la fuerza obligatoria bilateral de la norma jurídica. Son disposiciones exclusivamente dictadas para las autoridades administrativas. En el lenguaje usual se los denomina «preceptos administrativos», en oposición a los «preceptos jurídicos» (30). Como puede verse, el problema de las Instrucciones y Circulares en Derecho alemán conduce a la distinción ya clásica en la doctrina germánica entre Reglamentos jurídicos y preceptos administrativos.

Pues bien, lo que nos parece útil para el Derecho español es la solución que da la doctrina alemana al problema que se plantea cuando en una misma norma coexisten «preceptos jurídicos» y «preceptos administrativos». FLEINER (31) y FORSTHOFF (32) opinan que no puede efectuarse la distinción con base a un criterio formal, sino que es necesario llevar a

(29) ZANOBINI, ob. y loc. cit., pág. 75. No obstante, en el Derecho italiano tienen potestad reglamentaria, por atribución expresa de Leyes determinadas, el Prefecto y el Comandante militar, pero desde luego éstos no son más que casos aislados.

Por otra parte, es claro que en el texto no se intenta agotar el estudio del tema en el Derecho italiano, que resulta interesante, sobre todo considerando a las Circulares e Instrucciones como meras normas internas. Véase por todos, en este aspecto, distinto por supuesto del problema de la potestad reglamentaria que se intenta plantear aquí, SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milán, 1950, en especial págs. 209 y sigs.

(30) FLEINER, *Instituciones de Derecho administrativo*, trad. esp., Editorial Labor, S. A., Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1933, pág. 53.

(31) FLEINER, ob. y loc. cit., pág. 55.

(32) FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, trad. esp., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 203.

cabo una labor de interpretación y atender al contenido de la norma y especialmente al fin de la misma (33).

Por último, al referirnos al Derecho alemán debemos observar que, al igual que sucede en el Derecho francés y en el Derecho italiano, el problema de la posibilidad de dictar Circulares o Instrucciones que encubran normas reglamentarias se plantea respecto a la potestad del Ministro (34), por lo que la situación es diferente de la española.

C) *El problema en el Derecho español.*

a) *Puntualizaciones previas.*

Vamos a entrar ahora en el examen del problema de las Circulares e Instrucciones en el Derecho positivo español, no sólo porque lo que nos interesa verdaderamente es el conocimiento de la situación española y la solución de los problemas que pueda plantear, sino también porque, como recuerda BOQUERA (35), las investigaciones sobre esta cuestión deben hacerse siempre dentro de un particular sistema jurídico positivo.

En España, el problema no se plantea respecto a las Circulares emanadas del Ministro por dos razones: En primer lugar, porque los Ministros tienen atribuida la potestad reglamentaria por el artículo 14, 3, de la Ley de Régimen Jurídico. En segundo lugar, porque en nuestro Derecho las Circulares e Instrucciones no pueden emanar del Ministro, ya que, según el artículo 25, 1, de la Ley de Régimen Jurídico, las disposiciones y resoluciones de los Ministros adoptarán la forma de Ordenes.

Pero junto a esta puntualización hay que tener en cuenta también otros dos hechos de una importancia capital. En primer lugar, que, como se expone detalladamente más abajo, hay que distinguir en nuestro Derecho entre las Circulares e Instrucciones en sentido formal (como un grado más de la jerarquía formal de las normas) y las Circulares e Instrucciones en un sentido material (como manifestación de la jerarquía). En segundo lugar, es preciso advertir que en Derecho español tienen una gran importancia estas normas con rango formal de Circular o Instrucción. Pueden citarse como ejemplos las que emanan de la Dirección General de Seguridad, de

(33) En España, el dictamen del Consejo de Estado de 10 de junio de 1954 estimaba que los Reglamentos no deben descender al estudio de las normas de despacho..., porque con esta preceptiva detallista se desvirtúa el carácter general que se debe reconocer siempre al Reglamento, y a su vez se atribuye el mismo rango legal a disposiciones de menor entidad jurídica.

(34) FORSTHOFF, ob. y loc. cit.

(35) BOQUERA, *La publicación de disposiciones generales*, núm. 31 de esta REVISTA, Madrid, enero-abril de 1960, pág. 70.

la Dirección General de Comercio Exterior y de la Dirección General de Aduanas, y, sobre todo, las Circulares de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, que utiliza frecuentemente como ejemplo la doctrina (36).

b) *Instrucciones y Circulares en sentido material y en sentido formal.*

Como se ha afirmado más arriba, las Circulares e Instrucciones provienen siempre en nuestro Derecho de órganos inferiores al Ministro. Esto puede producir un equívoco, ya que no sería extraño que diera lugar a una confusión entre las Circulares e Instrucciones como disposiciones inferiores a la Orden ministerial y las Circulares e Instrucciones como manifestación de la jerarquía.

Seguidamente vamos a exponer la distinción entre ambas categorías en Derecho positivo español para examinar después las opiniones de la doctrina al respecto.

1. *La distinción en Derecho positivo.*

El estudio del problema en Derecho positivo español debe centrarse especialmente en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y la Ley de Procedimiento Administrativo. Estos textos legales, cuando mencionan expresamente las «Circulares» e «Instrucciones», se refieren siempre al sentido material de las mismas. Por esto se consideran las Circulares e Instrucciones como la vía por la que se hace efectiva la potestad jerárquica de las autoridades superiores respecto a los funcionarios subordinados. Tal sucede en el artículo 7.º de la Ley de Procedimiento Administrativo, según el cual «los órganos superiores podrán dirigir con carácter general la actividad de los inferiores mediante Circulares e Instrucciones». Y lo mismo puede observarse en lo dispuesto por la Ley de Régimen Jurídico en su artículo 18, según el cual «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». Según nuestra opinión, se emplea igualmente, y a mayor abundamiento, aunque no precisamente con demasiado rigor técnico, la expresión

(36) ROYO-VILLANOVA, A. y S., *Elementos de Derecho administrativo*, 26.ª edición, I, 1965, pág. 59; GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, I, 3.ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pág. 266, en nota; ORTIZ DÍAZ, *Las Circulares, Instrucciones y medidas de orden interior ante el recurso de exceso de poder en la jurisdicción del Consejo de Estado francés*, núm. 24 de esta REVISTA, Madrid, septiembre-diciembre de 1957, pág. 355; y MARTÍN-RETORTILLO, S., *Exceso de poder como vicio del acto administrativo*, núm. 23 de esta REVISTA, Madrid, mayo-agosto de 1957, pág. 152, en nota.

«Circulares e Instrucciones» en el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico, según el cual «los Reglamentos, Circulares, Instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general...» (37).

Sin embargo, independientemente de lo dicho más arriba, lo cierto es que la Ley de Régimen Jurídico reconoce que existen en nuestro Derecho disposiciones de rango inferior a la Orden ministerial. Así, según el artículo 23 de la citada Ley, «las disposiciones administrativas de carácter general se ajustarán a la siguiente jerarquía normativa... 4.º Disposiciones de Autoridades y Organismos inferiores según el orden de sus respectivas jerarquías». Y el artículo 29 de la misma Ley, al referirse al requisito de publicación de las disposiciones generales, alude a los «Decretos y demás disposiciones administrativas». El empleo de esta expresión sugiere claramente que esas «demás disposiciones administrativas» se refieren no sólo a la Orden ministerial, sino también a las disposiciones de rango inferior a esta que contempla el artículo 23 de la Ley. Pues bien, estas disposiciones administrativas de carácter general de una jerarquía formal inferior a la Orden no pueden ser, en nuestro Derecho positivo, más que las Instrucciones y Circulares. En la práctica, estas disposiciones reciben la denominación de Circulares (38), y según una terminología que estimamos incorrecta, porque puede inducir a error, la de Resoluciones (39). Más raramente se emplea en este sentido el término Instrucciones.

2. *Posturas doctrinales.*

Al referirse a las Circulares e Instrucciones, la doctrina española las contempla considerándolas siempre, o casi siempre, bajo el aspecto material y, en consecuencia, les niega el valor de fuentes de Derecho administrativo. Las opiniones son múltiples y terminantes en este sentido. Sin aludir a las posturas de la doctrina más antigua (40), se pronuncian en este sentido ROYO-VILLANOVA, GARRIDO, GONZÁLEZ PÉREZ, GARCÍA DE ENTERRÍA

(37) En este punto estamos de acuerdo con BOQUERA, el cual estima que la inclusión de las Circulares e Instrucciones en este artículo puede justificarse para no dejar dudas en cuanto a la prohibición de imponer exacciones mediante normas inferiores a la Ley votada en Cortes; pero considera que se trata de un sacrificio de la técnica en pro de la eficacia. BOQUERA, *La publicación de disposiciones generales*, núm. 31 de esta REVISTA, Madrid, enero-abril de 1960, pág. 75, en nota.

(38) Así existen en nuestro Derecho Circulares de la Dirección General de Comercio Exterior.

(39) Por ejemplo, las Resoluciones de la Dirección General de Comercio Exterior.

(40) Véase en este sentido POSADA, *Tratado de Derecho administrativo*, I, 2.ª edición, Madrid, 1923, pág. 187.

y BOQUERA. Para ROYO (41), las Instrucciones y Circulares son normas dadas por los órganos superiores para determinar el modo de proceder de sus subordinados; no son manifestaciones de la potestad reglamentaria, sino del poder jerárquico.

GARRIDO (42) niega que las Circulares e Instrucciones sean fuente de Derecho y las considera como manifestación de la jerarquía administrativa. Por su parte, GONZÁLEZ PÉREZ (43) abunda en esta misma negación, que expresa también ENTERRÍA (44) y que es enunciada igualmente por BOQUERA (45).

Sin embargo, por otra parte, cierto sector doctrinal acepta expresamente la existencia de las Circulares e Instrucciones como un grado más (el grado inferior) de la jerarquía formal de las normas. Así, GARCÍA-TREVIJANO dice que un mismo proyecto de norma puede adquirir fuerza de Ley si se aprueba y promulga bajo esta forma, o fuerza reglamentaria si se hace a través de los medios de formar la voluntad de los órganos del Ejecutivo (Decreto, Orden, etc.) (46), y GARRIDO FALLA acepta expresamente, comentando el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico, que pueden existir disposiciones emanadas de autoridades inferiores al Ministro (47). Igualmente el Tribunal Supremo se ha referido a normas que adoptan la veste externa o modalidad de la Circular en su sentencia de 26 de mayo de 1962.

Sin embargo, para completar esta visión de las opiniones de la doctrina española es necesario poner de manifiesto que un nutrido sector doctrinal advierte, refiriéndose al sentido material de las Circulares, que éstas pueden encubrir verdaderos Reglamentos, que son, desde luego, fuente del Derecho administrativo. Puede decirse, en cierto sentido, que ésta es la opi-

(41) ROYO-VILLANOVA, A. y S., *Elementos de Derecho administrativo*, I, 26.ª edición, 1965, pág. 58.

(42) GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, I, 3.ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pág. 265.

(43) GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Publicaciones Abella, «El Consultor de los Ayuntamientos», Madrid, 1964, págs. 608 y 609.

(44) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos*, núm. 27 de esta REVISTA, Madrid, septiembre-diciembre de 1958, pág. 83, en nota.

(45) BOQUERA, *La publicación de disposiciones generales*, núm. 31 de esta REVISTA, Madrid, enero-abril de 1960, pág. 72.

(46) GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado de Derecho administrativo*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 215. Suponemos que el «etcétera» que va a continuación de la Orden ministerial son las Circulares e Instrucciones, ya que no puede ser otra cosa.

(47) GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, cit., pág. 254.

nión normal y tradicional respecto al problema. Así, ROYO-VILLANOVA (48) advierte que en muchos casos las Circulares e Instrucciones contienen verdaderas normas jurídicas obligatorias para los ciudadanos; y de una forma aún más terminante manifiesta GARRIDO (49) que en ocasiones, bajo tal denominación (la de Instrucciones y Circulares), se encubren auténticos Reglamentos, que incluso vienen a delimitar derechos y situaciones jurídicas de los particulares. En el mismo sentido se expresan BOQUERA (50) y GONZÁLEZ PÉREZ (51).

c) *Cuestiones que se plantean.*

Hasta aquí nos hemos limitado a enunciar la distinción entre Circulares e Instrucciones en sentido material y en sentido formal, y a exponer los puntos de vista de la doctrina española en torno a ellas. No obstante, permanecer en este punto del proceso lógico de la investigación nos conduciría a resultados un tanto superficiales. Es precisamente en este momento cuando se plantean los dos problemas más importantes que nos proponemos abordar en este trabajo. Tales son el criterio de distinción entre las Circulares en sentido material como manifestación de la jerarquía y en sentido formal como un rango más de la jerarquía formal de las normas, y el problema de la potestad reglamentaria de las autoridades inferiores al Ministro.

1. *Criterio de distinción.*

Como hemos visto más arriba, la doctrina española se ha referido reiteradas veces a la posibilidad de que una Circular o Instrucción encubra una norma reglamentaria. Hemos visto también que nuestro Derecho positivo confirma la posibilidad al consagrar como el último rango de la jerarquía formal de las normas las disposiciones emanadas de autoridades inferiores al Ministro, que no pueden ser más que las Circulares e Instrucciones.

Ahora bien, ¿cómo se debe proceder para efectuar la distinción entre unas y otras especies de Circulares? En este punto concreto creemos que son perfectamente aplicables las conclusiones a que ha llegado la doctrina

(48) ROYO-VILLANOVA, A. y S., *Elementos de Derecho administrativo*, I, 26.ª edición, 1965, pág. 59.

(49) GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, I, 3.ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pág. 266.

(50) BOQUERA, *La publicación de disposiciones generales*, núm. 31 de esta REVISTA, Madrid, enero-abril de 1960, pág. 73.

(51) GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Publicaciones Abella, «El Consultor de los Ayuntamientos», Madrid, 1964, pág. 609.

extranjera. La distinción no puede operarse con base a un criterio formal. Es necesario proceder a efectuar una interpretación del precepto de que se trate con el objeto de averiguar su fin. Esta interpretación teleológica nos permitirá averiguar si se trata en el caso concreto de una manifestación de la jerarquía o bien de una norma de carácter general que se impone a los administrados. No vemos ningún inconveniente en aplicar los criterios expuestos por el Comisario del Gobierno TRICOT en el *arrêt* Institution Notre Dame de Kreisker para distinguir las Circulares interpretativas de las reglamentarias en el Derecho francés. De acuerdo con ello, son Circulares reglamentarias:

- a) Las que someten a sujeciones nuevas a los administrados o les otorgan nuevas garantías.
- b) Las que comportan una decisión de carácter general seguida de simples medidas de aplicación.
- c) Las que crean una regla imperativa nueva.

2. *El problema de la potestad reglamentaria de las autoridades inferiores al Ministro.*

Se trata de entrar ahora en el examen del segundo de los problemas enunciados más arriba, que es el verdaderamente importante y el más difícil de resolver, no sólo porque nuestro Derecho contiene algunas contradicciones sobre la materia, sino también porque no es posible efectuar la aplicación de ningún criterio seguido en el extranjero, y, por tanto, debemos movernos exclusivamente en el terreno del Derecho positivo español.

La cuestión se plantea del siguiente modo: tanto las normas reglamentarias como los actos concretos emanados de los Ministros adoptan en nuestro Derecho la forma de Orden, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25, 1, de la Ley de Régimen Jurídico. Por otra parte, las Circulares e Instrucciones, concebidas como un rango más de la jerarquía de las normas, pueden contener Reglamentos, y de hecho los contienen a menudo. Como decía S. MARTÍN-RETORTILLO, ello plantea el problema de que no pueden ser dictadas más que en la medida y en la materia en que el órgano que las emanó detente la potestad reglamentaria (52).

Si tenemos en cuenta que nuestro Derecho positivo, y concretamente el artículo 23, 2, de la Ley de Régimen Jurídico, se refiere a las disposiciones de autoridades y organismos inferiores según el orden de sus res-

(52) MARTÍN-RETORTILLO, S., *Exceso de poder como vicio del acto administrativo*, número 23 de esta REVISTA, Madrid, mayo-agosto de 1957, pág. 152, en nota.

pectivas jerarquías, nos encontraremos con dos problemas. El primero de ellos es cómo debe entenderse la expresión «autoridades y organismos inferiores al Ministro». ¿Se trata sólo de los Subsecretarios y Directores generales, o deben incluirse también las demás autoridades inferiores? El problema no ofrece dificultad grave, puesto que no debemos distinguir donde la Ley no distingue y, por tanto, no existe inconveniente alguno en admitir que la expresión puede referirse a las otras autoridades inferiores (Gobernadores civiles, Alcaldes, Delegados provinciales, etc.). Así lo han admitido expresamente, sin duda de ninguna especie, GARCÍA-TREVIJANO (53) y GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS (54).

Pero el problema más agudo es el que se nos plantea al tratar de averiguar si estas autoridades inferiores al Ministro poseen la potestad reglamentaria en Derecho administrativo español. Frecuentemente ha sido admitido esto por la doctrina. Así, GASCÓN Y MARÍN (55) opina que hay casos en que, en virtud de ciertas atribuciones delegadas o asignadas a otros funcionarios centrales (distintos de los Ministros), éstos tienen potestad reglamentaria. GARRIDO (56) opina que a la vista del artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico, hay que admitir la posibilidad de que existan disposiciones reglamentarias emanadas de autoridades inferiores al Ministro, y en igual sentido se pronuncian GARCÍA-TREVIJANO (57) y GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS (58), según los cuales también incumbe la potestad reglamentaria en España a los Ministros y a las autoridades que les están subordinadas (59).

Sin embargo, no puede dejar de tenerse en cuenta que el reconocimiento sin más de la potestad reglamentaria de las autoridades inferiores al Ministro choca decididamente con la misma Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que en su artículo 14, 3, atribuye a los Ministros la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento. Y hay que tener bien presente, como recuerda BOQUERA, que, se-

(53) GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado de Derecho administrativo*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 267.

(54) GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, *Derecho administrativo*, I, 8.ª edición, EISA, Madrid, 1962, pág. 251.

(55) GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho administrativo*, I, 13.ª edición, Madrid, 1957, pág. 110, en nota.

(56) GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, I, 3.ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pág. 254.

(57) GARCÍA-TREVIJANO, ob. y loc. cit.

(58) GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, ob. y loc. cit.

(59) En cambio, en Derecho francés se adopta la solución contraria, como expone VEDEL, *Droit administratif*, 3.ème édition, Presses Universitaires de France, París, 1964, página 178.

gún el artículo 22, 3, d), de la misma Ley de Régimen Jurídico, está prohibido a los Ministros delegar en los Subsecretarios y Directores generales los asuntos que den lugar a la adopción de disposiciones de carácter general (60). Por consiguiente, y como consecuencia de lo hasta ahora expuesto, podemos afirmar que existe una antinomia en la Ley de Régimen Jurídico a propósito de la potestad reglamentaria de las autoridades inferiores al Ministro. En efecto, por una parte se admite que existen Circulares reglamentarias con rango inferior a la Orden ministerial (artículos 23 y 29 de la Ley de Régimen Jurídico). Pero al mismo tiempo se atribuye la potestad reglamentaria al Ministro, cuyas disposiciones y resoluciones adoptan la forma de Orden y a quien se le prohíbe delegar los asuntos que den lugar a que se dicten disposiciones de carácter general. La contradicción evidente que la Ley contiene requiere una solución, no sólo porque siempre es necesaria cuando en una Ley existe una antinomia perturbadora, sino también porque en este caso la perturbación es de tal grado que, de mantener un criterio rígidamente formalista, habría que estimar que todas las Circulares o Instrucciones (las de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, de la Dirección General de Comercio Exterior, de la Dirección General de Aduanas, etc.) son nulas de pleno derecho por haber sido dictadas por órganos manifiestamente incompetentes.

Nadie que tenga la más mínima pretensión de considerarse jurista puede aceptar, por un prurito de lógica formalista, la nulidad de pleno derecho de una gran parte del Ordenamiento jurídico positivo. Pero es que, además, la interpretación formalista a que aludimos carecería de base en la vida práctica de la Administración y de los Tribunales, ya que hasta ahora no se ha discutido normalmente la validez de una Circular por carecer de potestad reglamentaria la autoridad inferior al Ministro que la dictó. En el resto del presente trabajo vamos a intentar hallar una solución a la antinomia planteada.

III. POSIBILIDAD DE VALIDEZ DE LAS CIRCULARES REGLAMENTARIAS EN DERECHO ESPAÑOL.

A) *Soluciones propuestas.*

Incidentalmente, la doctrina hace alguna afirmación respecto a la fundamentación de la potestad reglamentaria hecha efectiva por vía de

(60) BOQUERA, *La publicación de disposiciones generales*, núm. 31 de esta REVISTA, Madrid, enero-abril de 1960, pág. 72.

Circular. Así, GASCÓN Y MARÍN (61) dice que hay casos en que en virtud de ciertas atribuciones *delegadas* o asignadas a otros funcionarios centrales, éstos tienen potestad reglamentaria. Y GARRIDO (62) afirma que en ocasiones bajo tal denominación (la de Instrucciones y Circulares) se encubren auténticos Reglamentos, que *por delegación* incluso vienen a delimitar derechos y situaciones jurídicas de los particulares. Desde luego no podemos aceptar la posibilidad de que la potestad reglamentaria de las autoridades inferiores al Ministro sea ostentada válidamente por delegación de éste, ya que la solución aparece expresamente vedada por el citado artículo 22, 3, d), de la Ley de Régimen Jurídico, por más que este precepto haya sido olvidado frecuentemente.

De un modo más directo se ha enfrentado con el problema BOQUERA, para quien el artículo 7.º de la Ley de Procedimiento Administrativo (63) y el procedimiento de la elaboración de disposiciones de carácter general que regula la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 129 y siguientes, resuelven totalmente las dudas que puedan plantearse a la vista de la Ley de Régimen Jurídico. El punto de vista de BOQUERA (64) se basa en que el mencionado artículo 7.º de la Ley de Procedimiento se refiere sólo a las Circulares como manifestación de la jerarquía, y en que el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, según afirma, no es aplicable a las Instrucciones y Circulares. La postura de BOQUERA obedece, sin duda, a que contempla las Circulares e Instrucciones únicamente bajo su aspecto material e ignora el aspecto formal de las mismas, consagradas por el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico, no obstante reconocer que las Circulares e Instrucciones pueden «encubrir» verdaderos Reglamentos. Por tanto, la postura de BOQUERA sólo puede servirnos para aclarar que el mismo BOQUERA estima que las Circulares e Instrucciones *deberían ser* únicamente una manifestación de la jerarquía. Sin entrar en el problema del deber ser, lo cierto es que en nuestro Derecho positivo las Circulares pueden ser, y son de hecho con frecuencia, verdaderos Reglamentos, y que el problema de la potestad para dictarlas sigue en pie.

(61) GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho administrativo*, I, 13.ª edición, Madrid, 1957, pág. 110, en nota. El subrayado es nuestro.

(62) GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, I, 3.ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pág. 266. El subrayado es nuestro.

(63) Los órganos superiores podrán dirigir con carácter general la actividad de los inferiores mediante Instrucciones y Circulares.

(64) BOQUERA, *La publicación de disposiciones generales*, núm. 31 de esta REVISTA, Madrid, enero-abril de 1960, pág. 75.

B) *Nuestra posición.*

Para nosotros, la contradicción que existe entre el artículo 23 y el artículo 14, en relación con el 22 de la Ley de Régimen Jurídico, obedece a una confusión entre la potestad de mando y la potestad reglamentaria. Ya SANTAMARÍA DE PAREDES (65), al referirse a las Ordenes de los Directores generales, comentando la situación jurídico-positiva bajo la vigencia de la Constitución de 1876, incluía dichas Ordenes bajo el epígrafe «potestad imperativa o de mando». Para nosotros, la potestad de mando no se confunde con la potestad reglamentaria. En el caso de ausencia de norma, la Administración no puede resolver la situación mediante un simple ejercicio de la potestad de mando de determinados funcionarios. Por el contrario, cuando la Administración intenta actuar en un campo determinado y no tiene atribuidas por la legalidad anterior potestades que se lo permitan, debe comenzar por dictar un Reglamento previo. Sólo así puede entenderse que se respeta el principio de legalidad. Ahora bien, es en este momento cuando se plantea el problema de averiguar quién tiene potestad para dictar ese Reglamento previo. Con GARCÍA DE ENTERRÍA (66) estimamos que la potestad reglamentaria, para ser atribuida por el Ordenamiento, requiere la norma habilitante, que a su vez puede ser genérica o estricta al delimitar un ámbito de ejercicio válido, aunque esa norma habilitante sea especial por su naturaleza.

Así las cosas, resulta que únicamente podemos admitir que posean la potestad reglamentaria en nuestro Derecho las autoridades inferiores al Ministro, en el caso de que exista una norma habilitante. Ante esto podría pensarse que no hemos avanzado en absoluto en la solución del problema, ya que la norma habilitante podría interpretarse que es la misma Ley de Régimen Jurídico, en cuyo caso adoptar esta posición no nos conduciría más que al replanteamiento de la antinomia enunciada más arriba. Opinamos, por el contrario, que precisamente porque existe esta antinomia no puede admitirse que la norma habilitante sea la Ley de Régimen Jurídico. Parece claro que este texto legal intenta atribuir la potestad reglamentaria al Ministro y no a los subordinados del mismo. Pero no existe nada que se oponga a interpretar, como nosotros hacemos, que la Ley de Régimen Jurídico, al regular en su artículo 23 la jerarquía formal de las

(65) SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho administrativo*, Imprenta Española, 8.ª edición, Madrid, 1914, pág. 61.

(66) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*, núm. 29 de esta REVISTA, Madrid, mayo-agosto de 1959, pág. 165, en nota.

normas, está admitiendo la posibilidad de que fuera de la misma Ley existan otras normas que habiliten para dictar Reglamentos a las autoridades inferiores.

Según esto, no existe norma genérica en cuanto a la potestad reglamentaria de las autoridades inferiores al Ministro en nuestro Derecho positivo y, por tanto, las Circulares reglamentarias sólo son válidas cuando exista una norma específica habilitante (67). De este modo la antinomia queda resuelta y el ejercicio de la potestad reglamentaria mediante Circular puede admitirse válidamente sin entrar en conflicto con el texto de la Ley.

De aquí se deducen lógicamente otros dos problemas que vamos sólo a enunciar, ya que no estimamos que sea este el momento de tratarlos extensamente. Estos problemas son el de rango de la norma habilitante y el de la posibilidad de la atribución tácita. Es absolutamente claro el caso de que se trate de una Ley o una disposición con rango formal de Ley. Más dudas podrían plantearse sobre la posibilidad de que la norma habilitante fuera de rango inferior a Ley (68).

El segundo problema consiste en averiguar si esta norma habilitante debe referirse expresamente a la potestad reglamentaria, o si basta con que del contexto general de ella se desprenda claramente que las atribuciones conferidas a una autoridad inferior al Ministro no podrían ejercerse a no ser que dicha autoridad dictase normas de carácter general. Nos pronunciamos a favor de la validez de la norma habilitante tácita, tanto más cuanto que éste es el caso de la Ley que organiza la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes de 24 de junio de 1941 y de la Ley de Orden Público, como consecuencia de las cuales se han dictado una serie de normas de carácter general con rango de Circular de una extraordinaria importancia o para la vida económica o para el orden público (69).

(67) La solución que nosotros aceptamos parece ser aceptada también por GARCÍA-TREVIJANO, si bien no se refiere a la cuestión más que de pasada. *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, vol. I, Salamanca, 1961, pág. 184, y *Tratado de Derecho administrativo*, I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 267.

(68) Tal sucede en el caso de las Circulares que puede dictar el Director general de Seguridad con autoridad propia, según el artículo 22 del Real Decreto de 25 de noviembre de 1930, aunque entonces no había posibilidad de dictar normas mediante Ley.

(69) No parece suceder lo mismo respecto a las Circulares de la Dirección General de Aduanas, ya que en ningún sitio hemos encontrado atribuida expresamente la potestad reglamentaria a tal organismo y no existe base para pensar que pueda haber una atribución tácita en las Ordenanzas generales de la Renta de Aduanas. Más bien al contrario, el artículo 4.º del Decreto de promulgación de las mismas, de 17 de octubre de 1947, atribuye la potestad reglamentaria al Ministro de Hacienda.