

LA COSTUMBRE Y LOS PRINCIPIOS JURIDICOS GENERALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Por LUIS MORELL OCAÑA

Sumario: I. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. La participación de la colectividad social en el sistema de producción del Derecho positivo. 2. La costumbre en el Derecho administrativo.—II. LOS PRINCIPIOS JURIDICOS GENERALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: A) Concepto y funciones en la creación y aplicación del derecho positivo. B) Los principios generales en el Derecho administrativo.

I. La costumbre en el Derecho administrativo

1. LA PARTICIPACIÓN DE LA COLECTIVIDAD SOCIAL EN EL SISTEMA DE PRODUCCIÓN DEL DERECHO POSITIVO

En su planteamiento clásico, el Derecho público llevaba consigo una marginación práctica de la sociedad, en lo que se refiere a la creación del Derecho positivo. Durante largo tiempo, en efecto, el Derecho público ha sido entendido como Derecho del Estado, y el Estado como un puro aparato de poder. A su vez, la sociedad venía concebida como un marco abstracto de desenvolvimiento de relaciones interindividuales sometidas, en general, al Derecho privado. Cuando estas relaciones se entablaran entre el poder y el súbdito reabraba el esquema mental

que situaba la creación del Derecho en una función reflexiva y propia del aparato del Estado. Se comprende entonces que la función creadora de reglas de Derecho se entendiera al margen de la sociedad y, a lo sumo, se estableciera una previsión, casi teórica, relativa a la posible existencia de normas consuetudinarias (1). En lo que se refiere al Derecho administrativo, quedaba claro que en el seno de la organización administrativa estatal podrían existir prácticas complementarias de la legalidad —como es el *precedente* (2), modo de entender y aplicar reiteradamente una norma por parte de la Administración— o actitudes deformadoras de la misma, entre las que cabe incluir esa deformación extrema que constituye el *desuso* o inaplicación de la norma (3). Pero los argumentos de racionalidad en la producción del Derecho público y de atribución de este fenómeno de creación reflexiva al aparato del Estado, llevaban a una exclusión prácticamente total de la costumbre como fuente del Derecho administrativo (4).

La evolución conceptual permite plantear ahora la cuestión de un distinto modo y contemplar la posición de la colectividad o colectividades sociales en el sistema de fuentes del Derecho público. Por una parte, el Estado se concibe, no sólo como un aparato organizado para el ejercicio del poder, sino también como el soporte de una amplia pluralidad de grupos sociales que cuentan con un *ius proprium* (5); y, por otra, la propia concepción de la sociedad viene a engarzar con esa idea de pluralidad de grupos sociales y, en definitiva, pasa a ser entendida como una trama compleja y diversa de colectivos. Es evidente, entonces, que ya no se puede dejar situada la función del cuerpo social, en el sistema de producción del Derecho, únicamente en ese lugar absolutamente secundario que se otorgara a la costumbre, en su acepción tradicional, y que aquella presencia asume

(1) Nada más expresivo, a este respecto, que el hecho de que el Código Civil francés ni siquiera se ocupase de ella.

(2) ORTIZ DÍAZ, J.: «El precedente administrativo», *Revista de Administración Pública* núm. 24, 1957.

(3) VILLAR PALASÍ, J. L.: *Apuntes de Derecho Administrativo*, parte general, tomo I, Madrid, 1977, pp. 534 y ss.

(4) MAYERO: *Droit Administratif Allemand*, vol. I, p. 188.

(5) ROMANO, S.: «Osservazioni sulla completezza degli ordinamenti», en *Scritti, minori*, Milano, 1950.

modalidades diversas, a las que habrá que hacer referencia en primer lugar, para luego examinar lo que en un plano estricto sea el Derecho consuetudinario. Hay, a este respecto, que recordar la presencia de las colectividades sociales, en el sistema de producción del Derecho positivo, asumiendo tres cometidos fundamentales:

a) *A título de órgano competente para la creación de normas*

Existen, desde luego, supuestos en los que el Derecho positivo considera a la propia colectividad como órgano competente para la creación directa de normas. En el entorno del Derecho administrativo cabe destacar los supuestos en que el colectivo social, en su integridad, ejerce competencias normativas del ente, actuando como órgano del mismo. Esta hipótesis es posible en las colectividades pequeñas, en las que resulta viable la reunión en Asamblea de sus miembros, ejerciendo ésta competencia que, por regla general, ejercerían órganos compuestos con arreglo a elección. Es el caso del *Concejo abierto* en los pequeños Municipios. En otras entidades de base asociativa, también de dimensión reducida, la *Junta General*, compuesta por todos sus miembros, es el órgano supremo y, por tanto, le corresponde la aprobación de normas (por ejemplo, en las Comunidades de Regantes). Sin embargo, cuando el colectivo social tiene dimensiones mayores, o la situación de sus miembros no es de una proximidad semejante a la de los supuestos que se acaban de señalar, se establece en algunas ordenaciones estatutarias un órgano especial, una especie de *Asamblea general* (o extraordinaria) compuesta por representantes de las distintas fracciones del colectivo elegidos *ad hoc* y que asume competencias supremas que, lógicamente, se proyectan sobre el propio ordenamiento jurídico.

Un cierto desdibujamiento se observa, en cambio, en la institución del *referéndum* ya que la Constitución —y, en su desarrollo, la Ley orgánica de 18 de enero de 1980— lo considera como meramente consultivo, orientándolo, además, hacia consultas de trascendencia política más que para la aprobación

de normas (6). Es de recordar, sin embargo, el trámite de referéndum en los Estatutos de Comunidades Autónomas acogidas al artículo 151 de la Constitución, previo al voto de ratificación que han de otorgar el Congreso y el Senado.

Escapa al Derecho administrativo otro supuesto de interés, como es el de los *convenios colectivos*.

b) *Función interpretativa y presencia de la Comunidad*

Una segunda dimensión trascendente de la colectividad social, en el entorno de las fuentes del Derecho, es la relativa, no tanto a la creación de normas cuanto a proporcionar un *sentido y unos límites* a las mismas, de cara a su aplicación. El Derecho público regula fenómenos de poder social dotados de una característica intensidad, y de ahí que sus regulaciones hayan de adquirir un sentido preciso al ser entendidas y aplicadas desde las creencias sociales dominantes en la Comunidad. Al margen de que tales creencias puedan haber alcanzado una determinada condensación, una traducción técnica en forma de principios jurídicos generales, es lo cierto que el propio sentir y las convicciones globales de la comunidad, de cada una de las colectividades sociales que cuentan con un ordenamiento propio, son decisivos para el arraigo de una interpretación determinada de la norma y para la decantación de sus límites como imperativo (7).

c) *Las normas consuetudinarias, como producto de la actuación de la comunidad*

El enfoque tradicional reserva, en fin, un cauce a la comunidad, a los efectos de producción de normas, mediante la *actuación continuada* de la misma, generadora de unas reglas de

(6) SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *En Comentarios a la Constitución*, de GARRIDO FALLA y otros. Madrid, 1980, pp. 932 y ss.

(7) GARCÍA-VALDECASAS, A.: *Las creencias sociales y el Derecho*. Madrid. Expresamente, la Compilación del Derecho Civil de Cataluña señala que «para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina que de aquéllas se derivan» (art. 1.º); el mismo precepto, en la Compilación del Derecho Civil especial de Baleares (art. 2.º), y en la de Galicia (art. 2.º).

conducta que serían, en sentido propio, la costumbre. No es este lugar adecuado para abordar la problemática de la definición de la costumbre, pero sí parece indispensable señalar sus rasgos más característicos: 1.º, su expresión material a través del *uso*, o conducta generalizada que realizan los miembros de una colectividad (8); 2.º, la convicción de que la regla de conducta a que ese actuar se adecúa es una auténtica norma jurídica *opinio iuris vel necessitatis*, descansando sobre esa valoración social, y no sobre el apoyo del Estado, su vigencia (9); 3.º, el reconocimiento del propio Estado, incorporando la regla consuetudinaria de conducta al sistema de producción de las normas (10). Al margen de esta caracterización hay que dejar dos datos: uno, relativo al origen de ese actuar que se mantiene en el tiempo (pudo, en efecto, generarse la costumbre mediante un acuerdo formal de quien o quienes asumían el gobierno de la comunidad), y, otro, sobre si ha de ser Derecho *no escrito porque* la expresión formalizada de la costumbre puede ser, precisamente, la más acabada prueba de una intención de respeto (11).

2. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

En el Derecho administrativo se suele valorar la costumbre como fuente absolutamente secundaria, que se haría presente de una manera asistemática y fragmentaria; en algunos aspectos de la regulación de las llamadas propiedades especiales, como el agua, o en los aprovechamientos forestales, y en materia de organización de entidades locales (12). No se trata, sin embargo, de fenómenos de permanencia puramente aislados los unos de los otros, ya que se refieren sustancialmente a un mismo su-

(8) Véase el análisis de DE DIEGO, F. C., incluido en *Fuentes del Derecho Civil Español*, Madrid, 1922, pp. 200 y ss.

(9) FERRARI, G.: *Introduzione allo studio sul Diritto pubblico consuetudinario*, Milano, 1950.

(10) Así, el artículo 1.º, 3, del Código Civil, cuando señala que la costumbre constituye una de las fuentes del ordenamiento jurídico español y que regirá, una vez resulte probada, en defecto de ley aplicable. Sobre prueba de la costumbre, sentencia de 25 de octubre de 1976; dictamen del Consejo de Estado de 14 de mayo de 1969 (*Recopilación de Doctrina Legal. 1968-69*. Madrid, p. 503).

(11) DIEZ-PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Madrid, 1973, páginas 131-2.

(12) Véase una síntesis de las tendencias doctrinales y la propia opinión, en GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 1980, pp. 321 y siguientes.

puesto: el de determinadas estructuras sociales que constituyen un colectivo organizado en una doble y decisiva dimensión, la que corresponde a sus instituciones de gobierno y la que atañe a la ordenación de ciertos bienes que son fundamentales para la pervivencia de la propia comunidad (aprovechamiento de un caudal de agua, de un monte o de unas tierras para pastos, etc.). Es, precisamente, la perspectiva estatutaria la que permite calibrar la importancia de la costumbre como fuente del Derecho propio de estas entidades, y ello tanto, del Derecho privado como del administrativo; ante todo, porque esa perspectiva permite superar el enfoque del Estado como simple aparato de poder y protagonista único de la producción del Derecho. Pero, además, es preciso también levantar la vista sobre el puro presente y no marginar la dimensión histórica, la carga de historia que arrastran muchas de las instituciones jurídicas, públicas y privadas.

En concreto, una vez que el Derecho público redefine su objeto y caben en su marco de observación una pluralidad de grupos portadores de una esfera de poder, unos fines colectivos y unas normas de ordenación (13) y, por otra parte, se enriquece el enfoque introduciendo el trasfondo histórico junto a los planteamientos exclusivamente «actuales» se puede ponderar debidamente la importancia de la costumbre, su fuerza organizatoria de la realidad jurídica y, especialmente, la jurídico-administrativa.

La costumbre, es, pues, engendrada por la historia de determinados grupos sociales, y se mantiene allí donde esos grupos siguen teniendo una trascendencia como ámbito de ordenación de la convivencia (14). Y, en ese sentido, hay que señalar cómo una buena parte de las entidades que contempla el Derecho administrativo se sitúan en la actualidad con una vida histórica propia que éste no olvida sino que se ve obligado a ponderarla debidamente: las trata como seres que tienen una historia que hay que respetar, y de la que se desprenden unas reglas de or-

(13) Véase mi trabajo «El "criterium" de la Administración Pública y el Derecho administrativo contemporáneos», en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 29, 1981, pp. 253 y ss.

(14) COSTA, J.: *La vida del Derecho (ensayo sobre Derecho consuetudinario)*, Madrid, 1918 (2.ª ed.).

denación que se han de incorporar al presente. Se comprende, entonces, que la norma consuetudinaria tenga su más amplio efecto organizatorio allí donde existen entidades con un largo pasado. En nuestro Derecho positivo, sobre todo las Entidades locales y las organizaciones de regantes (15).

Naturalmente, la pura perduración de la norma, su largo pasado, es requisito necesario pero no suficiente para el reconocimiento del Derecho consuetudinario; junto a ello se sitúa, como otra exigencia, el origen extraestatal de la misma; esto es, que se trate de una norma que no ha nacido mediante una declaración de voluntad del correspondiente órgano del Estado.

Ahora bien, tanto la cuestión del origen de la costumbre como la de la intervención estatal no dejan de presentar dificultades, en el ámbito del Derecho vigente, a los efectos de aislar y distinguir la auténtica norma consuetudinaria. Así, en lo que se refiere al *origen extraestatal*, y tomando como campo de observación el Régimen local, existen normas que fueron promulgadas por, o con intervención de, una autoridad externa a la comunidad en que perviven (por ejemplo, la autoridad real), mientras que en otros casos la norma fue engendrada en el seno de la propia comunidad (bien paulatinamente, bien mediante pacto o acuerdo formal). Lo trascendente, sin embargo, en uno y otro caso, es que, además de la perduración de la eficacia organizatoria de la norma, dicha perduración se basa en el arraigo de la misma en la comunidad, que la respeta y defiende como regla de derecho (*opinio iuris vel necessitatis*) propio, aunque ya haya dejado de sustentarse sobre la voluntad normativa que inicialmente la puso en vigor.

Precisamente, por ello, la costumbre se sostiene en el Derecho administrativo —y, más concretamente, en el marco

(15) Véase la serie de trabajos publicados en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* hacia finales del siglo pasado, como los siguientes: COSTA, LÓPEZ MORÁN Y SERRANO GÓMEZ: «Derecho consuetudinario de España. Gobierno de los pueblos. Régimen administrativo, Burgos, Jaén» (tomo 91, 1897); GIRÓN, RAHOLA, SORIANO Y ALTAMIRA: «Derecho consuetudinario de España: Mancha, Gerona, Valencia» (tomo 92, 1898); ESTASEN, P.: «Comunidades de trabajo en Cataluña» (tomo 92, 1898); ESTASEN, P.: «Costumbres jurídicas de España. III» (tomo 93, 1898); COSTA, LÓPEZ DE LA OSA, SANTAMARÍA Y LÓPEZ MORÁN: «Derecho consuetudinario de España» (La Mancha, Tarragona, León) (tomo 90, 1897); CALVO Y GARCÍA, J.: «Costumbres jurídicas de España» (Murcia) (tomo 91, 1897).

del Régimen local— como expresión de una peculiaridad propia de una entidad o de las entidades asentadas sobre un territorio, frente a las ordenaciones de carácter estrictamente uniformista que se abren paso desde comienzos del xix. Desde las fuentes de producción jurídica estrictamente estatales se irá imponiendo una regulación uniforme para todos los entes locales. Y como se han ido cegando las fuentes de los distintos Derechos territoriales (desde los Decretos de Nueva Planta), la pervivencia de estos se ha logrado a través de la intervención de los órganos a los que ahora se les asigna la competencia normativa (16). Para el futuro, la Constitución permite, en cambio, la conservación y producción de nuevos Derechos territoriales, al reconocer potestad legislativa propia a las Comunidades Autónomas (art. 149-1-8.º).

Ahora bien, pasando ya a la segunda de las cuestiones planteadas, esa intervención de órganos estatales proporciona el nuevo e indispensable matiz para la caracterización del Derecho consuetudinario. Porque pueden producirse dos hipótesis muy diferentes: 1.º, la Ley recoge la normativa propia de una entidad o territorio y, en atención a su arraigo, la considera en vigor a título de *Derecho especial* pero con el mismo rango que la legalidad de carácter general; en otros términos, la considera como ley y no como costumbre; 2.º, la Ley se remite directamente a aquella normativa considerándola pura y simple como costumbre.

Un supuesto característico de la primera hipótesis lo proporcionan los regímenes locales *forales*, que se integran en el Derecho vigente como regímenes locales *especiales*: se trata de una *no derogación* del ordenamiento propio acompañado de una *imposición expresa* de su vigencia (17). No se trata de

(16) En este sentido, sobre todo los artículos 111 y 112 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, a los que se alude más adelante en el texto.

(17) Así, por ejemplo, en el marco del Derecho privado, el artículo 2.º de la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña señala que «el Derecho local, escrito o consuetudinario peculiar de algunas poblaciones o comarcas... se observará en el mismo territorio que desde antiguo aquellas comprendían, en la parte que esta Compilación lo recoja o se remita a él». Por su parte, la ley 1 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra señala que «esta Compilación del Derecho Privado Foral o Fuero Nuevo de Navarra recoge el vigente Derecho Civil del antiguo Reino, conforme a la tradición y a la observancia práctica de sus costumbres, fueros y leyes». Sin llegar a este predominio, puede afirmarse el papel trascendental de

Derecho consuetudinario (aunque en los regímenes forales, hay luego una participación de la costumbre), y de ahí que su subsistencia no dependa de la actuación del colectivo social, sino del reconocimiento de la vigencia de unos mandatos jurídicos procedentes de un legislador anterior.

La verdadera norma consuetudinaria surge, pues, únicamente en el segundo supuesto. Esto es, cuando el legislador se limita a reconocer pura y simplemente, y prestar su apoyo, a la costumbre (18). Así ocurre, por ejemplo, en las denominadas *Comunidades de Tierra o de Villa y Tierra*, las que «continuarán rigiéndose por sus normas consuetudinarias o tradicionales» (art. 17 de la Ley de Régimen Local de 1955) y las *Juntas Vecinales* de las Entidades Locales Menores; respecto de estas últimas, el legislador llega a colocar la propia ley como Derecho supletorio: «el funcionamiento de tales organismos se regirá por sus observaciones u Ordenanzas locales, y en lo que no sea específico ni se oponga a los usos, costumbres o tradiciones, por los preceptos aplicables de la Ley y de este Reglamento» (art. 218 del de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales). Más crítica es la intervención estatal en el supuesto del Municipio ya que el mismo Reglamento, en sus artículos 111 y 112 señala que «los antiguos usos, costumbres u ordenanzas locales o comarcales que comporten modalidades típicas de cualquier índole, avaladas por la tradición o por la historia, podrán ser declaradas subsistentes» por la Administración del Estado, tras una valoración desde el punto de vista del interés o el orden público o la inconciliabilidad con las leyes.

Hay otra cuestión, decisiva para comprender el sentido último de la costumbre como fuente del Derecho administrativo: la de la posición que la colectividad actual puede desempeñar

la costumbre, igualmente, en el Derecho local navarro (vid. LLARREGUI, P.: «Memoria sobre la Ley de Modificación de los Fueros de Navarra», en *Temas forales*. Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1966, pp. 29 y ss.).

(18) La propia Compilación de Navarra señala, en su Ley 2, que «en Navarra la prelación de fuentes es la siguiente: 1. La costumbre. Las leyes de la presente Compilación...». En lo que se refiere al Derecho público, las normas promulgadas por la Diputación Foral, en materia municipal, han venido renovando normas tradicionales, sin prescindir del fondo y caracteres consuetudinarios de muchas instituciones o de respetar directamente la costumbre.

frente a la norma heredada del pasado. En un plano teórico, resulta lógico pensar que esta rama del ordenamiento, que alberga el *ius proprium* de determinadas colectividades organizadas, entregue a sus propios órganos de gobierno una plena *disponibilidad*, la decisión sobre su subsistencia o modificación. Así ocurre en los artículos 234 y 247 de la Ley de Aguas, en los que tras respetar en su integridad la organización consuetudinaria de las Comunidades regante, se habilita a éstas para proponer su reforma al ministro del ramo. Esto es, y de acuerdo con su significado sustancial, la norma consuetudinaria conservará toda su eficacia organizatoria en tanto no sea objeto de manifestación o derogación por voluntad de la comunidad que la conserva como parte de su ordenamiento propio. Más complejo es el tema, en materia de bienes comunales. En general, la Ley de Régimen Local otorga primacía a la costumbre para la ordenación del disfrute general y simultáneo de estos bienes por los vecinos (art. 192-2 del texto articulado de 1955) (19); pero, además, existen casos—concretamente, montes con aprovechamientos madereros— en los que la costumbre local vincula la participación a sólo los vecinos que reúnan «determinadas condiciones de vinculación, arraigo, permanencia o edad» (art. 192-4). Pues bien, en tales supuestos el Ayuntamiento queda condicionado por la costumbre y ha

(19) El supuesto tiene cierta complejidad, tal y como ha puesto de relieve A. NIETO (*Bienes comunales*. Madrid, 1964). Por una parte, como señala el Consejo de Estado, «las ordenanzas, no obstante su carácter, atribuido por la ley, de sistematizadoras de normas consuetudinarias tradicionalmente observadas, no se conciben limitadas en sí mismas, esto es, petrificadas e inalterables, como ya señalaron, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1962 y 31 de enero y 26 de diciembre de 1963, sino que, por el contrario, «podrán ser adaptadas a las transformaciones de la vida comunal» (dictamen de 7 de octubre de 1958, expediente 34.470. *Recopilación de Doctrina Legal. 1965-66*. Madrid, p. 605). La sentencia de 31 de enero de 1963 —y en sentido análogo la de 28 del mismo mes y año— señala que «La frase "normas consuetudinarias tradicionalmente observadas" del artículo único de la Ley de 23 de diciembre de 1948 es la condición o premisa necesaria para que determinados Aytos—aquellos en los cuales existieran consuetudinariamente montes comunales con aprovechamientos en los que se concedieran a los vecinos suertes o cortas de madera, lo que desde tiempo inmemorial venía sucediendo en Covalada— pudieran ejercitar en esta materia su potestad reglamentaria.» El Dictamen del Consejo de Estado de 14 de mayo de 1969, contempla un supuesto de aprovechamientos comunales en el que el Ayuntamiento decide que se sigan realizando según costumbre, aunque no acredita que es imposible la realización del aprovechamiento de acuerdo con otras formas a la que la ley otorga primacía (*Recopilación de Doctrina Legal. 1966-69*, Madrid, p. 503).

de respetarla cuando pretende ejercitar su potestad normativa para la determinación de los titulares de estos aprovechamientos.

Constituye, pues, un supuesto de primacía de la costumbre en el ordenamiento propio de estas concretas entidades municipales (20).

II. Los principios jurídicos generales en el Derecho administrativo

A) CONCEPTO Y FUNCIONES EN LA CREACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO POSITIVO

1. *Concepto*

La temática de los principios generales ha de enfocarse prescindiendo de planteamientos excesivamente abstractos; en sí misma, la expresión *principios* remite a verdades últimas, fundamentales, evidentes por sí mismas, universalmente reconocidas... (21). Existe, sin embargo, una perspectiva técnica, que es aquí la obligada. Desde ella, cabe definir los principios jurídicos generales como auténticas reglas de conducta dotadas de valor y eficacia jurídicas. Desde ese enfoque técnico, los ras-

(20) Véase, por ejemplo, los Dictámenes del Consejo de Estado de 19 de octubre de 1967 (*Rec. de Doct. Legal 196768*, Madrid, 1971, pp. 608-609) y de 17 de diciembre de 1970 (*Rec. Doct. Legal 1970-71*; Madrid, 1973, pp. 191-193). En el primero, el Consejo considera que la Ordenanza no debe aprobarse porque modifica (ampliándolos) los derechos consuetudinariamente adquiridos por los vecinos. En el segundo, señala que «el supuesto del artículo 192-4 de la Ley de Régimen Local, de aprobación de Ordenanzas con exigencia de determinadas vinculaciones de arraigo, permanencia o edad para el disfrute de bienes comunales, es el de «los Ayuntamientos o Juntas Vecinales que viniesen ordenando el disfrute y aprovechamiento de montes comunales mediante concesiones periódicas de suertes o cortas de madera, de acuerdo con normas consuetudinarias o reglamentaciones locales tradicionalmente observadas».

Es decir, que se requiere que exista un régimen tradicional, consuetudinario, y la conservación de él es el objetivo de dicho precepto... No ocurre así en el presente caso... en consecuencia, no se trata de recoger en norma expresa el contenido anterior de un régimen consuetudinario, sino de crear esa norma *ex novo*, lo que, evidentemente, no encaja en el mentado supuesto legal».

(21) Así, por ejemplo, cuando Mucrus SCAEVOLA los define simple y llanamente como «verdades jurídicas universales» (*Código Civil comentado y concordado extensamente*, Madrid, 1898. Apéndice, tomo 2.º, p. 18. Madrid, 1898); SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: *Los principios clásicos del Derecho*, Madrid, 1975. Para un planteamiento general, ESSEB: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, traducción castellana. Barcelona, 1961, especialmente pp. 113 y ss.

gos diferenciales, de los principios, si se les compara con las demás reglas que componen el sistema jurídico, son los siguientes:

a) *En relación con su estructura, como norma*

Cada principio jurídico general constituye una *síntesis*, una expresión sintética, de una pluralidad de normas jurídicas concretas; o un *antecedente* lógico de todas ellas, y de otras que pudieran llegar a formularse por los órganos legitimados para ello o, en general, por los propios actores del mundo jurídico (22). Consecuentemente, los principios destacan, frente a las demás normas, por una diferencia de carácter puramente cualitativo: por la intensidad —no cuantificable, desde luego— con que se presentan, en su estructura, las notas de *generalidad* y *abstracción* que son propias de toda norma. En efecto, los dos elementos que componen la estructura de las normas —supuesto de hecho y consecuencia jurídica— se presentan aquí en una situación de *característica indefinición*: en tanto que el supuesto de hecho de la norma ordinaria resulta previsto y acotado por referencia a una hipótesis que puede presentarse en la dinámica de la vida jurídica, el principio general contiene y se refiere a una serie de hipótesis de esa misma vida real; pero esas hipótesis no están previstas y formuladas en forma agotadora, exhaustiva, sino que el supuesto de hecho tiene una estructura abierta que le permite *su aplicabilidad a casos no previstos*. Por lo que hace a la consecuencia jurídica, queda señalada en tales términos genéricos que sólo frente a cada concreto supuesto de hecho cabría determinar el efecto jurídico que debe serle propio. Es, precisamente, de su estructura rigurosamente abierta de la que deriva la virtualidad de los principios generales, su eficacia creadora de normas concretas. Pero, claro está, esa eficacia deriva del contenido, en sí mismo considerado, de cada principio jurídico general.

(22) Sobre el nexo recíproco de lo general y lo particular, en el Derecho y los límites de esta conexión, DEL VECCHIO, G.: *Los principios generales del Derecho*, traducción castellana, Barcelona, 1971, pp. 61 y ss.

b) Contenido

La mencionada *estructura abierta* es, por otra parte, la única que conviene a unas reglas como las que constituyen el contenido de los principios generales. Contenido que viene a suponer la formulación, en términos de imperativo, de tres clases de exigencias del ordenamiento jurídico: 1.º, las derivadas del Derecho natural; 2.º, las que componen las creencias o ideas fundamentales, sobre las que se asientan los regímenes políticos; 3.º, las que se desprenden de la organización técnica de la vida jurídica (23).

Se trata, pues, de imperativos genéricos que poseen, en la comunidad en que se manifiestan, la *ratio* propia de toda norma. Más aún, son ellos pura *ratio* y eso les permite cumplir una triple función, en relación con las restantes normas: interpretativa, creadora y de aplicación residual. Desde esta óptica, los principios jurídicos generales son susceptibles de construir y de descubrir por unas vías completamente diferentes, según la posición ideológica que se ocupe y el carácter del sistema jurídico concreto de cada país (24). En efecto, para una perspectiva determinada, la positivista, los principios jurídicos generales estarían latentes en el conjunto normativo ya formulado, basando entonces la lógica para su descubrimiento y definición; esto presupone que la legalidad positiva expresa con cierta exactitud las creencias sociales y las aspiraciones ideológicas del colectivo humano de que se trate. El Derecho positivo constituiría, desde esta perspectiva, un sistema cerrado en el que caben soluciones para todos los problemas que puedan presentarse; y, precisamente, los principios jurídicos generales proporcionarían la complitud al sistema en la medida en que, al constituirse en fuentes subsidiarias de los demás y poderse deducir del restante conjunto normativo, se recurriría a ellos cuando no haya una norma legal o consuetudinaria exactamente aplicable al caso controvertido o estuviera incorrectamente formulada.

Esta ha sido la concepción predominante en Europa continental, aproximadamente hasta la segunda posguerra mundial.

(23) DE CASTRO, F.: *Derecho Civil de España*, Parte general, I. Madrid, 1955, páginas 485 y ss.

(24) ESSER: *Op. cit.*, pp. 183 y ss.

Después, la crisis del positivismo legalista (25) proporciona una perspectiva distinta, más amplia, para la definición de los principios jurídicos generales; estos pueden ser, al menos en parte, exteriores al sistema normativo expresamente formulado; incluso, las reglas concretas de Derecho pueden estar en contradicción —o, simplemente, no ser adecuadas— con alguno de estos principios.

c) *Su auctoritas; vías de incorporación al Derecho positivo*

Poseyendo la *ratio*, los principios han de encontrar, además, la *auctoritas* que los incorpore al Derecho positivo, que les proporcione el carácter de regla aplicable. *Auctoritas* que pueden conseguir, desde luego, como consecuencia de su acatamiento expreso por parte de los diversos actores de la trama jurídica (26); pero si, por ejemplo, se trata de algunos sujetos que intervienen en un acto o negocio concretos, la adecuación de las conductas a un principio jurídico general no proporciona a éste el carácter de norma jurídico-positiva, pues no adquiere de ese modo la eficacia organizadora general que se predica de las normas.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que muchos principios jurídicos generales tienen una *vigencia social generalizada*, lo que se expresa a través del actuar uniforme de la comunidad: ésta los reconoce, cumple y exige como auténticas reglas de derecho. A ello contribuye, además, el trabajo de los juristas que moldea la conciencia popular o la influye, al encerrar en afirmaciones elementales y genéricas, muchas de ellas auténticos principios jurídicos generales, respuestas normativas frente a problemas que se presentan en el curso de la dinámica social. Este era, por ejemplo, aunque no exclusivamente, el sentido de las *regulae iuris* romanas; y, desde entonces en

(25) WIEACKER, F.: *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*, trad. cast., Madrid, 1957, pp. 490 y ss.; SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad*, trad. cast., Madrid, 1971, especialmente pp. 157 y ss.; RADBRUCH, G.; SCHMIAT, E., y WELZEL, H.: *Derecho injusto y Derecho nulo*, trad. cast., Madrid, 1971; BASTIA, P., y otros: *L'idée de légitimité*, París, 1967.

(26) Como señala ESSER, los principios son Derecho positivo «desde y en la medida en que han sido encarnados en una institución, por un acto constitutivo del poder legislativo, de la jurisprudencia o de la vida jurídica» (obra citada, p. 189).

adelante, muchos de los postulados y axiomas que circulan, especialmente en el ambiente forense (27).

No tendría sentido reconocer valor jurídico a la costumbre si se expresa tan sólo en normas concretas, negándosele a lo que constituyen principios jurídicos. Pero hay que precisar que la dimensión consuetudinaria no es más que el vehículo de expresión e incorporación al ordenamiento de algo, un principio, que se remonta sobre la pura y simple norma consuetudinaria. El problema es muy parecido, y la solución se puede observar más claramente, cuando sucede, y sucede con frecuencia, que sea el propio legislador quien recoja el principio y lo incorpore expresamente al Derecho positivo por alguna de las vías de promulgación de normas. Es frecuente, en este sentido, que tanto las Constituciones como la legalidad ordinaria vayan recogiendo reglas que, en un plano sustancial, son principios jurídicos generales. En estos casos, el principio ha encontrado el respaldo, la *auctoritas*, en el legislador, y la cuestión que cabe plantear es la de si el valor aplicativo del principio se ha de circunscribir al que corresponde al modo de expresión que concretamente le ha sido otorgado. Por ejemplo, si aparece formulado en una norma reglamentaria, hay que resolver si el rango y ámbito organizatorio del principio quedarían o no limitados a lo que corresponde y es propio del Reglamento en que se formula y aparece como precepto.

En realidad, los principios generales del Derecho no agotarán su fuerza organizatoria, su virtualidad aplicativa, en el marco y supuestos que prevea la legalidad ordinaria que los reconozca; más allá de la misma, podrán existir hipótesis en las que el principio pueda proporcionar solución al problema planteado. Es decir, ese reconocimiento y formulación por la legalidad ordinaria —esa conversión en precepto concreto, in-cardinado en un sistema jerárquico de normas— ni es la expresión típica de un principio ni puede limitar la eficacia que le es propia.

(27) Sobre las *regulae iuris*, JORS, P., KUNKEL, W.: *Derecho privado romano*, traducción castellana, Barcelona, 1937, pp. 39 y ss. Con otro sentido, y como expresión contemporánea, los catálogos de reglas que incluye LÓPEZ DE HARO, C.: *Diccionario de*

Y es que, de acuerdo con las características que quedaron señaladas, los principios generales vienen a ser reglas que contienen respuestas en *estado latente*, capaces de proporcionar siempre una solución, aunque el legislador no lo haya previsto así. Consiguientemente, pueden encontrar —aún en los casos en que el legislador no les haya proporcionado su *autoritas*— otra *autoritas* típica y propia de ellos, *autoritas* que no se encuentra en el marco del sistema de producción de las normas sino en el de su aplicación. En efecto, y este es el sentido que tiene la concepción de los mismos como *fuerza residual* y última del Derecho positivo, el artículo 1.º-6 del Código civil confía a la jurisprudencia la tarea de *complementar* el ordenamiento jurídico sentando la *doctrina* necesaria «al interpretar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». Pues bien, si en los casos de la Ley y la costumbre la cuestión se ciñe a un problema de interpretación, en el de los principios generales es más compleja: se trata de darles una formulación (no siempre creación, porque, a veces, preexisten) y una vigencia como normas jurídicas, mediante su aplicación reiterada en las sentencias del Tribunal Supremo (28).

2. Su distinción de figuras afines

a) Distinción de la pura afirmación de valores o bienes jurídicos

Los principios jurídicos generales no constituyen una figura fácil de delimitar, en la práctica, frente a otras que puedan resultar afines. Limitándonos al entorno propiamente jurídico-positivo, se hace preciso diferenciarlos tanto de lo que son pura

reglas, *aforismos* y *principios de Derecho*, Madrid, 1975 (4.ª edic.). Más depurada, la MANS PUIGARNAU, J.: *Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, Barcelona, 1979. A señalar, por último, que esta elaboración de principios constituye un largo trabajo histórico al que el propio positivismo, con su ideal dogmático y conceptualista, ha realizado una contribución destacable.

(28) PUIG BRUTAU, J.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, s. f.; BOEHMER, G.: *El Derecho a través de la jurisprudencia*, trad. cast., Madrid, 1959. Véase también el trabajo de Díez-Picazo, L., incluido en el volumen de *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, Madrid, 1977, pp. 132-137; LALAGUNA, E.: *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969.

y simples afirmaciones ideológicas o dogmáticas como de las directivas y criterios de conducta. Frecuentemente, en efecto, el Derecho público ha de recoger y tomar como punto de partida afirmaciones ideológicas, relativas a los fundamentos del orden social y político que dibuja en la legalidad de carácter superior. Así, por ejemplo, en el artículo primero de la Constitución española se determina que el Estado «propugna como *valores superiores* de su ordenamiento jurídico de libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Naturalmente, se trata de valores o bienes jurídicos a proteger por las normas. Como señala S. BASILE, la fórmula «valores superiores» se refiere a algo «que trasciende el cuadro político-institucional y el mismo orden formal del Derecho: quiere indicar aspiraciones ideales a las que el ordenamiento jurídico debe tender» (29). Son, pues, los bienes a cuya protección se dirigirá de modo primordial el Derecho positivo mediante auténticas reglas jurídicas, concretas o en forma de principios.

Y no se trata sólo de esto. La peculiar evolución del Derecho público —a base de cortes profundos con el pasado inmediato sentando, aunque a veces sea sólo en apariencia, puntos de partida nuevos— lleva consigo la búsqueda de unos puntos de apoyo exteriores al propio ordenamiento positivo. Más allá de la ideología que fundamenta el ordenamiento constitucional, otras afirmaciones ideológicas van prefigurando el Derecho positivo; el Derecho administrativo, como ordenamiento peculiar de la Administración pública, es el mejor ejemplo de ello: puede decirse que la posición de la Administración contemporánea es fruto de una serie de afirmaciones ideológicas, configuradoras de dicha posición aún antes de que tales afirmaciones se vayan consolidando en auténticos principios jurídicos generales: frecuentemente, en efecto, las afirmaciones ideológicas o dogmáticas se constituyen en valores informantes del proceso de creación del Derecho administrativo, constituyen lo que en ocasiones pudiera denominarse *fuentes materiales* del Derecho, y que no alcanzan, en sí mismas consideradas, el carácter de re-

(29) S. BASILE: «Los "valores superiores", los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en *La Constitución Española de 1978*, estudio dirigido por A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1981 (2.ª edic.), p. 272.

glas de Derecho que puedan amparar a quien las invoca en una situación concreta y determinada. Problema este el de la consolidación de los principios jurídicos definidos por el Derecho público o nacidos en su entorno, que se complica al no existir aquí, como en el Derecho privado, un mecanismo de creación de la denominada *doctrina legal* (30).

b) *Su distinción de las directivas y los «standards» de conducta*

Desde otra perspectiva, es necesario, deslindar también los principios jurídicos generales de lo que constituyen simples *pautas de conducta* o *criterios directivos de actuación* que, a veces, incluyen las normas. Así, por ejemplo, la «diligencia propia de un buen padre de familia» que el Código civil exige en el cumplimiento de las obligaciones. En el Derecho administrativo aparecen también frecuentemente. Por ejemplo, la Administración ha de elaborar sus plantillas orgánicas de acuerdo con los «principios» de productividad creciente, racionalización y mejor organización del trabajo; o ha de elaborar las cláusulas de un contrato con arreglo al «principio de buena administración»; o, en fin, ha de satisfacer al expropiado el «justo precio» del bien (31).

(30) La facultad que otorga al Tribunal Supremo, en la casación civil por infracción de ley o doctrina legal el artículo 1.729-10, de la Ley de Enjuiciamiento Civil —no haber lugar a la admisión del recurso «cuando se citen como doctrina legal principios que no merezcan tal concepto»— ha permitido una evolución consolidadora y de depuración de auténticos principios, que no tienen su equivalente en el Derecho administrativo: *vid.* De Castro, F.: *Derecho Civil de España*, Parte general, I, Madrid, 1955, pp. 475 y ss.; Coca Payeras, M.: *La doctrina legal*, Barcelona, 1980. En relación con el empleo no técnico-jurídico de la expresión, véase, por ejemplo, el conjunto de proposiciones que incluye CRETILLA JUNIOR, J.: «Principios fundamentales del Derecho Administrativo», en *Estudios en homenaje al profesor López Rodó*, Madrid, 1972, vol. I, pp. 47 y ss.

(31) Debe añadirse que, en un plano técnico, la norma está configurando, en muchos de estos casos, auténticos deberes jurídicos. Esto se examinará al estudiar el principio de legalidad, en lo que se refiere a la imposición, por la norma, de deberes a las Administraciones Públicas a través de la fijación de criterios y directivas de conducta. Estos deberes, en cuando «situaciones preliminares» que son, han de cumplirse mediante la realización de actividades que, en el caso de la Administración, puede incluir la producción de normas reglamentarias, si bien no siempre ni exclusivamente. El deber es, pues, antecedente de una conducta del sujeto, y no de otra norma; por eso no puede confundirse con el principio.

Aunque se aprecien, en ocasiones, verdaderas dificultades, en realidad, estos criterios o cánones de adecuación de conducta pueden llegar a diferenciarse de los principios jurídicos generales teniendo en cuenta: 1.º, figuran integrando y formando parte de concretas reglas de derecho, como conceptos jurídicos indeterminados, porque la propia norma no puede llegar a más —técnicamente hablando—, en la precisión de la conducta exigida al sujeto. De este modo, las posibilidades de concreción que albergan quedan delimitadas por el ámbito de aplicación de la norma o grupo normativo a que pertenecen: si los principios son reglas con virtualidad creadora de otras reglas, estos conceptos o criterios albergan las diversas alternativas en que puede concretarse una regla singular y determinada; 2.º, estos criterios o conceptos no tienen capacidad para engendrar nuevas reglas de derecho sino para incorporar al precepto de que forman parte reglas no jurídicas (económicas, por ejemplo, cuando se trata de determinar el precio justo; deontológicas; de ingeniería, etc.), a través de las cuales se individualiza o determina la solución justa de cada caso; que es la deseada por el legislador: concretan, pues, la propia voluntad del legislador plasmada en una norma determinada; 3.º, valen, jurídicamente, lo que vale la norma a que se incorporan: tienen carácter «informante» de las conductas contempladas por la norma, pero no el típico carácter «informante» de otras normas que es propio de los principios; 4.º, no tienen, tampoco, una función interpretativa de las normas de un sistema jurídico sino que ellos mismos han de ser interpretados, a la luz de otras reglas no jurídicas, como pueden ser las de experiencia o elaboradas por una ciencia o técnica determinada.

3. *Las funciones que asumen*

De lo expuesto se desprende que, desde luego, los principios son algo más que una de las fuentes del Derecho positivo: están en la base del sistema jurídico, informándolo y proporcionando un fundamento a las diversas normas, aparte de cons-

tituir ellos mismos reglas de Derecho aplicables. Sus funciones fundamentales son estas tres: interpretación, valoración y creación de normas, a las que hemos de referirnos, siquiera sea sucintamente.

a) *Interpretación de normas*

La búsqueda del sentido de la norma, frente a cada hipótesis de la vida real a la que pretenda aplicarse, es tarea que puede y debe realizarse contemplándola desde la perspectiva del principio jurídico general del que pueda ser una consecuencia concreta. O, frecuentemente, en conexión con otro u otros principios, entre los que el intérprete habrá de realizar una elección, en función del problema planteado y sus datos caracterizadores, a fin de encontrar el sentido real que la norma asume frente a cada caso (32).

b) *Carácter informador: la valoración de normas, desde la perspectiva de los principios*

Cuando el artículo 1.º-4 del Código civil señala que «los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de la ley o costumbre, *sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*», les está reconociendo una función de extraordinaria trascendencia, aparte de la de constituirse en fuente subsidiaria: la de proporcionar una valoración de cada norma, desde la perspectiva de las creencias sociales, las convicciones generales y los juicios de valor —que todo esto se encierra en los principios generales— propios de la colectividad (33). Valoración de la norma que puede llevar, incluso, a la conclusión de

(32) La presencia de dos o más principios, con posibilidad aplicativa frente a multitud de supuestos de la vida real, es, precisamente, la mejor prueba de la necesaria concepción *tópica* de la ciencia jurídica. En este sentido, y en relación con los principios jurídicos generales, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Reflexiones sobre la Ley de los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963, pp. 213 y ss.

(33) GARCÍA DE ENTERRÍA, trabajo citado, pp. 202 y ss.; GARRIDO FALLA, F.: «Administración y método jurídico», en *Dos métodos en el estudio de la Administración Pública*, Madrid, 1961, pp. 39 y s.

su ilegalidad. Desde esta perspectiva, es claro que los principios no son simplemente, una fuente subsidiaria de la ley y la costumbre sino también un criterio de medida y valor aplicable a la ley y la costumbre. La jerarquía de las fuentes es, a estos efectos, exactamente inversa a la que se da en lo que concierne a la tercera función de los principios, aludida después.

c) Creación de normas

En último término, los principios se colocan como fuente residual, a la que hay que acudir en defecto de la ley o costumbre aplicables al caso controvertido (art. 1.º-4 del Código civil) (34). Como ya se señaló, de los principios generales pueden extraerse, por los distintos sujetos de la trama jurídica, pautas de conducta concretas, aplicables al supuesto singular planteado. Hay que precisar que la energía creadora de los principios no se agota en la regla singular descubierta en presencia de cada caso y aplicable al mismo y a los que son idénticos; consecuentemente cada principio no se identifica —es distinto— de cada regla que de él se extraiga, conservando siempre, en estado latente, un potencial propio, una fuerza configuradora de otras reglas nuevas, a extraer frente a otra situación no contemplada por el legislador o la costumbre.

B) LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Su trascendencia como fuente

El significado y función de los principios jurídicos generales en el Derecho administrativo es en la práctica, mucho mayor y más intenso que el que se aprecia en el Derecho común (35). Y ello, por dos razones fundamentales. En primer lugar, por

(34) Una crítica de la redacción actual del Código Civil, en GARCÍA-VALDECASAS, G.: «Los principios generales del Derecho en el nuevo título preliminar del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1975, fase II, pp. 330 y ss.

(35) CLAVERO ARÉVALO, M. F.: «Los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 7, 1952; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Reflexiones sobre la ley...», citado; GARRIDO FALLA, F.: *Trata-*

que el propio Derecho administrativo contemporáneo es fruto del desenvolvimiento progresivo de un conjunto de ideas cardinales, a base de ir extrayendo de las mismas consecuencias concretas; desarrollo que ha sido fruto, no sólo del legislador, sino también de la jurisprudencia y la propia doctrina. En este aspecto, la trayectoria histórica, en cuanto a la elaboración de este ámbito del Derecho positivo, es casi diametralmente opuesta a la que es propia del Derecho común. En este último, los principios jurídicos generales son, frecuentemente, fruto de una tarea de inducción realizada sobre la amplísima gama de reglas concretas aportada por la tradición jurídica; en cambio, el desenvolvimiento histórico del Derecho administrativo es casi exactamente el contrario; tras la instauración de unos principios configuradores, se van desgranando sus consecuencias en forma de reglas de Derecho concretas y singulares. Los principios cumplen, pues, aquí una función «informadora» e interpretativa con una facilidad muy superior a la que realizan en el entorno del Derecho común: en éste, cada regla de Derecho está normalmente avalada por una tradición demostrativa de su racionalidad o necesidad; en cambio, en el Derecho administrativo, el aval de cada regla parece frecuentemente encontrarse en el hecho de que es traducción o consecuencia singular de alguno de los principios configuradores del sistema. Por eso es tan frecuente la invocación del principio, en la resolución administrativa o en la Sentencia judicial. Y de ahí también el dato de que el propio legislador los recoja habitualmente de modo expreso, junto a las reglas concretas que son su consecuencia.

Pero, además, esta presencia de los principios configuradores les permite asumir, sin esfuerzo excesivo para quien ha de aplicar el Derecho, la función supletoria. En un ordenamiento dominado por la legalidad y, precisamente por una legalidad que es fruto del desenvolvimiento de unos principios, los vacíos

do de Derecho administrativo, vol. I, Madrid, 1980 (7.ª ed.); GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «El método en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 22, 1957; JEANNEAU, B.: *Les principes généraux de droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1954; RIVERO, J.: «Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés contemporáneo», *Revista de Administración Pública*, núm. 6, 1951.

que presente pueden cubrirse —aparte del recurso a la técnica analógica, cuando sea viable— mediante la aplicación directa del propio principio general.

En último término, esta presencia constante de los principios permite a los mismos su función valorativa de cada concreta regla de Derecho formulada por el legislador. Valoración que cobra una extraordinaria importancia cuando se advierte que la existencia de potestades reglamentarias viene a suponer que, precisamente, uno de los actores de la trama jurídica —las Administraciones públicas— cuenta con la posibilidad de dar una configuración normativa a las situaciones y relaciones que componen dicha trama. En cuanto portadores de reglas de justicia, los principios constituyen entonces una instancia normativa desde la que la jurisdicción contencioso-administrativa puede valorar y, en su caso, dejar sin efecto la norma reglamentaria (36).

2. *Los principios jurídicos generales, en el Derecho administrativo*

a) *En el ámbito de la organización administrativa*

1.º *Ausencia, en materia de estructura.*—En el ámbito del Derecho administrativo han ido adquiriendo un eco progresivamente creciente principios jurídicos generales que ya habían alcanzado eficacia organizatoria en otros ámbitos del ordenamiento. Y, por otra parte, una serie de ellos han recibido aquí una formulación que, a su vez, ha pasado a esos otros ámbitos. Sobre todo, en lo que se refiere a la actuación de las Administraciones como sujetos y a sus relaciones con los particulares. En cambio, en materia de organización se observa una significativa paradoja. La elaboración de soluciones organizativas, frente a la genérica marginación en el Derecho privado, ha cobrado un fuerte impulso con el desenvolvimiento histórico de

(36) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 30, 1959; del mismo autor: «La lucha contra las inmunidades del poder (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962, pp. 195 y siguientes.

las Administraciones públicas; de ahí que esas soluciones —jurídicas, políticas y técnicas— hayan venido a constituir un acervo que se va transvasando al Derecho privado.

Sin embargo, el proceso de elaboración de principios jurídicos generales no puede considerarse logrado. Así, en punto a estructura, la organización administrativa toma, en efecto, unas bases de partida, unos presupuestos, que tienen una naturaleza política, en unos casos, técnica en otros. Pero esos presupuestos, aunque a veces se califiquen como tales, prácticamente en ningún caso han logrado su consolidación como principios jurídicos generales. Es lo que ocurre con los más frecuentemente citados: unidad, competencia, jerarquía, coordinación, desconcentración, descentralización, tutela o colegialidad.

Todos estos criterios tienen, ante todo, un fundamento diferente del que es propio de los principios jurídicos: su vigencia deriva de su consagración expresa por la legalidad, y es ella la que va delimitando su alcance real; incluso, al mismo tiempo que los sitúa como criterios generales, señala las excepciones. Y si la legalidad no los recoge expresamente, los juicios de valor negativos que merezca cada norma, valorada desde la perspectiva de estos principios, no pueden llevar como consecuencia la apreciación de una infracción jurídica.

2.º *En el orden o esfera interna de los entes administrativos.*— Si la estructura, en sí misma considerada, no tiene como soporte auténticos principios jurídicos generales, ésta cubre, en cambio, una esfera interna de cada ente en la que el progreso jurídico va consiguiendo una ordenación basada, aunque no siempre, en auténticos principios jurídicos generales. Es precisamente en esa esfera interna donde cada Administración mantiene una serie de relaciones jurídicas con sus funcionarios y desenvuelve titularidades sobre los bienes que constituyen los medios para la actuación. En la materia funcional, sobre todo, la jurisprudencia ha ido reconociendo una serie de principios jurídicos, de entre lo que destaca poderosamente el de *respeto a los derechos adquiridos* (37) por los funcionarios, principio éste

(37) Sobre el principio de respeto a los derechos adquiridos, véanse, por ejemplo, las Sentencias de 4 de febrero de 1980, 17 de noviembre de 1984, 7 de febrero de 1987 y 28 de octubre de 1971. Para la evolución del principio, NIETO, A.: «Los derechos adquiridos de los funcionarios», *Revista de Administración Pública*, núm. 39, 1962, pp. 247-267.

que, tras una larga evolución, parece haber encontrado aquí su reducto.

Y no cabe olvidar tampoco el énfasis que la propia jurisprudencia ha puesto en los de *igualdad* y *equidad* en materia de retribución económica, como los que, siendo propios del orden penal, son de aplicación al ejercicio de la potestad disciplinaria por la Administración (38).

b) *En relación con las Administraciones públicas como sujetos que actúan*

Un más claro proceso de consolidación se ha producido, en cambio, en lo que atañe a la actividad administrativa. Y ello, tanto en lo que se refiere a dicho actuar como sujetos, en sí mismo considerados, como cuando discurre en el seno de las relaciones jurídicas con los administrados o afecta a la esfera jurídica de éstos. La actuación de las Administraciones como sujetos, que habrá que contemplar al examinar su *status*, ha permitido la elaboración de auténticos principios jurídicos generales, tanto en lo que se refiere a la formación y ejecución de su voluntad como al contenido de la misma:

1.º *En cuanto a la formación de la voluntad de las Administraciones públicas.*—A nivel de auténticos principios jurídicos generales, pueden, por lo menos señalarse estos dos: el de *habilitación previa* y el de *contradicción*. Para poner en movimiento su voluntad toda Administración necesita, en efecto, una habilitación previa de la legalidad, y dicha habilitación viene a constituirse en fundamento y límite de su actuar, en parangón con lo que para los particulares supone su autonomía jurídica. Además, una vez que la Administración se pone en movimiento como sujeto, la *formación* de su voluntad queda regida por un complejo normativo del que se desprenden una

(38) En materia de retribuciones, la aplicación de los principios de igualdad y equidad ha llevado a la jurisdicción contencioso-administrativa, por ejemplo, a anular el coeficiente multiplicador asignado a un Cuerpo de funcionarios por la Administración, si la comparación con otro Cuerpo arrojaba una injustificada desigualdad (Sentencias de 17 de noviembre de 1969, 19 de diciembre de 1970, 13 de marzo y 21 de mayo de 1975, 18 de junio de 1976, 14 y 23 de febrero y 23 de mayo de 1977, 9 de mayo de 1979, entre otras).

serie de principios jurídicos generales, de entre los que hay que destacar el de *contradicción*, formación evolucionada del Derecho procesal que genera aquí una exigencia concreta: la presencia de los interesados en el procedimiento de integración de la voluntad administrativa, con la posibilidad de contrastar el interés público, que legitima la decisión, frente a sus propios intereses, y realizar una defensa de estos últimos (39).

En un nivel diferente, puesto que constituye un puro criterio directivo, estaría el denominado *principio de publicidad*.

2.º *Los que se refieren al contenido de la voluntad administrativa*.—En la medida en que la voluntad administrativa no es libre, su contenido se ha de adecuar a las previsiones del ordenamiento, bien en forma de normas concretas, bien en la de principios jurídicos generales. Entre estos, destacan los de *adherencia a los fines de interés general*, *congruencia*, entre los motivos y la medida adoptada, *proporcionalidad* (40) entre los medios puestos en práctica y la finalidad perseguida, y el de elección, entre los varios posibles, del *medio menos restrictivo para la libertad individual* (41).

c) *En las relaciones entre la Administración
y los administrados: vigencia de otros principios
generales*

En el Derecho administrativo tienen, naturalmente, vigencia los principios jurídicos generales elaborados por la tradición jurídica en otros ámbitos del ordenamiento. Incluso, su aplicación a la realidad jurídico-administrativa les ha proporcionado una comprensión y un despliegue muy amplios. Así, por ejem-

(39) SERRANO GUIRADO, E.: «El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 4, 1951, pp. 129 y ss.; GARRIDO FALLA, F.: «El principio "audi et alteram partem" en la vigente Ley de Régimen Local», *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 90, 1956, pp. 1817 y ss.

(40) Sobre proporcionalidad; TORNOS, J.: «Infracción y sanción administrativa: el tema de la proporcionalidad en la jurisprudencia administrativa», *Civitas, Revista de Derecho Administrativo* núm. 7, 1975, pp. 607-622.

(41) Sobre la obligada elección del medio menos restrictivo para la libertad individual, véanse, entre otras, Sentencias de 27 de noviembre de 1957 y 9 de febrero de 1959.

plo, el principio de *buena fe* (42), el que *prohíbe ir contra los propios actos* (43), o el de que *nadie puede ser condenado sin ser oído*. Ello aparte, otros principios jurídicos generales han sido ampliamente reforzados por la propia evolución del Derecho público, particularmente del Derecho administrativo, en el que han ido deduciéndose sus mayores consecuencias. Así, el principio de *igualdad* (ante la ley, ante las cargas públicas, igualdad de trato) (44).

(42) Realmente, habría que matizar, según se expuso ya, que tanto la igualdad como la buena fe son «valores superiores» de los que, luego, la técnica jurídica ha ido deduciendo, tanto principios jurídicos generales como, en el caso de la buena fe, criterios de conducta. Sobre el denominado principio de buena fe, y su estructura tópica, *vid.* De los Mozos, J. L.: *El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho español*, Barcelona, 1965; SAINZ MORENO, F.: «La buena fe en las relaciones de la Administración, con los administrados». *Revista de Administración Pública* número 89, 1979, pp. 293 y ss.

(43) Una crítica de alguna de sus aplicaciones, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La doctrina de los actos propios y sistema de lesividad», *Revista de Administración Pública*, número 20, 1956, pp. 69-77. Véase recogida la doctrina jurisprudencia en la Sentencia de 23 de junio de 1971.

(44) ENTRENA CUESTA, R.: «El principio de igualdad ante la Ley y su aplicación en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 37, 1962, pp. 63-74; ESCRIBANO COLLADO, P.: «En torno a los principios de libertad e igualdad en el Derecho administrativo», *Documentación Administrativa*, núm. 162, 1974, pp. 7-44; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «El principio de igualdad en el Régimen local», *Problemas Políticos de la Vida Local*, vol. II, 1962, pp. 225-247. Sobre los distintos matices y planteamientos del principio de igualdad, en la jurisprudencia administrativa. Sentencias de 7 de mayo, 23 de junio y 18 de octubre de 1971, 12 de junio de 1972 y 9 de noviembre de 1974.

