

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

AÑO XVII

ENERO-FEBRERO 1958

NUM. 97

I.—SECCION DOCTRINAL

Las fuentes no escritas del Derecho en el Derecho Administrativo

por

FERNANDO GARRIDO FALLA

Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: I.—La necesidad de las fuentes no escritas del Derecho. II.—La costumbre: A) Concepto y límites; B) Aplicabilidad de la costumbre en Derecho Administrativo.— III.—Los principios generales del Derecho: A) Ideas generales; B) Concepto y naturaleza jurídica; C) Aplicabilidad de esta fuente al Derecho Administrativo.

I.—LA NECESIDAD DE LAS FUENTES NO ESCRITAS DEL DERECHO

Nuestro Ordenamiento jurídico positivo es la consecuencia de un sistema que atribuye al Estado (o, en todo caso, a los entes por él autorizados) el monopolio de la producción de las normas jurídicas. Este sistema postula, de suyo, el desconocimiento de cualquier otra fuente de Derecho que no tenga su origen en la voluntad reflexiva estatal, en el sentido de que tal voluntad no pueda verse limitada por normas que deriven de un origen distinto.

Ahora bien, aun admitido este planteamiento de la cuestión, cabe preguntarse si la totalidad del Derecho elaborado por el Estado a través de las diversas fuentes escritas que ya se

han examinado, resulta suficiente para reglar cuantas relaciones pueden ofrecerse en la realidad de la vida jurídica. Y, para el caso de que la contestación a tal pregunta fuese negativa, cabe de nuevo preguntar si hay otras fuentes a que acudir.

Al problema que se deja planteado se ha contestado por la doctrina con dos formulaciones contrapuestas:

A) Para algunos resulta innecesario buscar nuevas fuentes de producción normativa, al margen del Derecho escrito estatal, por entender que éste es en sí mismo suficiente. Esta es la postura, por ejemplo, de Donato Donati, que se basa en admitir la «necesaria perfección (*completezza*) de todo Ordenamiento jurídico», y no porque parta de la ingenua creencia de que el legislador es siempre lo suficientemente inteligente y previsor como para no haber dejado sin regulación ninguna hipótesis que pueda presentarse, sino porque debe de admitirse desde el punto de vista lógico-jurídico, que incluso un Ordenamiento legislativo exclusivamente formado por un conjunto de disposiciones particulares referidas a casos específicamente determinados, aparece también como un Ordenamiento necesariamente completo, en cuanto en su base existe una *norma general exclusiva* que sirve a solucionar cuantos casos no han sido específicamente previstos por las antedichas normas concretas (1). En efecto, señala Donati, del complejo de las disposiciones particulares que constituyen un Ordenamiento y que *previando* determinados casos establecen para ellos la existencia de determinadas obligaciones, esto es, de determinadas *limitaciones*, deriva una norma general de este contenido: en todos los demás casos no deberá haber limitación alguna. En fuerza de tal norma, todo caso posible viene a encontrar en el Ordenamiento jurídico su regulación, lo que significa tanto como negar toda posibilidad de lagunas en cualquier Ordenamiento jurídico positivo, que siempre será un Ordenamiento completo y jurídicamente cerrado (2).

(1) DONATO DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, 1910, págs. 28 y ss.

(2) Para DONATI, las obligaciones que una norma jurídica establece no se

B) Frente a la tesis que se acaba de exponer, la doctrina más común admite la posibilidad de que existan lagunas en el Ordenamiento jurídico escrito. Precisamente por esto, y habida cuenta de la obligación de fallar que los Códigos civiles de los distintos países suelen imponer al Juez (3), es por lo que los Ordenamientos positivos consagran la existencia de fuentes del Derecho subsidiario respecto de la ley escrita. Esta es, concre-

limitan a los casos específicamente considerados en ella, sino que son *exclusivos* para ella (op. cit., pág. 35). Así, la *nulla poena sine lege*, no es (aunque no estuviera expresamente declarada por los Códigos penales) sino el complemento lógico necesario de todo complejo de disposiciones particulares en materia penal (op. cit., pág. 36). La norma general que deduce DONATI es la afirmación de que el legislador *quiere que no haya otras limitaciones* fuera de aquellas por él establecidas para los casos que consideró particularmente; por tanto, de esta norma general surgen derechos y obligaciones distintos de los producidos por las normas particulares expresamente contenidas en el Ordenamiento (op. cit., pág. 42). Claro es que en la realidad los Ordenamientos legislativos no se limitan a contener normas particulares, sino que también contienen reglas para casos no expresamente considerados a los que extienden efectos jurídicos análogos a los que contra la regla general que antes se enunció contienen las normas particulares. Pues bien; cuando una tal disposición existe, *hasta allí donde* extiende su eficacia se tendrá una derogación de la norma general, que sólo vale para los casos no directamente contemplados por la ley. De esta forma, cabe oponerse a la técnica tradicional de interpretación basada en la *analogia legis*, pues «si la analogía debe de representar un proceso de interpretación, no puede ser admitida sin una particular declaración de voluntad del legislador que precisamente la declare admitida» (op. cit., págs. 44 a 46). La conclusión de DONATI es, pues, la siguiente: «Todo Ordenamiento jurídico está compuesto de dos grupos de normas necesariamente, y, eventualmente, de un grupo tercero: a), de un complejo de normas particulares; b), eventualmente, de una o más normas suplementarias de aquéllas; c), de una norma general complementaria, de contenido contrario a las dos categorías de normas antedichas. De esto deriva que todo Ordenamiento jurídico es necesariamente un Ordenamiento jurídico cerrado» (op. cit., pág. 56).

(3) Esta obligación que tiene el Juez de fallar en todo caso los asuntos que se sometan a su decisión es justamente lo contrario de lo que preconizaba LONDEAU en 1841 (en su famosa conferencia que tituló *Autoridad de la Ley, fuente de la cual emanan todas las decisiones jurídicas*), para quien si el Juez o el intérprete llegase a la conclusión de que son posibles dos interpretaciones antagónicas de una misma norma jurídica, que haga imposible descubrir el pensamiento del legislador, tendrá entonces motivos tan poderosos para abstenerse como para intervenir y deberá de considerar como no existente tal ley, absteniéndose de admitir la demanda. Vid. acerca de esta postura de interpretación del Derecho las consideraciones que hacemos en nuestro libro *Las transformaciones del régimen administrativo, 1954*, págs. 72 y ss.

tamente, la solución de nuestro Código civil, que consagra, en defecto de «ley exactamente aplicable al punto controvertido», la costumbre y los principios generales del Derecho como fuentes subsidiarias (4).

Aparte de que esto supone una solución impuesta por nuestro Derecho positivo, que no nos sería lícito desconocer, la posibilidad de lagunas en el campo del Derecho administrativo es fenómeno que comprueba la experiencia y que, sobre todo, no podría resolverse con la fórmula propuesta por Donati. En efecto, admitir en Derecho administrativo la existencia de una regla general que niega la existencia de limitaciones allí donde no existen reglas particulares de Derecho que las impongan, puede tener un perfecto encaje en el círculo de las relaciones jurídico-administrativas que se produzcan en torno al tema de la libertad personal de los particulares (pues, efectivamente, aquí se admite que la Administración no puede imponer más limitaciones que las autorizadas por la ley), pero dejaría sin resolver—so pena de condenar a la inacción a los Organismos administrativos—la mayor parte de las cuestiones en que está justificado el empleo de la llamada potestad discrecional.

Sin que esto signifique, empero, prejuzgar el ámbito de aplicación en el campo del Derecho administrativo de las fuentes subsidiarias admitidas por el Código civil, resulta necesario que dediquemos particular atención a cada una de ellas.

II.—LA COSTUMBRE

A) *Concepto y límites.*

Para la teoría de las fuentes del Derecho, la costumbre es una norma jurídica que no resulta de una expresa manifestación de voluntad de la colectividad organizada, sino de un simple

(4) El artículo 6.º de nuestro Código civil, dice así: «El Tribunal que rehusé fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirá en responsabilidad». «Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho».

comportamiento uniforme y constante, practicado con la convicción de que responde a una obligación jurídica (5). Se trata, por tanto, como observa De Castro, de una norma creada e impuesta por el uso social (6).

Del concepto que acaba de ofrecerse se deduce la existencia de dos elementos: un elemento *material*, que consiste simplemente en la repetición de actos del mismo contenido; y un elemento *moral*, que alude a la convicción de que tales actos se realizan bajo la presión de una obligación jurídica. Este último elemento es el que la doctrina conoce con el nombre de *opinio iuris seu necessitatis* (7).

La doctrina ha subrayado alternativamente el valor de cada uno de los elementos señalados intentando, a veces, erigirlos en fundamentos unilaterales del Derecho consuetudinario. La reacción contra ambas posturas está representada, a su vez, por quienes mantienen que, al igual de lo que ocurre con los demás medios de producción de normas jurídicas, el fundamento de la obligatoriedad jurídica de la costumbre se encuentra en la

(5) ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, vol. I., ed. 1947, pág. 82. ROYO-VILLANOVA, la define como «repetición de actos cuya identidad de contenido jurídico constituye una regla objetiva y práctica de conducta, inducida de los mismos hechos y no deducida de una formal, expresa y autoritaria declaración». (*Elementos de Derecho administrativo*, t. I, 24.ª ed., 1955, pág. 56).

(6) *Derecho civil*, vol. I, pág. 374.

Señala WALINE que el origen mismo de la palabra costumbre indica claramente que este término designa lo que se ha hecho obligatorio por el uso. Hasta el siglo XIII, la palabra *consuetudines*—observa Olivier-Martin—servía para designar las contribuciones debidas al señor y al cura; entonces esas contribuciones eran precisamente consuetudinarias, puesto que no existían títulos para exigir las. Es por extensión como la palabra costumbre que, en definitiva, había significado al principio «contribución por uso», se extiende a toda regla jurídica consagrada por el uso (WALINE, *L'individualisme et le Droit*, 2.ª ed., 1949, pág. 252).

(7) Recientemente ha intentado demostrar G. FERRARI que son dos cosas distintas la *opinio iuris* y la *opinio necessitatis*. Mientras que la primera se refiere, para dicho autor, al sujeto que actúa, la segunda refleja la generalidad de la actuación. «Esto es: con la *opinio necessitatis* quien actúa sabe, reconoce, constata de estar obligado a observar toda conducta dada; con la *opinio iuris*, en cambio, advierte que la misma conducta tendrá que ser observada por cualquier otro». (*Introduzione allo studio sul Diritto pubblico consuetudinario*, Milano, 1950, página 61).

Constitución o en la ley que, de manera general o particular, explícita o implícitamente, venga a reconocer la idoneidad de esta fuente del Derecho (8).

Tradicionalmente, y teniendo en cuenta la relación en que se encuentra con la ley, la costumbre se clasifica en costumbre según ley (*secundum legem*), supletoria de la ley (*praeter legem*) y contraria a la ley (*contra legem*) (9). Resulta ocioso señalar, a la vista del carácter de fuente supletoria que con anterioridad hemos predicado de la costumbre, que en nuestro vigente Ordenamiento jurídico la costumbre *contra legem* no tiene sentido jurídico. El artículo 5.º del Código civil dispone tajantemente: «Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores y no prevalecerán contra su observancia el desuso ni la costumbre o la práctica en contrario» (10).

B) *Aplicabilidad de la costumbre en Derecho administrativo.*

¿Es la costumbre fuente específica del Derecho administrativo? Hay quien entiende que la contestación a esta pregunta es obvia y no puede ofrecer ninguna duda. Así, Gascón y Marín razona que siendo la costumbre fuente del Derecho y siendo el

(8) A. TESAURO, *Consuetudine*, en «Rassegna di Diritto Pubblico», abril-junio, 1955, pág. 195. Añade este autor que el fundamento jurídico que se acaba de señalar no se convierte, sin embargo, en elemento constitutivo de la costumbre, del mismo modo que la Constitución no es elemento de la ley por el hecho de que esta última sea dictada en los casos, de la forma y con los límites que la Constitución establece.

(9) FERRARI (en op. cit., pág. 126), ha negado la autonomía conceptual de la costumbre *secundum legem*: Si su papel se limita a interpretar la ley, entonces no hay que hablar de fuente del Derecho, sino de mero elemento, instrumento o medio en el proceso interpretativo. En cambio, reconoce la legitimidad de la costumbre *contra legem*, al admitir que la costumbre es fuente del Derecho con igual fuerza que la ley escrita (op. cit., pág. 131).

(10) El reconocimiento de la costumbre por parte del Derecho del Estado se convierte así en una de sus reglas definitorias. Así se ve en la definición que ofrece F. DE CASTRO a la vista de los artículos 5 y 6 del Código civil: «Aquella regla creada e impuesta por el uso de los moradores de un lugar y que logra valor jurídico al ser respetado por los órganos del Estado» (op. cit., pág. 380). Obsérvese que, de acuerdo con esta definición, la costumbre es siempre «costumbre local o del lugar».

Derecho administrativo una rama de aquél, se deduce que la costumbre sea fuente del Derecho administrativo (11). Pero este razonamiento no es convincente, puesto que la demostración de que la costumbre sea fuente del Derecho no implica (y lo contrario sería montar un silogismo sofisticado) que sea fuente de *todo* el Derecho.

De Otto Mayer arranca una de las corrientes que se han opuesto más rotundamente a la admisión de la costumbre en el campo del Derecho administrativo. Este es un Derecho esencialmente escrito y reflexivo, de donde se deduce que no hay lugar en él para la costumbre: cuando la Administración no está vinculada a la ley, aparece el poder discrecional, de donde su esencial diferencia respecto del Juez, el cual siempre ha de apoyar su sentencia en una norma, si no escrita, consuetudinaria (12).

Se ha de reconocer que son muchos los ataques que con posterioridad se han hecho a la doctrina de O. Mayer y, en especial, en esta última dirección se mueve la doctrina española,

(11). *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, ed. 1941, pág. 94. Igualmente GONZÁLEZ PÉREZ indica que estando el artículo 6.º del Código civil (que consagra la costumbre como fuente del Derecho) en el título preliminar del mismo, es aplicable al Derecho administrativo (en *El método en el Derecho administrativo*, en loc. cit., pág. 58).

(12) Por eso entiende MAYER que el problema es aquí radicalmente distinto al del Derecho privado (*Le droit administratif allemand*, trad. fr., vol. I, página 168).

Modernamente, FORSTHOFF ha criticado a MAYER recordando la opinión de Spiegel sobre su doctrina: «El más atrevido argumento *a contrario* que jamás haya sido planteado». Entiende que hay que admitir la costumbre, incluso la derogatoria de la ley; así, dice, sería grotesco y *antijurídico* que en Sajonia se quisieran sacar del olvido las leyes suntuarias del siglo XVII y las ordenanzas sobre el vestido de 1750, que, sin embargo, nunca han sido formalmente derogadas (*Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, ed. 1951, pág. 122). Ya hemos visto cómo nuestro Derecho positivo prohíbe formalmente esta solución (artículo 5.º del Código civil). Por otra parte, ni siquiera desde el punto de vista lógico sería correcto mantenerla. En efecto: el argumento de FORSTHOFF se basa en entender que las circunstancias histórico-sociales que determinaron la promulgación de aquellas leyes han variado radicalmente. Pues bien, este argumento no toma, ni mucho menos, su fuerza de la *desuetudo*, sino de una interpretación teleológica de la norma jurídica que, desde la obra de F. GENY, suele ser comúnmente admitida por la doctrina.

aunque con vacilaciones (13). Sin embargo, los ejemplos tomados del Derecho positivo que se aducen para fundamentar tales ataques, no dejan de ser sumamente discutibles, sobre todo cuando de ellos se quieren deducir consecuencias válidas para una teoría general. En efecto, los dichos ejemplos pueden clasificarse en los dos siguientes grupos:

a) Costumbres que regulan el funcionamiento de instituciones administrativas que no han sido creadas por la ley, sino que han surgido espontáneamente en la Historia. Valga recordar el caso de los Municipios que funcionan en régimen de Concejo abierto (14), o de los Tribunales de Aguas (15).

(13) POSADA señalaba que nuestra Ordenación o régimen administrativo se ofrece, sin duda, como resultado de una reconstrucción obra del Derecho escrito. Pero—añade—no importa: constantemente se ofrecen instituciones político-administrativas mantenidas por costumbres tradicionales tenaces, con la tenacidad de las exigencias de la vida, advirtiéndose incluso trabajos sordos de modificación del precepto legal bajo el influjo de la acción consuetudinaria (*Tratado de Derecho administrativo*, 1923, pág. 174). GARCÍA OVIEDO observa que negar la fuerza de la costumbre, sea cualquiera el orden jurídico que se considere, es cerrar los ojos a la realidad. Antes que la ley, está la costumbre, pues el Derecho es un producto de formación social. No obstante, señala después que el Derecho administrativo es, en su mayor parte, Derecho escrito, por lo que el valor de la costumbre es subordinado, por lo que nunca debe admitirse la costumbre *contra legem* (*Derecho administrativo*, 6.ª ed., por MARTÍNEZ USEROS, 1957, vol. I, págs. 103 y 104). ROYO VILLANOVA advierte que en el Derecho administrativo los actos de la Administración suponen una actuación reflexiva, la de los funcionarios públicos, por lo que la idea de la costumbre parece incompatible con el concepto mismo de lo administrativo. En cambio, no sucede lo mismo en la Administración local, donde, por el carácter natural y espontáneo de la vida de los Municipios, retoñarán siempre las instituciones municipales reguladas por la costumbre (*Elementos de Dcho. adm.*, cit., t. I, págs. 56 a 58).

(14) El Estatuto municipal de 1924 restableció para ciertos Municipios el régimen de Concejo abierto en su artículo 42. El vigente Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales, de 17 de mayo de 1952, se limita a decir en su artículo 100: «En las Entidades municipales que se rijan por el sistema de Concejo abierto serán Concejales e integrarán la Asamblea todos los electores de uno u otro sexo». Lo que demuestra que, en todo lo demás, deben regir las costumbres del propio Concejo. Análogas conclusiones en relación con el valor de la costumbre, se deducen del artículo 111 del mismo Reglamento, donde, hablando del Régimen especial de Carta, se dice: «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

b) Costumbres que regulan relaciones *entre particulares*, no obstante, que por razón de la materia tales relaciones se encuentren íntimamente conectadas con el interés público; como es el caso de las relaciones entre los usuarios de un aprovechamiento de aguas, o de aprovechamientos forestales o comunales (16).

ser declaradas subsistentes en su primitiva forma o adaptadas a las transformaciones de la vida comunal.»

(15) Debe de citarse, a estos efectos, el Tribunal de las Aguas de Valencia, que, con sus tradicionales características de composición, lenguaje, procedimiento verbal, etc., sigue reuniéndose todos los jueves a mediodía ante la Puerta de los Apóstoles de la Catedral valenciana. En relación con el mismo, se ha producido una interesante bibliografía, a la que pertenecen los siguientes títulos: BORRULL y VILLANOVA, *Discurso sobre la distribución de las aguas del Turia y deber conservarse el Tribunal de los acequeros de Valencia*. 3.ª impresión, 1828; GUILLÉN RODRÍGUEZ DE CEPEDA, *El Tribunal de las Aguas de Valencia. Los modernos Jurados de riegos*, tesis doctoral, Valencia, 1920; GINER BOIRA, *El Tribunal de las Aguas de la vega de Valencia* (un folleto con texto en castellano, francés, inglés, 1953).

De análogas características son otros Tribunales consuetudinarios, como el *Lligalló de Morella*, que surgió como consecuencia de los roces a que dió lugar la aplicación del «Privilegio de franco herbaje» otorgado a Morella y sus aldeas el 28 de abril de 1273. Acerca del mismo, vid. VALLS TABERNER, *El Tribunal del Lligalló de Morella*, 1926.

(16) En este grupo deben clasificarse otros preceptos de nuestro Derecho positivo que pueden ser recordados. Así, el artículo 234 de la Ley de Aguas: «En los regadíos actualmente existentes y regidos por reglas, ya escritas, ya *consuetudinarias*, de una comunidad de regantes, ninguno será perjudicado...» Artículo 237. «El reglamento para el Sindicato lo formará la Comunidad. Serán atribuciones del Sindicato... 2.º Dictar las disposiciones convenientes para la mejor distribución de las aguas, respetando los derechos adquiridos y las *costumbres locales*» Suele citarse también la Ley de 24 de julio de 1918 y el Reglamento de 5 de septiembre de 1918, que, en relación con los aprovechamientos forestales, hablan de la costumbre del lugar y de la comarca. En esta misma materia puede citarse el Real Decreto de 8 de abril de 1830, que reguló los aprovechamientos comunales «siempre que no se encuentren en oposición con lo que, en orden a los mismos, pueda existir para ellos con carácter tradicional, en cuyo caso continuarán vigentes para regularlos las costumbres del país». Actualmente, la referencia debe hacerse al artículo 192 de la Ley de Régimen local: «...2. Cuando el disfrute general y simultáneo de los bienes comunales fuera impracticable a falta de costumbre o reglamentación local, se adjudicará su aprovechamiento...» «...4. Los Ayuntamientos y Juntas vecinales que viniesen ordenando el disfrute y aprovechamiento de montes comunales mediante concesiones periódicas a los vecinos de suertes o cortas de madera, de acuerdo con normas consuetudinarias o reglamentaciones locales tradicionalmente observadas...»

La simple consideración de los supuestos que se contienen en los dos grupos señalados nos lleva al convencimiento de que sobre tales bases resulta muy difícil montar una teoría general de la costumbre como fuente del Derecho administrativo. La relación-tipo jurídico-administrativa, que es la que se da entre la Administración estatal y los particulares o administrados, no aparece aquí por ninguna parte. Y se comprende que así sea. Por diferencia de lo que ocurre en las relaciones jurídico-privadas, donde cada relación es susceptible de producirse y desarrollarse entre sujetos cada vez diferentes (lo que justifica que, si todos proceden de ordinario de forma análoga, surja la costumbre como norma ya obligatoria en los casos futuros), la relación jurídico-administrativa se da entre partes, una de las cuales (el particular o administrado) puede cambiar de caso a caso, mientras que la otra (la Administración pública) es siempre la misma. Además, ocurre que es cabalmente este sujeto permanente de la relación—la Administración—quien está investido de poderes jurídicos (de los que el otro sujeto carece) para decidir sobre la misma, mediante «decisiones unilaterales». Resulta así que, como ha observado Royo-Villanova, la Administración no es obra de los particulares—que se limitan a ser *administrados*—, por lo que malamente pueden darse en este campo los supuestos necesarios para que surja la costumbre con sentido análogo al que tiene en Derecho privado: esto es, como fuente de Derecho independiente a la voluntad estatal.

Ahora bien; precisamente por las consideraciones que se acaban de hacer, se comprende que el lugar de la costumbre lo ocupen en Derecho administrativo las llamadas *prácticas administrativas*. Por tanto, la cuestión que ahora debe plantearse es la de la obligatoriedad jurídica de tales prácticas (17).

También podría incluirse aquí el artículo 101 del Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales: «Las Comunidades de Tierra, Villa y Tierra, pastos, leñas, aguas, universidades y asociados de cualquier índole, se regirán por sus normas consuetudinarias o tradicionales, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley (*de Régimen local*)...»

(17) Para POSADA, las prácticas administrativas tienen una importancia fundamental en la teoría de las fuentes (op. cit., pág. 175); pero es principalmente Royo

La posible obligatoriedad de las prácticas administrativas no deriva simplemente de la fuerza que para la Administración tengan sus propios precedentes. Entendemos, antes bien, que la Administración puede lícitamente apartarse de sus propios precedentes: 1.º Si se trata de materias en las que actúa con poderes reglados, por entender que la interpretación de la ley que se ha venido haciendo no es la correcta (18); 2.º Si se trata de materias en las que actúa con poderes discrecionales, por entender que los criterios hasta entonces aplicados son inoportunos o contrarios al interés público; si bien en este caso el cambio de criterio deberá de realizarse con carácter general para el futuro, y no como derogación del criterio anterior para resolver un caso concreto (19).

VILLANOVA quien apunta a una sustitución del valor de la costumbre por el de las prácticas administrativas (op. cit., pág. 57).

ORTIZ DÍAZ (en *El precedente administrativo*, en «Revista de Administración Pública», núm. 24, 1957) entiende que debe distinguirse entre el precedente y las prácticas administrativas. «Estas últimas—dice—constituyen meras normas usuales de carácter y eficacia puramente interna para la Administración, derivadas de principios de técnica administrativa o de buena administración, que los funcionarios siguen en el desarrollo de su actividad, estilo corriente de proceder éstos... El precedente, por el contrario, es algo más; implica la resolución sustantiva de la Administración sobre cuestiones sometidas a la misma y generadora de derechos e intereses para los particulares». Claro es que las prácticas en este sentido se reducen a ser unos simples modos de hacer, operaciones técnicas o de tramitación material de los expedientes que carecen de relevancia a los efectos que planteamos en el texto. Nosotros nos referimos a aquellas de cuya observancia pueden deducirse beneficios o perjuicios para situaciones jurídicas individualizadas; por eso no nos preocupamos de distinguirlas del precedente.

(18) Así, el Ministerio de Educación Nacional había venido admitiendo que en los concursos de traslado para la provisión de cátedras universitarias tomasen parte Catedráticos de asignaturas *análogas* a las vacantes. Recientemente abandonó tal criterio por entender que el traslado a cátedra *análoga* no cabía dentro de los preceptos de la Ley de Ordenación universitaria de 1943.

(19) DE LAUBADÈRE cita en este sentido una decisión del Consejo de Estado francés de 3 de diciembre de 1920, *asunto Duquesnoy (Traité élémentaire de Droit adm.*, 1953, pág. 209).

ORTIZ DÍAZ (en op. cit.) entiende que el precedente supone, en virtud del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, un límite a la potestad discrecional de la Administración, «a menos—añade—que resulte conveniente u oportuno, por razones objetivas de interés público, romper el principio de igualdad y no continuar el procedimiento establecido». Precisamente esta limitación es la que hace

En cambio, a nuestro juicio, la obligatoriedad de las prácticas administrativas surge allí donde, como consecuencia de las mismas, haya podido crearse un principio de apariencia jurídica que induzca al administrado a creer correcta una actuación suya en un sentido determinado (20).

De cuanto se ha dicho hasta aquí, pueden desprenderse las siguientes conclusiones en orden al valor de la costumbre como fuente del Derecho administrativo:

1.^a La costumbre sólo tiene vigencia en relación con el funcionamiento de instituciones surgidas históricamente, o para regular relaciones entre los particulares administrados en relación con materias determinadas. Aún aquí, resulta necesario que la tal costumbre haya sido reconocida por la ley y, una vez realizado dicho reconocimiento, no podrá ser derogada por normas de inferior rango formal.

2.^a Respecto de las relaciones jurídicas entre la Administración estatal y los particulares, el papel de la costumbre puede venir desempeñado, en determinadas circunstancias, por las prácticas administrativas.

inoperante su posible eficacia y el que sea impropio catalogarlo entre las fuentes del Derecho.

(20) Sirva de ejemplo la interpretación que el Ministerio de Educación Nacional viene haciendo del Reglamento de oposiciones a cátedras universitarias de 1931. Terminado el plazo de firma de la oposición, se publica una lista provisional de admitidos y se concede un plazo de diez días «para reclamaciones». Pero se viene permitiendo por el Ministerio que en este plazo de reclamaciones se presenten cuantos documentos se dejaron de presentar en el anterior. Es posible que el Reglamento de 1931 pueda ser interpretado en el sentido de que el plazo de diez días no es más que para «reclamaciones» en el sentido estricto de este concepto; pero también es cierto que la continuada interpretación ministerial ha creado una *apariencia jurídica*, a la que se acogen de buen fe los particulares y que puede ser, indudablemente, abandonada, pero exigiéndose para ello que el Ministerio dé a conocer previamente su cambio de criterio.

La doctrina (ALESSI, *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo*, 1953, página 171) y la jurisprudencia italiana (decisiones de la Sección 4.^a del Consejo de Estado de 27 de julio de 1948 y 27 de octubre de 1949) admiten el valor vinculante de las prácticas administrativas.

III.—LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

A) *Ideas generales.*

Las mismas dificultades que, según hemos visto, parece oponer la idea de poder discrecional a la admisión de la costumbre como fuente del Derecho administrativo, vuelven a plantearse en relación con los principios generales. Justamente aquí tiene su base una corriente jurisprudencial que ha conducido a nuestra jurisdicción contencioso-administrativa a negar la posibilidad de la anulación de actos administrativos, por entenderse contrarios a los principios generales del Derecho (21).

Ahora bien, el reconocimiento de la potestad discrecional no evita la admisión de las fuentes subsidiarias del Derecho escrito: simplemente éstas operan como una restricción del amplio campo que, en otro caso, pertenecería a aquélla (22). Quiérese decir con esto que no encontramos ningún inconveniente para tratar de los principios generales del Derecho en la teoría de las fuentes del Derecho administrativo.

Pero, ¿qué son los principios generales del Derecho?

(21) Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1914, que contiene la siguiente doctrina: «...porque no es de tener en cuenta el artículo 6.º del Código civil, según el que, cuando no haya ley exactamente aplicable, se aplicarán los principios de Derecho, porque en el contencioso-administrativo no hay ley aplicable que establezca el Derecho, se obliga la aplicación del artículo 1.º de esta jurisdicción, que impide reconocerlo». Cit. por CLAVERO ARÉVALO, en *Los principios generales del Derecho y las lagunas del Ordenamiento administrativo*. (En «Revista de Administración Pública», núm. 7, 1952, pág. 53). Véase en este sentido la corriente doctrinal citada por este autor.

(22) CLAVERO (en op. cit., págs. 88 y ss.) distingue entre potestad discrecional y lagunas de la legislación administrativa. Como la potestad discrecional no se da por la simple ausencia de ley, sino cuando precisamente una ley la atribuye a la Administración, resulta que el problema de las lagunas del Ordenamiento jurídico debe de plantearse en esta rama del Derecho en los mismos términos que en Derecho civil. Ya hemos manifestado nuestra disconformidad con esta postura doctrinal.

B) *Concepto y naturaleza jurídica.*

Como señala González Pérez (23), los principios generales del Derecho no deben confundirse ni con los principios de la ciencia jurídica (pues mientras estos pertenecen al plano de la lógica, aquéllos constituyen el contenido del Derecho), ni con las reglas jurídicas, que son simples expresiones técnicas o recursos pedagógicos, aunque a veces sirven de vehículo de los auténticos principios de Derecho. Admitida esta observación, cabe oponer dos posturas radicalmente diferentes en cuanto a la explicación de la naturaleza de la función de los principios generales.

Por una parte, Federico de Castro entiende que los principios generales del Derecho son «los inspiradores de todo el Ordenamiento jurídico». Precisamente por esto, su papel desborda el de meras fuentes subsidiarias del Derecho que parece deducirse del artículo 6.º del Código civil, habiéndose de tener en cuenta que en este artículo no se establece el orden jerárquico de las normas (cosa que ya realizó el artículo 5.º del propio Código civil), sino que se limita a ser una regla práctica para el Juez, al que señala la forma cómo debe proceder normalmente al juzgar (24). En resumen: a través de los principios generales del Derecho cobra vigencia la aplicabilidad del Derecho natural, incluso como fuente primaria anterior a la ley escrita (25).

(23) En *El método en el Derecho administrativo*, en loc. cit., págs. 44 y ss.

(24) DE CASTRO, *Derecho civil* cit., I, pág. 341. Añade este autor: «Estos principios están fuera de la estricta subordinación jerárquica de las fuentes, ya que han de ser tenidos en cuenta, antes, en y después de la ley y la costumbre. El Juez tiene el deber de aplicar los principios escritos o no escritos que inspiran la total organización del Estado; estos principios son los que señalan los caracteres que la ley y la costumbre han de tener para ser válidos, los que imponen que la costumbre ha de ser racional y la ley sea conforme al Derecho natural, los que por su carácter informador general indicarán cómo uno y otra han de ser entendidos» (op. cit., pág. 342).

(25) Dice DE CASTRO: «Según la verdadera concepción del Derecho, el Derecho natural es, como atributo de legitimidad del Derecho positivo, fuente informadora de todo el Derecho, y, a la vez, Derecho positivo inmediatamente aplicable, en forma de principios generales del Derecho» (op. cit., pág. 346). En cierto sentido, este párrafo es contradictorio en relación con lo que se copia en

En análogo sentido se pronuncia González Pérez, que subraya así en los principios generales, no solamente su papel de fuente subsidiaria para el caso de insuficiencia de la ley y la costumbre, sino también el de principios informadores del Ordenamiento jurídico y, consiguientemente, de toda la función interpretativa del Derecho (26).

Frente a tal concepción, cabe configurar los principios generales del Derecho como fuente subsidiaria, sólo aplicables a falta de Derecho escrito y consuetudinario. Prescindiendo de posibles soluciones de *lege ferenda*, no hay duda de que es esta conclusión la que se impone a la vista de nuestro Derecho positivo. Por mucha habilidad dialéctica que se pretenda desplegar en la interpretación del artículo 6.º de nuestro Código civil, la claridad meridiana de sus palabras nos fuerza a entender que los principios generales del Derecho sólo pueden ser invocados por el Juez a falta de ley y costumbre, y no—como quiere la doctrina antes citada—para constatar la bondad y justicia de la ley escrita (27). Resulta paradójico que precisamente ciertos

la nota anterior y en la que se alude a los principios generales como «principios escritos o no escritos que inspiran la total organización del Estado». Pues lógicamente puede ocurrir que la organización del Estado no esté de acuerdo con el Derecho natural, en cuyo caso los principios generales tendrán que ser una cosa u otra (lo que inspira la organización positiva o los que se deducen del Derecho natural), pero no las dos cosas al mismo tiempo, supuesto que son contradictorias.

(26) Siguiendo a DE CASTRO, observa que existen tres clases o grupos de principios jurídicos: los principios de Derecho natural, los principios histórico-tradicionales y los principios políticos: la contradicción entre los textos legales y los principios de Derecho natural origina la condenación del Ordenamiento por antijurídico, el apartamiento de los principios tradicionales producirá su repudiación por tiránico o antijurídico nacional; la contradicción con los principios políticos significará la ineficacia y la derogación tácita de los textos legales irreconciliables (op. cit., y loc. cit., pág. 55). Todo esto está muy bien y proporciona, desde luego, la posición de un criterio para que el jurista pueda *condenar* determinados textos positivos. Pero la cuestión que aquí nos ocupa es la de si el Juez—que en nuestro Ordenamiento (¡y éste sí que es un principio de nuestro Derecho!) está sujeto al imperio inexcusable de la ley escrita—podría también realizar la misma *condena*, negándose a aplicar tales textos legales.

(27) La tesis de DE CASTRO, que niega que el artículo 6.º del Código civil establezca precisamente una gradación jerárquica de las fuentes de nuestro Derecho

Códigos civiles que no aluden expresamente a los principios generales del Derecho, sean los únicos que permiten una aplicación de los mismos en el sentido que quiere la doctrina que se critica (28): pues, realmente, quien asume la función y, por tanto, la responsabilidad de traducir las exigencias del Derecho natural en Derecho positivo, es el legislador y no el Juez.

C) *Aplicabilidad de esta fuente al Derecho administrativo.*

La anterior discusión sobra y carece de sentido si se tiene en cuenta que en realidad la expresión *principios generales del Derecho*, por ser equívoca encierra simultáneamente dos diferentes acepciones: a), como los principios mismos que informan el Ordenamiento jurídico escrito, y b), como los principios del Derecho natural que *deben* inspirar el Ordenamiento positivo. Se trata de saber simplemente a cuál de estas acepciones alude el artículo 6.º del Código civil.

a) Por lo que se refiere a la primera acepción, los principios generales son aquellos que, sin aparecer expresamente escritos, están en la base de un Ordenamiento positivo determinado. Se trata de reglas no escritas de Derecho que responden a la lógica del sistema y a los principios que lo informan y que, por tanto, son independientes respecto del Derecho natural, puesto que están condicionados por los propios supuestos del sistema positivo que se contempla, el cual puede coincidir, y puede no coincidir, con las exigencias del Derecho natural (29).

vista General de «Legislación y Jurisprudencia», noviembre, 1945, págs. 524-525), para quien dicho artículo establece claramente una fuente primaria, la ley, y dos fuentes secundarias o subsidiarias, la costumbre y los principios generales del Derecho.

positivo, es cambiada por CASTÁN (*Aplicación y elaboración del Derecho*, en «Re-

(28) Es el caso del Código civil suizo, que en su artículo 1.º permite al Juez a falta de ley y costumbre, que decida el caso como si él fuese legislador. No hay duda de que es entonces cuando el Juez puede aplicar con todo rigor su propia concepción sobre el Derecho natural y la justicia. Pero adviértase que también aquí actúa esta fuente a falta de Derecho escrito.

(29) En cuanto dicho sistema positivo haya sido puesto en vigor más o menos directamente inspirado en el Derecho natural, sus principios coincidirán más o

En este sentido no hay duda de que los principios del Ordenamiento jurídico operan en Derecho administrativo (como operan en Derecho civil). Y ello, no porque lo diga el artículo 6.º del Código civil (que no alude a esta acepción), sino porque la idea de la legalidad no se agota, obviamente, con una interpretación raquílica de la letra escrita de la ley, sino que ha de mirar también al espíritu que la anima y vivifica. Nuestra legislación actual sobre lo contencioso-administrativo admite una referencia directa a esta acepción de los principios, por lo que no puede dudarse en absoluto que sería procedente fundar en ellos un recurso contencioso-administrativo para impugnar cualquier acto de la Administración que los desconociese (30).

Cuando la doctrina ha intentado montar una teoría general sobre el valor de los principios generales del Derecho en Derecho administrativo, suele confundir sistemáticamente los principios que incluimos en este grupo, con la acepción a que después nos referiremos (31). Pero se trata de una confusión que

menos con los del Derecho natural. Pero lo que interesa subrayar es la independencia de ambos conceptos. Así, un determinado Ordenamiento positivo puede estar radicalmente inspirado en una tendencia jurídico-política de tipo clasista (aristocrática o proletaria), lo que puede entenderse que vale contra ciertos principios de Derecho natural. Si un Juez invoca estos últimos para oponerse a la aplicación de las consecuencias lógicas de aquel sistema (verdaderos principios de tal Ordenamiento), estará desbordando su función de Juez para asumir el papel propio del legislador.

(30) El artículo 83, núm. 2, de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, dice: «La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en *cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico*, incluso la desviación de poder». Y debe entenderse este precepto en relación con lo que se dice en la exposición de motivos de la propia ley, que «...refiere la conformidad o disconformidad del acto genéricamente al Derecho, al Ordenamiento jurídico, por entender que reconducirla simplemente a las leyes civiles, a incurrir en un positivismo superado y a olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad *inmanente en la naturaleza de las instituciones*».

(31) De aquí todos los esfuerzos que tiene que hacer DE CASTRO para demostrar, pues lo contrario echaría abajo su teoría, que el artículo 6.º del Código civil no contiene una enumeración de fuentes (op. cit., pág. 341). Y por la misma razón GONZÁLEZ PÉREZ habla de la doble función de los principios generales

sólo puede conducir a errores, pues en la acepción de que ahora hablamos, los principios del Ordenamiento jurídico *no son verdaderamente una fuente autónoma del Derecho, sino más bien forma de conocimiento del total Ordenamiento positivo* (32).

Planteada así la cuestión, resulta obvia la discusión relativa al lugar que estos principios ocupan en la jerarquía de las fuentes. Cuando se desprendan del Ordenamiento legal, su fuerza de obligar es la de la ley y contra ellos no podría prevalecer, consiguientemente, un reglamento: ese reglamento sería ilegal (33).

del Derecho como regla de interpretación y como fuente del Derecho. Realmente lo que ocurre, como se dice en el texto, es que con la misma denominación se está aludiendo a dos cosas distintas.

(32) ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, 1947, vol I, pág. 69. Este autor ni siquiera incluye los principios generales del Derecho en la enumeración de fuentes.

(33) En este sentido hay que entender la afirmación de JEAN RIVERO, de que «como la ley, los principios se imponen al poder reglamentario; un reglamento contrario a un principio comporta el mismo tipo de anulación que si violara la ley». (*Los principios del Derecho en el Derecho administrativo francés*, en «Revista de Administración Pública», núm. 6, 1951, pág. 296). A pesar de que este autor formula una teoría de los principios generales del Derecho como fuente paralela al Derecho escrito, es lo cierto que de los grupos concretos de principios que él examina, se deduce que está pensando en una acepción que coincide con la que en este apartado acabamos de exponer. En efecto, para RIVERO, existen los cuatro grupos de principios aceptados más o menos explícitamente en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés: a) Conjunto de reglas emanadas de la declaración de derechos del hombre de 1789, o sea: división de poderes, libertad personal, igualdad de los usuarios ante el Derecho público y del contribuyente ante los impuestos...; b) Reglas aceptadas en el Código civil o en la Ley de Enjuiciamiento y trasplantada al Derecho administrativo por considerarse consustanciales a todo el Ordenamiento; no retroactividad de las leyes y disposiciones administrativas, reparación de daños culposos, enriquecimiento injusto, la regla de que nadie puede ser condenado sin ser oído, etc.; c) Principios de origen moral: el bien común o interés general como fin de la Administración (léase *détournement de pouvoir*), que la Administración no debe mentir...; d) Principios que derivan de «la naturaleza de las cosas» y de la lógica de las instituciones: continuidad del servicio público, posibilidad de adoptar medidas extra legales en caso de necesidad (según el Código *salus populi suprema lex esto*), etc. (loc. cit., págs. 294 y 295). No hay duda de que, según se desprende de la tesis de RIVERO, estos principios no deben confundirse con los del Derecho natural, sino que son los que derivan de las instituciones jurídicas tal como éstas están positi-

b) De acuerdo con una segunda acepción, los principios generales del Derecho remiten a una fuente normativa *distinta* y *autónoma* respecto del Derecho escrito positivo. Se comprende que el Código civil aluda precisamente a esta acepción, y no a la otra, en su artículo 6.º: 1.º), porque la alusión a los principios jurídicos en que el propio Ordenamiento positivo se basa, es rigurosamente superflua, dado que no se puede aplicar la ley sin tener presentes tales principios, y a esto se refiere justamente el conocido aforismo «la letra mata y el espíritu vivifica»; 2.º), porque entonces no se hubiesen invocado los principios generales como fuente subsidiaria de segundo grado, es decir, sólo aplicables a falta de ley escrita y de costumbre.

Pues bien, concebidos en esta acepción los principios generales del Derecho, deben de considerarse como fuente del Derecho administrativo, y precisamente fuente subsidiaria (34). Y a pesar de cuanto pueda aducirse en contra, no son aislados los casos en que la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo ha invocado tales principios para fundamentar sus decisiones (35); pues, entendidos como principios del Derecho natural, pueden significar un último reducto al que el

vamente reguladas. Por ello dice este autor: «Cada orden jurídico reposa necesariamente sobre una cierta concepción del hombre y del mundo, que no es más que una pieza de una civilización con sus ideales particulares, no pudiendo interpretarse más que en este cuadro, del cual dan las fórmulas esenciales los principios generales».

(34) CLAVERO ARÉVALO afirma también la subsidiaridad de esta fuente del Derecho cuando dice: «A nuestro juicio, el administrador al enfrentarse con una laguna del Ordenamiento, debe resolver en el ejercicio de su función administrativa, según los principios generales del Derecho, a falta de costumbre del lugar». (*La doctrina de los principios generales...*, en loc. cit., pág. 99.)

(35) Vid. la jurisprudencia citada por SERRANO GUIRADO, en *El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo*, en «Revista de Administración Pública», número 4, 1951, págs. 129 a 190. Dos sentencias de 4 y 9 de junio de 1943 declaraban que el trámite de audiencia constituye un principio de ética jurídica. Y en la de 30 de octubre de 1923 se fundamenta su necesidad «porque lo exige la más elemental observancia del principio general de Derecho en que tiene su base». Vid. igualmente nuestro trabajo *El principio «audi alteram partem» en la vigente Ley de Régimen local*, en REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, nov.-dic. 1956, número 90.

Juez puede jurídicamente acogerse en el trance de cumplir con su obligación de sentenciar. Ahora bien, si existe una ley positiva contraria a lo que el Juez (o el Administrador) estime ser un principio del Derecho natural, no tiene más remedio—en nuestro sistema—que aplicar la ley y olvidarse del principio. Y posiblemente no debamos de lamentarnos de que así sea, pues de los tiempos en que el imperio de la ley escrita aún no se había consagrado con su actual carácter absorbente, es aquel rancio adagio del Derecho francés, recordado por Rivero: «Dios nos guarde de la equidad de los Parlamentos.»