

La costumbre en el derecho público «glocal»

Amable Concha González
Doctor en Derecho

A. Leopoldo Tolivar Alas, con gratitud.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO. 2. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO DE LA GLOBALIZACIÓN. 3. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO PÚBLICO LOCAL. 4. UNA PROPUESTA «GLOCAL» PARA LAS COSTUMBRES JURÍDICO-PÚBLICAS.

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

Se tiene por muy habitual, que hablar de lo consuetudinario, en derecho, significa adentrarse en el mundo de las tradiciones, el folklore, la historia..., cuando no de la arqueología jurídica. Huye este intento, en la medida de lo posible, del enfoque más característico, y no tanto por entender que tales esfuerzos no sean valiosos –seguimos creyendo en la necesidad del conocimiento de la historia y en el método de las «supervivencias»–, como por entender que no deben descuidarse otras perspectivas sin las cuales el discurso de la costumbre como fuente del derecho no estaría completo. En su virtud, y esperando no decepcionar, se avanza ya en esta introducción que no van a abordarse vetustas costumbres –reliquias históricas– sino cuestiones actuales sobre lo consuetudinario.

Se va a preferir *costumbre* a *costumbres* para potenciar el papel de la primera como fuente dinámica del derecho (en sentido Kelseniano) frente a una mera exposición del catálogo de costumbres jurídicas aún vigentes, elenco éste que tan sólo mostraría –como pretendemos explicar– una visión fragmentaria: *antiqua pars*, del metajurídico universo de la costumbre como fenómeno culturalmente eficaz para formular normas jurídicas.

Pero extraer la historicidad de la costumbre pudiera afectar a su propia naturaleza. No en vano, es un proceso de reiteración histórica –más o menos dilatado en el tiempo, pero historia al fin y al cabo– el que permite la fijación de la norma consuetudinaria, siendo algunos de sus rasgos distintivos: la práctica duradera, constante e ininterrumpida. De su irrupción dogmática privilegiada, en tiempos de la Escuela Histórica, queda esa generalización –propia del evolucionismo dominante en la época– que la sitúa como estadio previo a la ley y al Estado, como la forma en que las

sociedades primitivas crearon su primer derecho (Ley de las XII Tablas), y también esa aprehensión «*de que toda costumbre vigente es en realidad una supervivencia de tiempo inmemorial*».

Frente a esa noción romántica que nos llevaría a una definición de la costumbre del tipo: «es la emanación jurídica del espíritu del pueblo (el *volksgeist* Hegeliano)», el positivismo ha enfatizado la expresión material consuetudinaria como conducta colectiva, generalizada y perdurable, sin descuidar el elemento espiritual –pero lejos de aquel idealismo romántico–, importando la *opinio iuris sui necessitatis* no por ser un rasgo diacrítico de la nación, sino un concepto jurídico que permite al sujeto calificar la conducta practicada como el sometimiento a una regla de derecho. La necesidad de una Teoría General del ordenamiento jurídico llevó, también, a la definición positivista de la costumbre un tercer requisito: que la vigencia de la costumbre fuera reconocida por una norma dentro del sistema de fuentes (en nuestro caso el artículo 1 del Código Civil).

Sin embargo el concepto «costumbre» tiene, a su vez, un sentido diferente –y más amplio– del que, además, se deriva el propio sentido jurídico del mismo. Es decir, no sólo existe la costumbre jurídica, sino la costumbre en general, aunque de entre todas las costumbres, únicamente, las jurídicas gozan del mecanismo de la tutela judicial. Lo anterior vale, claro está, para lo que llamamos sistema de derecho continental, e incluso, debiera matizarse ya que pueden existir costumbres de naturaleza jurídica –luego se verá– que no precisen del mecanismo de la compulsión. Esta cuestión, verdaderamente interesante, ha llamado la atención de las ciencias sociales: MALINOWSKI, NORBERT ELIAS, RADCLIFFE-BROWN, GLUCKMAN..., pero es en suma enjundiosa como para detenernos ahora. Valga lo dicho a los efectos de nuestro propósito actual.

A la inversa, más que en lo que difieren puede interesarnos lo que es común a ambos sentidos de la costumbre. MAX WEBER¹ consideraba la costumbre como una «regularidad de hecho» que permite que se den «*chances*» (probabilidades de relación social). Obrar conforme a la costumbre evita incomodidades e inconvenientes sean (o no) jurídicos. Esto se debe, en enorme parte, a la sugestión; bien por inspiración de la conducta como algo que debe hacerse, o por la «endopatía»; aquella penetración simpática enunciada por HELLPACH (el influido convive la propia conducta interior del que influye)². En ambos casos tales conductas pue-

¹ M. WEBER, *Economía y Sociedad, esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999. pp. 22-29.

² *Id.* p. 260.

den dar lugar a una *acción comunitaria* y a la percepción en los individuos de que podrán articularse otros «consensos sociales» si se respeta el procedimiento acostumbrado. De esta fenomenología propia de órdenes espontáneos –como diría HAYEK³– trae causa no sólo la creencia de la Escuela Histórica sobre el primitivismo consuetudinario, sino, también, aquella otra generalización, tan extendida, de que la costumbre es «más» fuente en el derecho privado que en el derecho público. Siendo verdades en parte, parece más adecuado afirmar que un orden espontáneo y dirigido a los consensos habrá de fundarse preferentemente en procedimientos acostumbrados mientras que para articular un sistema de normas explícitas y abstractas serán preferibles la ley y el reglamento.

Tener en cuenta ese sentido general de la costumbre para abordar la costumbre jurídica, nos conduce a una definición de la norma consuetudinaria muy similar a la propuesta de GEERTZ para la integración de las representaciones estructurales (en caso de/entonces) y las representaciones directrices (ya que/por lo tanto) del derecho: «Cómo debemos, en razón de lo que creemos, actuar; qué en razón de nuestros actos, debemos creer⁴».

Esta propuesta conceptual, *aliena historiae*, sirve mejor a nuestros propósitos sincrónicos. Si hace, más o menos, unos veinte años nos hubiésemos planteado el cometido presente, de seguro, que no nos habríamos visto en el mismo compromiso. Desde la ciencia jurídica moderna se hubiera dado cumplida recepción de los dogmas generalmente admitidos y al decir «hoy» nos habríamos detenido en lo que de antaño sobrevivía y no en lo que estaba naciendo. Con pleno acierto se habría defendido que el principio de la soberanía nacional deja poco espacio al derecho espontáneamente creado por la sociedad al margen de parlamento y gobierno, y que la costumbre tan sólo ha podido pervivir haya donde *históricamente* hubiera venido existiendo y además la ley, así expresamente, se lo hubiese reconocido.

³ F. HAYEK, *La fatal arrogancia*, Unión Editorial, Madrid 1997, p. 203: «Por supuesto, el orden extenso no surgió de repente, sino a través de un largo periodo de tiempo y con muchos más estadios intermedios de lo que pueda sugerir la simple contemplación del modelo actual. (Recuérdese que todo ello exigió el paso de centenares de miles de años, y no los cinco o seis milenios más recientes). En comparación con ello el orden de mercado es, pues, algo relativamente reciente. Las diversas estructuras, tradiciones, instituciones y otros elementos que lo integran fueron apareciendo gradualmente a medida que se iban seleccionando los modos habituales de conducta. Este proceso de selección no se basaba en criterios de efectividad, sino en su capacidad de potenciar demográficamente el colectivo y de facilitar la integración de gentes ajenas al grupo». Para el autor, página 203: «... esta evolución tuvo lugar a través de la difusión de nuevas prácticas mediante un proceso de transmisión de hábitos adquiridos, análogo a la, en otros aspectos muy diferente, evolución biológica».

⁴ C. GEERTZ, *Conocimiento local*, Paidós, Barcelona, 1994. p. 209.

Ahora bien, la época crítica y crucial –las enormes transformaciones ¡tan veloces!– que estamos viviendo no han sido externas al mundo del derecho y dentro de éste al sistema de fuentes de la codificación. La costumbre no es ya reliquia de tiempos primitivos sino un signo de la *post-modernidad* jurídica. Las practicas consuetudinarias afectan cada vez más al ordenamiento jurídico dando lugar a derecho contenido en nuevos instrumentos: decisiones, directrices, acuerdos, recomendaciones... En consonancia con lo anterior, cabe tanto impugnar que la costumbre sea hoy, aún, más privada que pública, como defender que el actual derecho de las Administraciones públicas es mucho menos público que hace pocas décadas. La creciente «competencia desregularizadora» da lugar a marcos más espontáneos que deben procurar vínculos consensuados y dentro de este panorama la costumbre «funciona» de forma natural, no por su ser histórico. El fenómeno es de tal magnitud en los estados de la Unión Europea que, incluso, permite discutir la primacía legislativa. En el mundo de la «glocalización» la costumbre deja de ser fuente subsidiaria para adquirir verdadero protagonismo.

Acostumbrados –como estábamos al abordar las costumbres jurídicas– a tratar con el saber de los ancianos, a escudriñar venerables diplomas –incluso epígrafes–, o a la prosa rica de los estudiosos del derecho antiguo, el periplo por lo consuetudinario que vamos a ofrecer pierde todo aquel encanto. En cambio gana, entendemos, en interés informativo y en razones prácticas. Puede que también, al atisbar la dirección que discurre el devenir jurídico, podamos también aportar alguna explicación sobre tan cruciales momentos. No es aventurado. Siguiendo a uno de aquellos verdaderos sabios que se acercaron a la costumbre antigua: H.J.S. MAINE; «el derecho tiene una verdadera dimensión de instancia explicativa de la evolución social».

Esperemos que esta máxima, al menos, siga sirviendo para el estudio de las nuevas costumbres.

2. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO DE LA GLOBALIZACIÓN

Que la costumbre llegue a ser una fuente preferenciada en el derecho de la «globalización» pudiera admitir una explicación desde el derecho internacional público. Ciertamente, y cuando algunos autores han defendido restrictivamente la virtualidad de la costumbre como fuente del derecho público, ha sido constante y unánime salvar la costumbre internacional. Ésta, ha funcionado entre los estados en ausencia de la ley interna-

cional y de una autoridad supraestatal que pudiera imponer su cumplimiento. Existe un vínculo indisoluble entre ley y soberanía: mientras los estados sean soberanos ninguna ley internacional puede imponerseles sin su consentimiento. La evolución en la fundamentación jurídica de las misiones de la ONU –sobre todo tras las misiones en la exYugoslavia– ayudaría a sugerir una quiebra del principio anteriormente enunciado, aunque tal argumento decae si se plantea con relación a las grandes potencias, o a potencias medias fuertemente tuteladas (*ad. ex.* las sanciones de la ONU a Israel).

En cambio, la costumbre que ahora nos ocupa sí implica un ataque al principio de la soberanía nacional y a la ley como expresión racional de dicho dogma. Desde la segunda mitad del siglo XVIII, conectando la denominada «ciencia de la policía» –que exigía una administración inspirada en los axiomas del racionalismo–, con las posturas de LOCKE –que habrán de llevar desde el principio de la libertad individual al postulado de la soberanía nacional–, se viene produciendo la génesis y consolidación de la doctrina que dará lugar a la implantación del estado liberal, complejo ideológico del que es deudor el moderno derecho público –muy singularmente el derecho administrativo–, y que tiene en el paradigma de la ley como expresión de la voluntad popular, una de las piedras maestras, por no decir simplemente «la maestra», de todo su entramado constructivo.

No sólo MONTESQUIEU o TOCQUEVILLE, sino entre los nuestros MARTÍNEZ MARINA o FLÓREZ ESTRADA, vinieron en aquella época convulsa –y en la que habrán de fijarse en buena medida los fundamentos del derecho moderno–, a perfilar dogmáticamente esa relación entre soberanía y ley, que, desde luego, buscaba decididamente, si no proscribir, sí limitar enormemente el papel de la costumbre –ajena al depósito iluminista– como fuente del moderno derecho público.

Con la excepción del derecho público local –por una evolución singular en que habremos de detenernos posteriormente–, y como «uno de los fenómenos más característicos y significativos de la organización del Estado español contemporáneo⁵», comienza a surgir una Administración periférica del Estado, no ya únicamente unos servicios «desconcentrados», sin que lo anterior vaya a significar la erradicación de las «particulares formas de administración local» –algunas consuetudinarias– que además reciben puntuales refrendos en algunas de las grandes leyes sobre

⁵ L. MORELL OCAÑA, «La aportación administrativa de POSADA HERRERA a la consolidación del Estado liberal», en *Posada Herrera y los orígenes del Derecho Administrativo Español*, I Seminario de Historia de la Administración, INAP, Madrid, 2001, p. 133.

el dominio público: aguas, montes..., y que en virtud del mantenimiento de la potestad normativa de los entes locales –primero por herencia histórica luego como expresión de la garantía institucional de la autonomía local–, continuarán vigentes, en los distintos sistemas jurídicos que van a sucederse, para llegar con cierta vitalidad a nuestros días.

La crisis del estado liberal y su posterior evolución hacia un estado social o «estado prestador», provocó un cuestionamiento de los axiomas administrativos de aquel modelo: no se trataría, ya, de garantizar la independencia municipal sino enfatizar la posible inconstitucionalidad de los pequeños municipios⁶. Para la constitución social ya no bastan –por si mismos– los caracteres y esquemas organizativos de aquel estado liberal de derecho. No obstante lo anterior, y de manera indudable, determinados valores esenciales de la concepción liberal: la ley como expresión de la soberanía popular, pero además; la libertad individual, igualdad ante la ley, sometimiento del poder al derecho o la participación del ciudadano en los intereses generales, continuaron teniendo vigencia, si bien, con ciertas diferencias funcionales –además de haber sido completados con otros valores y principios–, por haber desplegado su eficacia en circunstancias, segunda mitad del siglo xx, radicalmente nuevas.

Aceptando lo anterior –indiscutible hasta la caída del telón de acero y la irrupción de la globalización económica–, es cierto que aquel discurso ya no es tan «novedoso» porque el estado providencia –aquella resultante pacticia entre capitalismo y socialismo– parece estar sufriendo un profundo proceso de «desestatalización», ocasionando un nuevo equilibrio entre Estado y sociedad: entre lo público y lo privado. El nuevo modelo de administración pública se mira en la empresa privada, busca calidad, eficacia y eficiencia (*governance/gobernanza*), dentro de un marco presupuestario de déficit cero. Como es consecuencia lógica, grandes áreas de lo público son transferidas al sector privado e, incluso, puede hablarse de una creciente sujeción al derecho privado de las relaciones jurídicas de las administraciones públicas.

Como uno de los elementos más visibles de la tendencia enunciada aparece desde los últimos años del siglo anterior la proliferación de administraciones independientes. Modelo organizativo importado del área del derecho anglosajón suponen un cuestionamiento de la relación ley/sobe-

⁶ M.S. GIANNINI, «Il riassetto dei poteri locali», en *Rev. trim. dir. pub.*, 1971, pp. 452 y ss. *Vid.*, M. SÁNCHEZ MORÓN, *La autonomía local, antecedentes históricos y significado constitucional*, Civitas (Monografías), Madrid, 1990, p. 99. Califica estos entes como «como *inconstitucionales* en el plano de la realidad efectiva» (cursiva en el original).

ranía. Así la CNMV, la Agencia de Protección de Datos, la Comisión para el Mercado de las Telecomunicaciones..., escapan del derecho administrativo de carácter legal-reglamentario para autorregularse, en buena medida, según los usos y costumbres que paulatinamente se van implantando en su diario quehacer.

Si a efectos horizontales lo anterior es bien patente, desde el punto de vista vertical no es menos evidente, siendo un fenómeno muy singular dentro del marco de la Unión Europea. Las competencias comunitarias se extienden a áreas típicas de la atención jurídico-pública y con ello son sustraídas de la soberanía nacional. No es la costumbre propia del derecho internacional público, sino normas jurídicas vinculantes, que se imponen por la supremacía constitucional del derecho comunitario y que se han elaborado por la Comisión para su aprobación por el Consejo –con cierta participación del Parlamento–, pero que distan mucho de fundarse materialmente en un procedimiento de producción legislativa tal y como los anteriores fueron propugnados por el derecho constitucional moderno. El derecho comunitario es un derecho de consensos –muy especialmente–, y en los marcos «espontáneos» donde estos deben obrarse se verifican continuamente fórmulas consuetudinarias que contribuyen al acuerdo, la toma de decisiones y a la creación de derecho. La pericia de los negociadores estatales en el ámbito de la producción normativa de la UE es, en buena medida, conocimiento y familiaridad con las costumbres que rigen para los distintos tipos de sesiones donde se elaboran los instrumentos jurídicos comunitarios.

Fuera de la Unión Europea la transición hacia una globalización jurídica es también claramente perceptible. La competencia entre ordenamientos jurídicos nacionales por atraer inversiones de las compañías transnacionales ha coadyuvado enormemente a la implantación de la denominada *lex mercatoria*: «conjunto de reglas y principios consuetudinarios reconocido por la comunidad empresarial y aplicado en las transacciones comerciales internacionales independientemente de interferencias gubernamentales⁷». Frente a las ilusiones privatistas –anarco-capitalistas podría decirse–, los efectos de la globalización alcanzan más –y son más eficaces– en la esfera del derecho público, suponiendo, en palabras del Profesor MIR PUIGPELAT, una «progresiva erosión del Estado-nación como espacio territorial y social en el que se adoptan de forma libre e independiente las decisiones políticas fundamentales y se elaboran de manera

⁷ J.E. FARIA, *El Derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001, p. 135, n.p. 9. El autor considera la situación actual desde la evolución de la *law merchant* forjada en los siglos XI-XII, por dicha razón no es una proposición incongruente *per se*.

autónoma las normas jurídicas correspondientes;...⁸». La *regulatory competition* constituye una auténtica carrera de los Estados por ofrecer las mejores condiciones a las inversiones de las compañías transnacionales y aunque es cierto que contribuye a la expansión y consolidación del estado de derecho no lo es menos que en los Estados menos desarrollados, por lo general, supone un importante impedimento para el modelo de democracia social. Esto implica un «arbitraje» por parte de estas compañías entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, labor que no participa del modo de ser de la ley sino de las prácticas consuetudinarias aludidas. Al final del camino, el denominado; «espacio jurídico global», no será más deudor de la técnica jurídica del tratado internacional que de esa *lex mercatoria* producto de la globalización.

En palabras del Prof. ARNAUD en ese «espacio jurídico global» se habrá superado dialécticamente el paradigma de la modernidad jurídica⁹. Este autor asigna ocho rasgos distintivos a la modernidad jurídica: al derecho de la ley –podría decirse–, que enunciamos: *abstracción y axiomatización* del Derecho, *subjetivismo, simplicidad y seguridad* de las relaciones jurídicas, *separación* entre sociedad civil y Estado, *universalismo y unidad de la razón jurídica*, propiedades, todas ellas, que hacen difícil el papel de la costumbre como fuente del derecho. En cambio, algunas de las que se prevén para la post-modernidad jurídica: *pragmatismo y relativismo, descentramiento del sujeto, pluralidad de racionalidades, retorno a la sociedad civil* o la ubicación de las relaciones jurídicas dentro de un *marco complejo de lógicas fragmentadas*, serán por fuerza predicables de un ordenamiento donde la polaridad del sistema de fuentes se habrá neutralizado. Superando el marco moderno; en el que la búsqueda de seguridad jurídica ha conducido a una inflación legislativa que sólo satisface –y en parte dada la complejidad y hasta la incongruencia del *corpus* legal-reglamentario– la certeza a corto plazo¹⁰, la necesidad de estabilidad en el tiempo del ordenamiento jurídico –al menos de alguna de sus partes–, llevará al sistema de fuentes del espacio jurídico global las lógicas aludidas, dando cierta preferencia a la costumbre y al *juristenrecht* cuando se trate de regular los elementos más permanentes del mismo¹¹.

⁸ O. MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Thomson Civitas, Madrid 2.004, p. 37.

⁹ A.J. ARNAUD, *Entre modernidad y globalización. Siete lecciones de historia de la filosofía del Derecho y del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.000, pp. 241-274. La glosa es del Prof. MIR PUIGPELAT, *vid. op. cit.*, 8, n.p. 103, p. 74.

¹⁰ B. LEONI, *La libertad y la ley*, Unión Editorial, Madrid, 1995.

¹¹ Se hará realidad aquel aforismo de TRIEPEL: «Sagrado es sólo el Derecho, bajo el cual se halla la ley», *cfr.*: F. SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del derecho público II*, Marcial Pons, Madrid,

Frente al mandato y la coerción propios del *nomos* del derecho legal-reglamentario, el denominado derecho reflexivo preferencia la negociación y el consenso. La *ratio* del orden normativo, desde su dimensión reflexiva, busca facilitar y promover la autorregulación social de forma indirecta y abstracta¹², lo que no deja de ser una posible definición finalista de la costumbre. Por su parte, para el derecho reflexivo, la razón del sistema estriba en su capacidad de integración de subsistemas sociales, incardinación, ésta, natural y flexible sin previsiones jerárquicas ni marcos jurídicos rígidamente preestablecidos.

Por todo ello no resulta inverosímil pronosticar un nuevo protagonismo de lo consuetudinario en la post-modernidad jurídica, como tampoco debe de obviarse el mérito que estas nuevas circunstancias globales hayan podido tener en el renacimiento de las instituciones consuetudinarias tradicionales. Si el derecho surgido del parlamento constreñía y ahogaba en su lógica positivista los últimos reductos de la vida consuetudinaria local –un claro ejemplo es la ley asturiana de reconocimiento de la personalidad jurídica de la parroquia rural–, el decaimiento de la ley y la primacía de la función de control: de quitar y poner gobiernos, frente a la producción de normas jurídicas han supuesto un cierto alivio para las costumbres tradicionales, al que hay que sumar otros factores como es la oposición global-local, manifestada en la defensa del espacio del «común» y del derecho de la comunidad como referentes de esa cultura tradicional que reacciona contra la epistemología de la cultura de masas.

3. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO PÚBLICO LOCAL

Y es que el derecho consuetudinario público sirve a esa oposición global-local por ser supervivencia casi-exclusiva del derecho público local. Su expresión más genuina: la Junta Administrativa tradicional, ha venido recibiendo un reconocimiento positivo extraordinario desde el artículo 90 de la Ley Municipal de 1877¹³.

2004. El artículo 5 de la LOPJ viene a modificar el sistema de fuentes del artículo 1 del Código Civil.

¹² J.E. FARIA, *El Derecho en la ...*, op. cit. 7, p. 160.

¹³ Aquél fue confirmado posteriormente, entre otros, por la Disp. Trans. 8ª, párr. 2º del Estatuto Municipal de 1924, el artículo 18 de la Ley Municipal de 1935, artículo 76 de la LBRL de 1950, artículo 95 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 1952, Disp. Derog. de la LBRL de 1985... En apoyo de esta continuidad histórica del régimen consuetudinario puede citarse también, a título enunciativo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo: sentencia de 21 de mayo de 1.958, sentencia de 12 de febrero de 1959, sentencia de 27 de abril de 1963.

Durante el régimen del General Franco estas fórmulas consuetudinarias constituyeron las únicas excepciones democráticas al sistema general¹⁴. Al menos sobre el papel hay reconocimiento del régimen consuetudinario. Así el artículo 76 de la LBRL de 1.950 exceptuaba del régimen general «...aquellas que tradicionalmente vinieran funcionando en régimen de Asamblea vecinal, las cuales continuarán rigiéndose en la misma forma, (...)», especialidad que confirmaba el artículo 95 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 1952, cuando «salvaba» de esta disposición a las Entidades Locales menores que funcionaran «en régimen de Asamblea concejil».

En lo que se refiere a las costumbres administrativas parroquiales, el actual modelo constitucional ha reconocido la autonomía local (art. 137), el régimen de Concejo abierto (art.140) y la propiedad comunal (art. 132.1). La regulación de las Entidades *inframunicipales* corresponde a las Comunidades Autónomas (art. 5 LRBRL), si bien existe un núcleo básico fijado en el apartado 2 del artículo 45 de la LRBRL. Tan sólo los Estatutos de Autonomía del Principado de Asturias (EAPA) y de Galicia (EAGA) han aprovechado la competencia enunciada para regular unas formas tradicionales y consuetudinarias de convivencia que son propias de todo el territorio del noroeste peninsular. El artículo 2.3 del EAGA, sin referirse a la parroquia, establece la obligación de desarrollar legislativamente su inmediato anterior, en el cual se dispone el reconocimiento de «las formas tradicionales de asentamiento y convivencia» de la «población gallega». El EAPA (art. 6) ha sancionado la parroquia como forma tradicional de convivencia, mientras que en el artículo 16 ha establecido una *garantía institucional básica* de «conservación» del derecho consuetudinario asturiano que puede relacionarse con el artículo 8 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, únicas CCAA que han acogido en su norma institucional básica las costumbres jurídico-públicas¹⁵.

¹⁴ «...(y si es que no agrada la Asamblea de vecinos o Concejo abierto, aunque esta democracia no ha sido nunca tumultuosa y revolucionaria)». S. ÁLVAREZ GENDÍN, «Reforma de la administración municipal. III: La organización municipal en los estados autoritarios», *R.U.O.*, XIII y XIV, marzo-junio 1943, p. 19.

¹⁵ L. ARCE MONZÓN, «Derecho Administrativo Municipal Consuetudinario», en VVAA, *Libro del I Congreso Jurídico de Asturias*, Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, 1.987, p. 259: «(B) El Estatuto de Autonomía de Murcia, Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio establece que: “La Comunidad Autónoma *prestará especial atención* al derecho consuetudinario de la Región”. En la actualidad y tras la reforma operada en la Ley Orgánica 1/1998, artículo único, se ha añadido “con particular referencia a los Tribunales Consuetudinarios y tradicionales en materia de aguas”. Esta generalización sin más precisiones permite acoger a todo Derecho consuetudinario y, por tanto, a las costumbres del Derecho administrativo». En la página 260: «(b) Pero paradójicamente nuestro artículo 16 se ha quedado largo en relación con los que han podido ser su modelo e inspiración. La expresión “derecho consuetudinario asturiano” permite escapar del ámbito del Dere-

Las Juntas Administrativas tradicionales reconocidas –que no Entidades Locales menores expresamente constituidas–, como fue el caso de las Juntas de Sobrefoz y Arbellales, (Decretos del Gobierno del Principado de Asturias 80/91 y 81/91 de 6 de septiembre¹⁶), llegan a la nueva regulación del régimen local a través de la Disp. Derog. de la Ley 7/1.985, de 2 de abril, subsistiendo siempre y cuando aquella «subsistencia» no se oponga, contradiga o resulte incompatible con las disposiciones de la Ley.

La construcción constitucional de la autonomía local ha subordinado la pervivencia de este derecho consuetudinario público-local al principio de «reserva de ley». «Y la relevancia de esta consecuencia no depende tanto, seguramente, de la sujeción a la ley en si misma cuanto de la importante reducción del ámbito competencial que apareja¹⁷». Cuanto más restrictivamente interpretemos aquel principio, menor será el ámbito competencial del municipio y por tanto habrá una menor posibilidad de organización consuetudinaria de actividades administrativas. A esto debe añadirse, como se ha señalado¹⁸, que muchas de las materias objeto de la reserva de ley se corresponden con «competencias tradicionalmente asignadas a los entes locales», que también, por ello, han sido de las más históricamente reguladas por usos y costumbres.

Por lo tanto en la inmisión de la ley en la autonomía local hay dos vectores que van a incidir directamente en la resultante que se busca: intensidad y extensión del principio de «reserva de ley».

Con la primera hacemos referencia a la capacidad de resistencia de la autonomía local frente a la acción legislativa. Una interpretación «blanda» del principio anterior permite la introducción en el campo del derecho administrativo público-local de técnicas de cooperación o incluso de participación de la potestad normativa local en la producción de normativa de desarrollo (ordenanzas) de leyes estatales y autonómicas. El que la potestad normativa municipal esté directamente inspirada en el principio democrático, permite, al Prof. GARCÍA MORILLO, sugerir estas

cho civil en que se desenvuelven los otros Estatutos al amparo del ya citado art. 149.1.8º. de la Constitución».

¹⁶ Estas parroquias no eran Entidades Locales menores. Los decretos contienen una Disposición Adicional por la que las nuevas parroquias rurales asumen desde su constitución todos los medios y recursos que correspondieran a la Junta Administrativa tradicional que venía existiendo.

¹⁷ Ponencia, « La configuración constitucional de la autonomía local», J. GARCÍA MORILLO en el Seminario desarrollado en la Universidad Carlos III bajo el patrocinio de la Diputación de Barcelona, publicada en Seminario de Régimen Local, Marcial Pons, Madrid, 1.998, p. 31.

¹⁸ *Idem*.

técnicas¹⁹. Ésta es una interesante posición de «principio», pero en modo alguno quiere decir que estos instrumentos de desarrollo normativo se encuentren bien asentados en la *praxis* de la vida local. Desde una perspectiva positiva el TC ha limitado el alcance de la «subordinación» municipal al declarar inconstitucional alguna norma autonómica que preveía efectos suspensivos para ciertos controles de legalidad sobre la actividad administrativa municipal²⁰.

El principio de «reserva de ley» –más que aquella histórica; *De tallagio non concedendo*, reivindicada por el Estado liberal–, se configura hoy como «una técnica constitucional de distribución de competencias, a todos los asuntos públicos, incluso fuera del campo de lo construido constitucionalmente sobre libertades públicas y derechos constitucionales²¹». El principio democrático –al que aquella se debe–, no impide, desde luego, la potestad normativa local y con ella que las ordenanzas reconozcan el derecho consuetudinario público²².

Esta importancia del principio democrático ha sido tenida en cuenta por el TC para «suavizar» el principio de reserva de ley, cuando ha entendido constitucionales, vía *interpretatio*, algunos preceptos de la LHL, *siempre y cuando la potestad normativa local radicara en acuerdo de la Corporación en pleno*. La visión del TC permite defender una relación inversamente proporcional entre la «intensidad» del principio de la reserva de ley y la extensión de la autonomía municipal, delimitada por las competencias propias de la Administración municipal (art. 29 LRBRL).

¹⁹ *Ib*: «Porque lo que en sustancia aquí se propone no es otra cosa que la configuración de una estructura relacional normativa que permita diferir a la formación municipal, en cuanto directamente inspirada en el principio democrático, la regulación detallada de cuanto no modifique abiertamente los elementos sustanciales o las condiciones de ejercicio de las obligaciones o derechos en principio reservados a regulación por ley formal. Naturalmente, la utilización de esta técnica debe acomodarse a los supuestos concretos de cada regulación singular, vale decir, a la materia regulada, a su repercusión directa o indirecta en los derechos fundamentales y al carácter absoluto o relativo de la reserva de ley».

²⁰ Caso «Ley de la C.A. de Madrid de disciplina urbanística».

²¹ L. PAREJO ALFONSO, «La potestad normativa local», en ponencia del Seminario desarrollado en la Universidad Carlos III, bajo el patrocinio de la Diputación de Barcelona, publicada en Seminario de Régimen Local, Marcial Pons, Madrid, 1.998, p. 88.

²² *Idem*. p. 92. «Del principio democrático únicamente resulta la exigencia de que las decisiones más relevantes – se entiende en el ámbito de esfera territorial de competencias correspondientes [lo que hemos llamado *vector extensión*]– se adopten precisa y primariamente por el órgano deliberante y representativo del pueblo (del que emana precisamente el poder constituido de cuyo ejercicio se trata). Esta exigencia se cumple desde luego por el Parlamento, pero también, por los motivos que ya nos constan, y en su ámbito propio, por la corporación representativa local».

Línea confirmada al declarar constitucionales las consuetudinarias prestaciones personales (STC de 13 de diciembre de 1999):

«Y hemos dicho asimismo que la reserva de ley se relativiza más cuando estamos ante figuras distintas a los impuestos (SSTC 37/1981, 19/1987 y 185/1995), máxime –debemos añadir ahora– cuando aquéllas carecen de carácter tributario».

Llegando, incluso, a dar acogida, en defensa de estas venerables instituciones, a criterios extrajurídicos²³:

«En segundo lugar, han de considerarse razones de carácter sociológico. Se trata de prestaciones –las que se cuestionan– que se llevan a cabo en forma de cooperación vecinal, respondiendo a criterios de solidaridad, aún vigentes en municipios pequeños, y expresando asimismo un modo de participación de cada vecino en el levantamiento, en beneficio de toda la comunidad, de las cargas municipales».

La distinta posición en el ordenamiento jurídico de ordenanza y reglamento; el primero no es sin la ley (el *telos* reglamentario), la segunda es «autónoma» gracias a la ley²⁴, permite defender la potestad normativa local en materia de organización consuetudinaria de actividad administrativa, siempre y cuando dicha materia no esté reservada exclusivamente a la ley. En la potestad de autoorganización del ente municipal, la posibilidad *ad intra*²⁵ de admitir fenómenos de desconcentración o descentralización –consuetudinariamente reglados– sólo tiene un límite en el reducto básico de la LRRL. Si bien el régimen de organización municipal es homogéneo, como parte de ese contenido básico, nada obsta para que el

²³ L. TOLIVAR ALAS, «Las prestaciones personales», *R.J.A.*, n.º 14, Oviedo, 1991, p. 146: «..., como ya ocurrió en tiempos pasados, la regulación uniformadora no logrará desterrar las peculiaridades ancestrales de aquellos pueblos que han conservado las prestaciones personales. Es más: allí donde se aplican estas imposiciones vecinales es, y será, porque siempre se han aplicado y, no lo olvidemos, el recurso a estas prestaciones es, en la legislación local, puramente potestativo de los Ayuntamientos».

²⁴ L. ORTEGA, «La potestad normativa local», en T. FONT I LLOVET, (*dir.*): *ANUARIO DEL GOBIERNO LOCAL 2001*, Dip. Barcelona, Marcial Pons, Barcelona, 2001, p. 44: «Por ello, se debe poner de manifiesto la distinta forma de elaboración de los Reglamentos estatales y autonómicos y las Ordenanzas locales. Los primeros se llevan a cabo a través del procedimiento burocrático o administrativo y las segundas a través del procedimiento democrático representativo. (...) Sólo el formalismo tradicional en la ciencia del Derecho puede justificar un igual tratamiento de estas normas ante los fundamentos constitucionales de la reserva de Ley».

²⁵ J.L. BLASCO DÍAZ, *Ordenanza municipal y ley*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 84: «..., que en el caso de las relaciones *ad intra*, los reglamentos y ordenanzas locales pueden tener el carácter de independientes, pues en este caso, se reconoce a los Entes locales una libertad de disposición normativa que se traduce en la producción normas organizativas o *praeter legem* sin necesidad de una previa habilitación o cobertura legal distinta de la primaria atribución por ley de la potestad reglamentaria» Trae este comentario en relación con la STS 18-12-97 (RJA-9368).

Ayuntamiento, teniendo en cuenta sus particularidades y peculiaridades, admita actividad administrativa consuetudinaria en aspectos de la autoorganización como son la participación ciudadana, la gestión de espacios públicos, la administración de bienes comunales, la actividad de fomento, etc...

Para finalizar esta reflexión se hace precisa una breve puntualización sobre el asimétrico valor jurídico-público de la costumbre, según hablemos del poder discrecional para administrar o de competencias administrativas regladas jurisdiccionables en la vía contenciosa.

Incluso admitiendo que el principio de legalidad impide hablar de un poder discrecional en términos absolutos, lo cierto es que «la dosis en que se combinan poder discrecional y competencia reglada²⁶», permite, según predomine o no aquel poder, defender una cierta funcionalidad de la costumbre como fuente de las normas que organizan la actividad administrativa.

Dejando fuera los supuestos particularísimos en que la ley establece la prelación de la costumbre frente a ordenanza y reglamento²⁷, puede defenderse que cuanto mayor sea el sometimiento de la actividad administrativa a la ley, más difícil será que reglas consuetudinarias puedan adquirir sustantividad. Por lo tanto, salvando aquellas excepciones, hay una relación inversamente proporcional entre el control contencioso de la actividad y la funcionalidad de la costumbre como fuente del derecho administrativo.

Pudiera pensarse que el desarrollo por el legislativo asturiano de las previsiones estatutarias hubiera venido a solucionar los problemas de lógica jurídica que tales reconocimientos de la costumbre plantean en el día a día de la vida local. La Ley del Principado de Asturias 11/86 de reconocimiento de la personalidad jurídica de la parroquia rural contiene un régimen nuevo pensado, fundamentalmente, para las Entidades locales

²⁶ P. WEIL, *Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1.994, p. 143. Cfr: STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 15 junio 1992, Recurso n.º 2032/1990: «Queda así planteada la cuestión de la jerarquía de las normas que no tienen rango de ley. Pues bien, todo reglamento local o de otro ente, está subordinado a la Constitución y a las Leyes; pero fuera de esa subordinación a la Ley, la jerarquía de los reglamentos sólo opera dentro del ordenamiento en el que el reglamento aparezca inserto; y es que el sistema de relaciones entre los distintos ordenamientos está presidido por los principios de competencia y de jerarquía».

²⁷ Cuestiones como el arraigo frente al empadronamiento en el aprovechamiento de bienes forestales. La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 25 octubre 1995, Recurso n.º 847/1993, no desconoce la prelación de la costumbre aunque revoca la del TSJ Burg. por no haberse probado la costumbre invocada.

menores preexistentes²⁸, pero ajeno a esas formas tradicionales de convivencia que debía reconocer. Respecto de la Disposición Derogatoria de la LRBR es claramente restrictiva al haber limitado el régimen de Concejo Abierto de los supuestos «básicamente» fijados en la ley habilitante²⁹. No responde, por tanto, al principio de jerarquía material o de eficacia respecto del mandato sustantivo del EAPA que la hace surgir, mientras que excede el límite básico fijado por el legislador estatal para el ejercicio de la competencia de desarrollo legislativo.

La resolución plenaria de la Junta General del Principado de Asturias del 20 de marzo de 2003 –aprobando unánimemente el dictamen de la Comisión de Derecho Consuetudinario–, va a propiciar el reconocimiento *ex lege* de algunas instituciones consuetudinarias, con lo cual las anteriores podrán invocarse en sede judicial, pero además da un nuevo paso hacia delante en materia de las costumbres jurídico-públicas al interpretar, *ratio legislatoris*, el artículo 16 del EAPA como una garantía institucional básica³⁰.

²⁸ L. TOLIVAR ALAS, «La descentralización municipal: el modelo de parroquias rurales», *D.A.*, n.º 228, (octubre-diciembre 1991), *INAP*, p. 142. La parroquia rural no es una Entidad Local menor más en el Principado de Asturias, sino la única legalmente posible. Esta previsión legislativa no sólo choca con los fenómenos tradicionales y consuetudinarios sino que impide descentralizar núcleos no rurales de población.

²⁹ La ley asturiana de parroquias rurales sólo permite, «opcionalmente», el régimen de concejo abierto en las que tengan menos de cien habitantes. La ley «básica» lo impone en dicha circunstancia, pero además en aquellos otros supuestos en que tradicionalmente se cuenta con dicho régimen singular de gobierno y administración (art. 45 2 b) LRBR). Tampoco debió olvidar el parlamento asturiano que el Concejo Abierto es una institución constitucionalmente garantizada y «... en todos los supuestos el legislador ordinario queda vinculado no sólo a su expreso reconocimiento, sino a establecer una regulación acorde con la esencia institucional de la materia constitucionalmente garantizada» (L. COSCULLUELA MONTANER, «El Concejo Abierto», *REALA*, n.º 234, (abril-junio 1987) p. 204).

³⁰ El Prof. PAREJO ALFONSO (*Garantía Institucional y Autonomías Locales*, IEAL, Madrid, 1.981) ha perfilado técnicamente el concepto de garantía institucional –acuñado por C. SCHMITT– incorporándolo a nuestra dogmática: «Una garantía institucional presupone la existencia de una institución, entendida ésta como complejo normativo de carácter jurídico-público debidamente formado y organizado y, por tanto, delimitable y diferenciable». El art. 16 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias implica, por tanto, que existe un espacio vedado al legislador formal, integrado, precisamente por ese contenido de las Instituciones consuetudinarias garantizado estatutariamente.

El 27 de septiembre de 2.000, quien esto escribe, había defendido ya con éxito esta interpretación, en un trabajo de investigación dirigido por el Prof. TOLIVAR ALAS, ante un Tribunal formado por los Profesores ABAD FERNÁNDEZ (Presidente), FERNÁNDEZ BEISTEGUI y DURÁN RIVACOPA. El Prof. PAREJO ALFONSO (*Garantía Institucional y Autonomías Locales*, IEAL, Madrid, 1.981) ha perfilado técnicamente el concepto de garantía institucional –acuñado por C. SCHMITT– incorporándolo a nuestra dogmática: «Una garantía institucional presupone la existencia de una institución, entendida ésta como complejo normativo de carácter jurídico-público debidamente formado y organizado y, por tanto, delimitable y diferenciable». El art. 16 del Estatuto de Autonomía del Principado de

4. UNA PROPUESTA «GLOCAL» PARA LAS COSTUMBRES JURÍDICO-PÚBLICAS

En este momento del discurso podemos proponer ya la síntesis «glocal», en término acuñado por ROLAND ROBERTSON. No se tratará de reivindicar lo local frente al mundo, sino de re-localizar tradiciones jurídicas des-tradicionalizadas o a punto de des-tradicionalizarse³¹. Para ello es preciso recordar la Carta Europea de Autonomía Local que remite a los principios de preferente incumbencia y subsidiariedad contenidos, respectivamente, en el art. 4.3 de la Carta Europea de Autonomía Local y en el 3.B del Tratado Constitutivo de la Comunidad (versión Ámsterdam). El poder local presenta desde este punto de vista –que es constitucional– una doble vertiente: por un lado jurídico-administrativa y por otro político-democrática. Si la primera es consecuencia del principio de estructuración descentralizada de los poderes públicos constituidos, la segunda evidencia la legitimación de la primera, a través de la intervención de los ciudadanos en los asuntos públicos³². La Junta Administrativa tradicional responde eficazmente a estos mandatos. El régimen consuetudinario contenido, con menor fortuna, en la Ley asturiana de parroquias rurales pudiera ser coherente con esta doble naturaleza cuando viene a integrar –aunque muy tímidamente– el conjunto jurídico-administrativo (al reconocer los bienes comunales o la prestación personal de derecho público), con su esquema de legitimación democrática, evidenciado en la naturaleza directa de la participación/responsabilidad de la colectividad en los asuntos públicos, *norma fundante* del régimen de concejo abierto (aunque este sólo es previsto excepcionalmente).

Desde esta conclusión, el *telos* del reconocimiento de lo consuetudinario y de aquellas «particulares formas de administración»: sean Juntas Administrativas tradicionales o Parroquias rurales, no será su tradicionalidad³³ –su dimensión histórica–, sino su acomodo a los principios del

Asturias implica, por tanto, que existe un espacio vedado al legislador formal, integrado, precisamente por ese contenido de las Instituciones consuetudinarias garantizado estatutariamente.

³¹ U. BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Píados, Barcelona, 1998, pp. 75-83.

³² L. PAREJO ALFONSO, «La potestad normativa...», *op. cit.* 21, p. 34.

³³ J. ROSA MORENO, «Aproximación histórica a la articulación orgánica de los núcleos separados de población». *REALA*, n.º 262, (abril-junio 1994), p. 243 : «De igual forma, nada obsta a la posibilidad de revestir a estos asentamientos, en aplicación de las nuevas coordenadas organizatorias, con órganos territoriales de gestión municipal desconcentrada y de participación vecinal». Desde una interpretación amplia de la potestad normativa *ad intra*, podrían aparecer nuevos modelos de descentralización, ajenos a la cuestión de la personalización del núcleo.

derecho constitucional europeo para la administración local. Esta nueva orientación permitirá reubicar tradiciones allá donde históricamente se hayan perdido –lo que podría constituir una inversión del principio del reconocimiento de lo consuetudinario en el derecho moderno–, garantizando, a su vez, que tal reimplantación no se efectúe contraviniendo su legitimación democrática, límite, éste, eficaz depurador de tendencias etnocéntricas –tan presentes habitualmente– en la defensa de los particularismos culturales de todo tipo.

Llanes 19 de agosto de 2004.

IV. Reseñas de legislación y jurisprudencia