

principios del *Derecho*; implica en quien la prepara y la aplica *arte*, habilidad *técnica*, y supone cálculo *económico*, pues de plantearse bien ó mal dependerá el menor ó mayor *gasto* que al pueblo imponga.

7.^a Casi es excusado decir que la organización local tiene un aspecto *sociológico* de que el legislador no puede prescindir; que se subordina á las exigencias permanentes de la *constitución política*; que supone su formación cálculos *estadísticos*; que entraña una adaptación *geográfica*, y que ha de responder á la idiosincrasia *étnica* del pueblo. Por otro lado, en cuanto la organización local se roza con las necesidades colectivas de la salubridad, de la instrucción, de la Economía política, de la fuerza armada, etc., etc., la vida local implica una relación particular con la *higiene*, con la *enseñanza*, con la Hacienda pública, con la ciencia del ejército, etc., etc. Todo lo cual supone en la Administración, como organismo de *aquella*, conocimientos especiales de todas esas ciencias en la relación particular administrativa, y las *oficinas* correspondientes.

CAPITULO V

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

§ 1.º—Doctrina filosófica acerca de las fuentes del Derecho administrativo.

1.—Considerado el Derecho administrativo como obra del Estado, su realización entraña dos funciones necesarias (1): 1.^a, el reconocimiento del mismo por el Estado como regla jurídica de la actividad administrativa; y 2.^a, su cumplimiento merced al poder del Estado en el concepto de soberano ó *autor* de su obra jurídica (de donde proviene su carácter de autoridad). Los *modos* ó *formas* mediante los cuales el Estado realiza el Derecho administrativo en la función del reconocimiento de la regla jurídica para luego cumplirla (2), son los que llamamos *fuentes del Derecho*

(1) Véase Giner y Calderón, ob. cit., pág. 182. La doctrina que los autores exponen allí como general, es aplicable al administrativo.

(2) Aquí importa sólo la primera función. Del cumplimiento se hablará más adelante cuando estudiemos el *Poder administrativo*. La teoría del cumplimiento del Derecho se resuelve en la de los *actos administrativos*.

administrativo, ó mejor, refiriéndonos al Derecho en general, *fuentes del Derecho*.

La denominación es propia: trátase, en efecto, de los *orígenes* de la *regla jurídica*, es decir, de aquellos lugares de donde *mana* y se produce y por donde se manifiesta concretamente, al calor fecundante de la necesidad sentida (racional), y bajo la condición de las circunstancias, el *principio jurídico* á que el *hecho* que va á ser, debe someterse: en cierto modo, puede afirmarse que de ellas *brotan* como de su *fuentes* el Derecho en cada caso.

Y son fuentes, no sólo consideradas como generadoras del Derecho, sino en cuanto una vez reconocida y *formulada* la regla jurídica, sirven de indicadoras y reveladoras del ideal del Derecho, tal cual lo ha podido realizar el agente.

2.—De un modo concreto la fuente del Derecho, como *generadora* del mismo, no como *reveladora* del producto ya exteriorizado, implica la ley del hecho jurídico. Esta ley la *da* ó reconoce la conciencia del Estado, único llamado, dentro de los límites de su capacidad, á realizar *su derecho*. Con relación al Derecho administrativo, la fuente no es sino la conciencia propia del *Estado político*, en cuyo seno se elabora la ley del hecho ó acto administrativo. En rigor, no hay otra *fuentes* primordial del Derecho: la conciencia del agente; la del individuo para el Derecho individual; la de la sociedad para el Derecho social; la del pueblo para el Derecho positivo de las sociedades políticas. Lo que hay es que han cambiado las *formas* reveladoras de esta conciencia, debido principalmente al cambio de las condiciones de la vida humana en su evolución histórica, y al progreso de la técnica jurídi-

ca (1). Sumner Maine (2) ha puesto de relieve las formas primitivas de las fuentes jurídicas (3): la regulación de las relaciones sociales no es, según ellas, obra del razonamiento jurídico, sino operación en cierto sentido instintiva, merced al influjo inmediato de las necesidades sentidas y por acto de conciencia directa, de la conciencia, que es para el mismo S. Maine la gran generatriz de las costumbres. Débese á la evolución de las sociedades, al progreso de todos los órdenes, el que la conciencia personal, de intuitiva, se haya vuelto razonadora, sin dejar de ser intuitiva, produciendo modos especiales permanentes, específicos de exteriorización de la necesidad racional y de reconocimiento de la regla jurídica. Así, sin que la conciencia deje de reaccionar espontáneamente en todos los agentes individuales y colectivos para aplicar el principio vislumbrado como justo, al hecho de la vida, el Derecho se ha ido poco á poco manifestando por la conciencia, más ó menos reflexiva.

Las dos formas generales que poco á poco ha llegado á revestir el reconocimiento consciente de la regla jurídica, son las siguientes: la una es la que implica el reconocimien-

(1) Ihering, *Espíritu del Derecho romano*, III, págs. 27 y siguientes.

(2) Dice S. Maine: «En la infancia de la humanidad no se concibe la idea de una legislación..... no se piensa entonces el Derecho; apenas llegado á los límites de la costumbre, es más bien un hábito que está como en el aire», *El Derecho antiguo*, trad. esp., pág. 17.

(3) Véase indicaciones bibliográficas acerca de esto en el interesante estudio *La función de la ley y de la autoridad*, del Sr. Dorado. *Revista política*, 1896, números 6, 7 y 9.

to tácito «manifestado únicamente por los hechos, de los cuales ha de inducirse la norma inmanente que ha presidido á su realización», y la otra implica el reconocimiento expreso, que ofrece un carácter general y preceptivo y que «tiene en la palabra su forma precisa (1)». Estos dos modos generales de reconocimiento en conciencia del Derecho, y de expresión formal de la regla jurídica (*fuentes* en ambos efectos), son la *costumbre* y la *ley*.

3.—No cabe en los límites de esta indagación exponer una doctrina de estas fuentes del Derecho (2). Haré sólo las indicaciones imprescindibles. En primer lugar, ¿cuál es en el Derecho la función propia y respectiva de la *costumbre* y de la *ley*? (3). La función de la costumbre es la de *revelar por modo espontáneo*, sin solemnidades y fórmulas precisas, la *conciencia jurídica* de la persona en cuanto á la manera concreta de regular las relaciones jurídicas. El Estado, como persona jurídica del pueblo (ó de la *nación*), lleva en sí, con las exigencias que le impulsan, las ideas más ó menos borrosas de la manera recta de satisfacerlas. Ahora bien: la acción efectiva del pueblo, producida naturalmente por sus

(1) Giner y Calderón, ob. cit., pág. 183.

(2) Se ha hablado de esto ya en mi *Tratado de Derecho político*, vol. II, lib. I, capítulos IV y V.

(3) Aunque procuro no decir sino lo preciso, quizá parezca demasiado, tratándose de una exposición del Derecho administrativo; pero no hay tal. Precisamente el desprecio con que suelen mirarse estas investigaciones generales por los tratadistas de Derecho administrativo, obliga á llamar la atención hacia las mismas, á fin de contribuir á borrar cierto carácter *antijurídico* y *anticientífico* que para la generalidad tiene esta rama del Derecho.

miembros, como tales, es la expresión formal del ideal de justicia que acaricia, siendo aquella acción la base de la costumbre, que no implica sino la acción misma—justa—que se ha hecho habitual. Un tratadista de Derecho administrativo ha llamado con cierta exactitud á esta forma de la vida del Derecho, una verdadera «legislación instintiva», ya que de hecho «el instinto es una especie de regla de las acciones (1)»: natural, espontánea y necesaria.

4.—La función de la ley como declaración expresa de la regla jurídica por el Estado, entraña un problema de gran dificultad, hoy muy discutido, con soluciones muy distintas en las escuelas. De un lado están los que estiman la ley como la única forma eficaz del Derecho, como el medio verdaderamente adecuado para dirigir la vida social humana—el socialismo, sobre todo el socialismo del Estado, propende á esta solución.—De otro están los que ven en la ley un mal *necesario* cuya acción es preciso limitar á lo preciso—el individualismo así la concibe.—Y, por último, de otro están los que niegan á la ley toda eficacia, como consecuencia natural de la negación explícita ó implícita de la eficacia de la Autoridad y de la acción del Estado—el anarquismo es quien ha llegado á semejante extremo (2).

No discutiré las expuestas opiniones. En mi concepto, lo que acaso cabe afirmar es que, siendo la ley el principio del Derecho, reconocido y formulado expresamente por el legislador, como regla «que ha de servir para los casos futuros pertenecientes á un orden determinado de rela-

(1) Ob. cit., I.

(2) Las ideas que en resumen se indican en el texto, pueden verse debatidas en el trabajo citado del Sr. Dorado.

ciones (1)», verbigracia, el orden administrativo, la ley tiene, ante todo, una verdadera función *tutelar* que ejerce: 1.º, *orientando* el ideal del Derecho; 2.º, *garantizando* por la expresión literal, clara, definida, de sus preceptos, determinadas relaciones jurídicas; 3.º, *difundiendo* por medio de la publicidad de sus disposiciones las fórmulas del Derecho que contiene; 4.º, *prestando* á los derechos particulares que *tutela* la fuerza de la sanción coactiva en virtud de la cual el Estado, que *a priori* fija la regla de la relación jurídica, se *compromete* á hacerla efectiva (en lo posible), poniéndose en lugar del sujeto primordialmente obligado á cumplirla; 5.º, *ofreciendo* como recurso reformador y defensivo, contra el desconocimiento del Derecho declarado, la tutela de la *pena*.

5.—También se ha discutido mucho acerca del valor y eficacia de la *costumbre* y de la *ley* en la vida del Derecho. Tampoco podemos tratar el tema con el detenimiento debido. Me limitaré, pues, á breves indicaciones.

Ante todo, es preciso plantear el problema: una cosa es el problema filosófico-histórico del valor y eficacia respectivos de la costumbre y de la ley, y otra el del valor y eficacia de las mismas según los preceptos del Derecho escrito de los pueblos. El primer problema, único que aquí nos importa, entraña, quizá, la solución siguiente:

1.º La costumbre tiene, cuando es verdadera costumbre jurídica (2), un valor de *Derecho positivo* basado en la fuer-

(1) Giner y Calderón, ob. cit., pág. 187.

(2) Véase Giner y Calderón, ob. cit., págs. 183-186. Costa, *Teoría del hecho jurídico, individual y social* (1880). El valor y fuerza de la costumbre han sido siempre reconocidos. *Consuetudinis autem, dice Cicerón, jus esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit* (*De In-*

za de las manifestaciones espontáneas que la producen.

2.º La costumbre es necesariamente eficaz, pues implica el reflejo del Derecho mismo, tal cual se siente en la conciencia jurídica del pueblo (1). «El sentimiento, la conciencia jurídica del Estado, se manifiestan en su vida, en sus costumbres, en sus actos (2)».

3.º Abarcando el Derecho la vida toda en sus complejísimas manifestaciones; plegándose el Derecho á todos los hechos de personas y del Estado, la costumbre por su misma falta de precisión, por su carácter tácito, expresa de mejor manera el Derecho que se vive que no la ley, *rígida* por necesidad.

4.º La ley tiene el valor que la presta el ser expresión reflexiva, en forma especial y limitada, de la conciencia jurídica tal cual la *interpreta* el legislador (3).

vent., II, 22). Véase muy especialmente J. Costa, *La vida del Derecho* (1876).

(1) Puchta, *Gewohnheitsrecht*, II, 8 (1837).

(2) Brunialti, *Il Diritto costituzionale*, I, pág. 183.

(3) Aun cuando es corriente oponer las funciones del legislador y del juez, no es la oposición tan radical como parece. En definitiva hacen lo mismo; ambos *interpretan* el Derecho: el uno tiene como fuente la conciencia propia en donde se reflejan las aspiraciones jurídicas del pueblo; el otro tiene como fuente la expresión formulada tal cual se ofrece á su conciencia; pero ambos ejercen función de *intérpretes* jurídicos. Más aún: una sentencia en rigor es el reconocimiento de la regla jurídica para un caso dado, mientras la ley viene á ser como una sentencia aplicable á un orden de casos posibles. No hay que olvidar la teoría de Sumner Maine, según la cual las primeras formas de las leyes quizá fueron resoluciones individuales de los conflictos producidos en la vida—sentencias—aplicadas luego por tradición (costumbre) á casos análogos.

5.º La eficacia de la ley no siempre es la que el legislador busca, sino la que permite su adaptabilidad á las exigencias del espíritu del pueblo (1).

6.º Mediante la ley puede aclararse el ideal jurídico.

7.º Por la ley se recogen y acentúan los progresos de la técnica jurídica y se facilita la vida del Derecho, por supuesto, cuando la ley viene á su tiempo y es la consecuencia del progreso orgánico del Derecho mismo (2). La ley está llamada á simplificar el Derecho, á reconstruirlo y á ordenarlo.

8.º La ley puede tener una eficacia educativa como medio sugestivo artificial de bien obrar, tanto á causa del ideal jurídico que aclara ó formula (3), cuanto á causa del temor á la pena, que puede ser un freno del egoísmo en el cálculo utilitario de los motivos prácticos (4).

9.º La ley y la costumbre se completan ó deben completarse. Aquélla completa á la costumbre por lo que vale

(1) «Las leyes que se estrellan contra el espíritu de la época, sean reaccionarias ó progresivas, encuentran siempre una resistencia obstinada», Ihering, ob., cit., III, pág. 19.

(2) Las leyes, por claras, precisas y detalladas que sean, no bastan para la operación técnica de facilitar y asegurar la aplicación de las reglas del Derecho á los casos concretos. Véase Ihering, loc. cit., III, págs. 19 y siguientes.

(3) Como la ley se cree siempre justa y se propone ser justa, influye por sus disposiciones enseñando lo que se estima justo á las gentes. Las gentes, que constituyen el término medio intelectual, suelen dejarse influir ó sugerir por lo que la ley manda, sólo porque lo manda.

(4) Ihering ha estudiado este elemento de la pena como motivo de obrar para el egoísta en su *Zweck im Recht*, I, capítulo VIII, especialmente en las págs. 413 y siguientes.

la labor reflexiva, de ordenación, de clasificación, de condensación de la *nebulosa* jurídica, que es la costumbre, y en cuanto puede ser iniciadora de ésta (1). La costumbre, por su parte, completa la obra de la ley, bien sea prestándole la fuerza de la eficacia (2), bien sea modificándola en su aplicación, bien sea, por último, llenando los grandes y numerosos vacíos que la ley deja necesariamente.

10. Si la ley y la costumbre marchan de acuerdo, el Derecho positivo de un pueblo se afirmará intensiva y extensivamente, constituyendo aquel organismo jurídico propio de las grandes épocas del Derecho, según Savigny (3). De lo contrario, el Derecho vivirá vida lánguida y desordenada.

6.—Como fuente del Derecho independiente está la *jurisprudencia*. «La palabra *jurisprudencia*, en uno de sus sentidos, denota la interpretación uniforme y constante de una regla de Derecho; en otra acepción más restringida, la que resulta de los actos ó decisiones particulares de los Poderes públicos: y en otra, todavía más estricta y rigurosamente técnica, la que diariamente van estableciendo los tribunales de justicia con respecto á las reglas que están llamados á aplicar en cada caso (4)». Realmente, la jurisprudencia

(1) La ley puede á su vez iniciar costumbres. Un ejemplo es el Derecho constitucional norte-americano, que es consuetudinario alrededor de su primera Constitución escrita.

(2) La ley se dirige inmediatamente á la inteligencia, y por la inteligencia no se domina siempre la conducta de los hombres. Para que la ley sea eficaz, es preciso que se convierta en motivo querido del obrar, ó como dice Taine, en prejuicio.

(3) En *La vocación de nuestro siglo para la legislación y la Ciencia del Derecho*.

(4) Giner y Calderón, ob. cit., pág. 209.

cia es una función *oficial* del Poder constituido encargado de aplicar el Derecho: su objeto principal es la interpretación de la regla jurídica en su varia adaptación á los casos concretos; la jurisprudencia aclara la ley, armoniza los precedentes, amolda el Derecho escrito á las circunstancias, y puede contribuir poderosamente á sistematizar el Derecho positivo.

7.—Hechas estas indicaciones generales, veamos ahora cómo puede aplicarse la doctrina que entrañan al Derecho administrativo. La materia en sí, como teoría de las fuentes del Derecho administrativo, ha sido objeto de estudio por los tratadistas de esta ciencia; puede decirse que es tema obligado en los manuales y tratados del Derecho administrativo, éste de sus fuentes; pero es preciso reconocer que, en general, el examen de tal cuestión peca en casi todos los tratadistas de parcial y limitado; y es que en este punto se refleja como en ningún otro el influjo de la condición histórica de esta rama del Derecho, así como el de su concepción, verdaderamente formalista y abstracta. En otras ramas del Derecho, sobre todo en las llamadas *civiles ó privadas*, el problema de las fuentes se plantea por entero, á partir de la formación del Derecho, en sus modos más elementales y espontáneos—el hecho, el uso, el hábito; en suma, la *costumbre*,—hasta las formas artísticas de la ley y del Código. Influye en todo esto, sin duda, la tradición romana: por otro lado, influye también el uso, bastante generalizado, según el cual se suele tratar de las fuentes del Derecho en los Códigos civiles (1). Pero todavía hay

(1) Véase, por ejemplo, el título preliminar de nuestro Código civil vigente.

otro influjo más poderoso: tal es el de la condición misma del Derecho administrativo á que más arriba me refería. La opinión más corriente respecto del Derecho administrativo puede resumirse diciendo que: 1.º, el Derecho administrativo es un *jus novum*: tiene, á lo más, un siglo de existencia, y, por tanto, es principalmente *jus scriptum*; y 2.º, el Derecho administrativo es un Derecho artificial, obra de los Poderes públicos constituidos: no tiene trabazón orgánica, no tiene verdaderas tradiciones ni continuidad técnica; está formado por disposiciones jurídicas muy variadas: de ahí, por una parte, que no haya en rigor verdadero Derecho consuetudinario administrativo, y, por otra, que no pueda ser contenido y organizado en monumentos jurídicos sistemáticos, de arquitectónica difícil como son los *Códigos*. Sin duda que cabe señalar tendencias en la ciencia del Derecho administrativo que indican el reconocimiento de la necesidad de considerar el problema de las fuentes del mismo con la debida generalidad; pero como vamos á ver, no se da por muchos de los más insignes tratadistas, la importancia merecida á todos los varios aspectos de la cuestión.

8.—Empezaremos por Stein. El Derecho administrativo, según Stein, tiene como elementos, en donde consta su formación, las tres fuentes siguientes: 1.º, *las leyes administrativas*; 2.º, *las ordenanzas del Poder administrativo*; y 3.º, *las decisiones del Tribunal administrativo* (1).

9.—De Gioannis habla de una posible clasificación de las fuentes en fuentes *racionales y positivas* del Derecho público administrativo. Prescindiendo de las racionales, las positivas son *principales y secundarias*, siendo aquéllas el

(1) *Handbuch*, tomo I, pág. 166.

Estatuto (Constitución), las *Leyes especiales administrativas*, los *Decretos y Reglamentos de la Administración pública*, y éstas los diferentes *Códigos legislativos*, las *Convenciones* y los *Tratados internacionales* en determinadas materias (1).

10.—En Meucci y en Di Bernardo, en Hauriou y en el Sr. Santamaría, nos encontramos ya con la cita de aquellas fuentes que implican el reconocimiento del posible carácter consuetudinario del Derecho administrativo, si bien ninguno de estos autores se ha propuesto la cuestión de su *origen* consuetudinario, ni menos la de la eficacia positiva de la costumbre como fuente. Meucci dice que son fuentes del Derecho administrativo, como en el *Derecho privado*, la costumbre, la doctrina y la ley. «La costumbre, añade, abolida en el Derecho civil (Cód. civil ital., art. 3.º, disp. prel.) como fuente del Derecho, sólo podrá citarse al tenor del mismo Código. Sin embargo, la costumbre puede servir como medio y autoridad para la interpretación del Derecho dudoso (2)».

Di Bernardo limitase á citar la costumbre, como «fuente mediata é indirecta (3)».

Hauriou declara que el Derecho público es *jus scriptum*. «Las reglas, dice, del Derecho público y del Derecho administrativo, están casi todas contenidas en leyes escritas; la parte correspondiente á las costumbres es muy débil (4)».

(1) Ob. cit., tomo III, parte 2.ª, pág. 743.

(2) Ob. cit., pág. 18.

(3) Ob. cit., tomo II, págs. 624 y 634.

(4) Ob. cit., págs. 59 y siguientes. Este es el autor que ha formulado con más claridad la doctrina corriente indicada. «Apenas, dice, cabe señalar en Derecho administrativo un lugar propio á los usos locales en materias de ríos no navegables ni

Por último, el Sr. Santamaría limitase á decir: «La *costumbre*, consagrada á veces expresamente y autorizada otras por consentimiento tácito, es de gran utilidad en el Derecho administrativo para suplirlo, dada la extrema variedad de casos—propia del mismo—que no es posible prever cuando se formula (1)».

11.—No puede estar más clara la idea que hemos presentado como predominante: el Derecho administrativo *no procede* como de fuente inmediata de la costumbre; algunos autores ni la citan; otros creen que puede dar luz en ciertos casos dudosos; otros le conceptúan como de influjo débil, y otros, por fin, ni siquiera la estiman como Derecho administrativo, pues admiten que puede *suplirlo*, llenando los vacíos que quedan necesariamente al *formularlo*. Y es que se concibe, según decíamos, el Derecho administrativo como la obra reflexiva del Poder público—legislativo y ejecutivo—siendo sus fuentes la *ley* y la *ordenanza* con el complemento de la *jurisprudencia*.—El concepto, en verdad, supone una idea mezquina, pobrísima, del Derecho administrativo. No se concreta éste sólo en leyes ni en decretos. El Derecho administrativo, como advierte Roesler, tiene las mismas fuentes que el Derecho en general, esto es, la vida humana en la comunidad del pueblo, y aquí más es-

flotables y en materias de calles: las asambleas electivas, Consejos municipales, Consejos generales, Cámaras legislativas, tienen también, desde el punto de vista del procedimiento de las deliberaciones, algunas tradiciones; pero no se puede considerar que tales tradiciones tengan fuerza de ley. *Nos hallamos ante un Derecho que es, sobre todo, JUS SCRIPTUM*» (página 59).

(1) Ob. cit., pág. 14.

pecialmente en la sociedad (1): el espíritu nacional, que infunde en el Estado la fuerza del ideal del Derecho, es la base esencial del Derecho administrativo, el cual no puede tener otra fuente primordial que la conciencia personal del Estado, de donde emana todo Derecho y á la que es preciso referir sus más reflexivas formas: como el llamado civil, como el político, el administrativo comienza siendo un hecho, con su ley jurídica, y se condensa en usos, hábitos, costumbres, y luego en leyes ó fórmulas escritas. Pero veamos el asunto con algún detenimiento.

12.—La fórmula sintética de las fuentes del Derecho administrativo nos la da muy exactamente Gneist: «Lo que hoy llamamos, dice, Derecho administrativo, abraza *leyes, ordenanzas y normas del Derecho consuetudinario*.... (2)». Que abraza leyes y ordenanzas, cosa es, como hemos visto, que se admite por todos, aun cuando no siempre dando su valor propio á las mismas. La cuestión, en último término, se reduce á determinar si se ha de considerar como fuente la costumbre, esto es, si hay verdaderas costumbres jurídico-administrativas como base de normas aplicables en la vida del Derecho administrativo. Ahora bien: eso es lo que vamos á ver, teniendo siempre como antecedente lo expuesto más arriba (números 1 á 6).

13.—La concepción racional del Derecho en sí mismo y en sus ramas particulares, rechaza la posibilidad de un Derecho administrativo de un Estado, como obra exclusiva y artificial de la ley; más aún: rechaza la idea de que la *ley produzca* el Derecho administrativo; todo lo que la ley hace

(1) *Lehrbuch der Deutschen Verwaltungslehre*, pág. 15.

(2) *Englische Verwaltungsrecht*, I, pág. 117.

es reconocerlo, *formularlo*. Según nuestro concepto general del Derecho, el administrativo es *todo* el Derecho que cada Estado reconoce, declara y cumple para la ordenación de su actividad administrativa. En su virtud, tiene como fuentes: 1.º, la conciencia espontánea, el *hacer* del Estado por la obra inmediata de sus miembros, en donde se genera la *costumbre*; y 2.º, la conciencia reflexiva concreta del mismo Estado como Gobierno político. La existencia necesaria de estos dos modos de reconocer, declarar y actuar el Derecho administrativo se demuestra fácilmente. La del modo *legal, escrito*, por el hecho de la existencia de las leyes, cuando éstas son eficaces. La del consuetudinario, teniendo en cuenta que no hay rama del Derecho de un Estado que pueda sustraerse al influjo inmediato del espíritu social: ¿cabe, en verdad, negar que la nota distintiva entre los Derechos administrativos de los pueblos, no dependen tanto de los criterios legislativos diferentes, como de la diversidad del espíritu nacional? Por muy *metida en sí* que la Administración sea, ¿puede evitar nunca el influjo inmediato del espíritu popular? El funcionario público administrativo más dominado por la acción rutinaria del medio burocrático ú oficinesco, vive necesariamente, según advierte Luders (1), como ciudadano que es, entre sus conciudadanos, participando del sentimiento general y bajo su influjo.

(1) La cuestión de la costumbre como fuente del Derecho administrativo ha sido tratada especialmente por Luders, *Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung* (Kiel, 1863), y por Longo, *Della consuetudine como fonte del Diritto publico (costituzionale, amministrativo)*, artículos publicados en el *Archivio di Diritto publico*, del profesor Orlando (año de 1892, números 4, 5 y 6).

14.—Al tratar del Derecho administrativo de los Estados modernos, suele decirse que mal puede hablarse de costumbres y usos jurídico-administrativos, cuando tal Derecho no tiene en dichos Estados, salvo en Inglaterra, sino muy debilísimas tradiciones. Según advierte Longo (1), de este hecho conocidísimo pueden inferirse dos distintos argumentos contra la importancia del Derecho consuetudinario: «El uno es que, faltando las tradiciones, falta el sustituto propio en que la costumbre se funda; el otro consiste en que siendo toda nuestra ordenación administrativa el efecto de una reconstrucción, obra de las leyes y de los reglamentos, queda muy limitado el campo propio para las costumbres en materia tan regulada por la voluntad expresa de los poderes del Estado».

15.—Los dos argumentos no son incontrovertibles. Los hechos que les sirven de premisas son sin duda ciertos. Según escribe Longo, «ninguna otra serie de relaciones jurídicas se halla trabajada por una tan gran inestabilidad y falta de fijeza como la del Derecho administrativo», manifestándose clara «la falta de una plena elaboración de la conciencia jurídica, capaz de dar forma, definida y precisa, á sus convicciones (2)». Pero téngase en cuenta que esta condición de inseguridad, de indefinición técnica, de falta de precisión filosófica, es la condición propia «de los pueblos primitivos, precisamente cuando la costumbre constituía la fuente principal del Derecho (3)». Realmente, «cuando un Derecho se encuentra en estado de elaboración, entonces

(1) Ob. cit., pág. 411.

(2) Longo, l. c., pág. 412.

(3) Idem id., pág. 413.

es cuando la costumbre encuentra un campo fecundo donde germinar. En efecto, cuando la conciencia jurídica popular se encuentra atraída por opuestos elementos, puede darse por seguro que las leyes serán malas é inseguras, porque ó pretenderán reducir á armonía las tendencias más opuestas y extrañas, ó responderán á una sola tendencia, provocando necesarias reacciones.... En cambio, el Derecho consuetudinario, precisamente por su mayor amplitud, por la mayor preponderancia que permite á la evaluación del hecho con relación al Derecho, puede llegar más fácilmente á lograr aquel término medio que concilie las exigencias opuestas, y con tanta mayor eficacia cuanto que la conciliación se verifica en el terreno de la práctica antes que en el de la teoría (1).

16.—También es verdad que nuestra ordenación administrativa se ofrece como el resultado de una reconstrucción obra del Derecho escrito, pero no importa. Constantemente se señalan instituciones político-administrativas, mantenidas por las costumbres tradicionales, tenaces, con la tenacidad de las exigencias fundamentales de la vida (2), señalándose también trabajos sordos de modificación del pre-

(1) Idem id., pág. 414.

(2) Por ejemplo: entre nosotros el *Concejo*, cuya supervivencia consuetudinaria hoy ya nadie pone en duda. (Véanse los estudios de *Derecho municipal consuetudinario*, publicados en 1885 por los Sres. Pedregal, Costa y González de Linares.) Según advierte D. Eduardo Hinojosa, «á esta revelación se debe quizá que el proyecto de ley municipal de 1891 intentara darle existencia legal en los pueblos de corto vecindario». Véase el trabajo de este señor, *El origen del régimen municipal en León y Castilla*, publicado en *La Administración*, tomo III, pág. 437.

cepto legal por el influjo de la acción consuetudinaria. Pero aún hay otro punto de vista para rectificar la idea que el argumento copiado supone: el punto de vista nos lo ofrece la necesidad de atender en el Derecho administrativo á las llamadas *prácticas* administrativas. «Por muy minuciosas que las leyes sean, por detallados que resulten los reglamentos, es sabido que una de las características de la burocracia moderna está en el amplísimo *esprit de suite*, mediante el cual el silencio de la ley y sus deficiencias prácticas, se colman por una tradición propia del cuerpo mismo de los empleados, y en virtud de la cual suele ocurrir que una cosa dada se hace de un modo dado, sin más razón que el haberse hecho siempre así. No hay cuerpo alguno ni magistratura tan tenazmente adherida al «precedente» como la moderna burocracia». Sin duda que no deben confundirse estas *prácticas* con la costumbre jurídico-administrativa. Las *prácticas* implican los *actos* de los funcionarios públicos, «y estos actos, dice Gerber, no deben ser considerados más que como síntomas de una convicción jurídica, y no como momento directamente generador del Derecho (1)»; en rigor, la labor del funcionario público procura suplir la ley, completarla, adaptarla, y en ésta su tarea si puede oponer obstáculos con *prácticas rutinarias*, rígidas, al desenvolvimiento del Derecho, también puede dar vida á verdaderas costumbres jurídicas. De todas suertes, lo evidente es que al lado de la acción reflexiva, obra de la ley, en la ordenación jurídico-administrativa, hay una acción espontánea, cuya forma de condensación es la costumbre.

(1) *Grundzüge des deutschen Staatsrecht*, nota 7.^a Véase también Luders, ob. cit., pág. 70; Longo, l. c., pág. 415.

17.—Ordenando Longo las formas del influjo positivo del Derecho consuetudinario independientemente de lo que la ley taxativamente disponga, distingue: 1.º, la costumbre *derogatoria*, y 2.º, la costumbre *introdutiva*. La primera señala el influjo que una costumbre puede tener para impedir que una ley sea eficaz. Tal fenómeno ocurre siempre que la ley no responde á verdaderas necesidades del Estado. En nuestro Derecho administrativo sería fácil señalar leyes y más leyes incumplidas, por ser inadaptables á las necesidades de la vida. Las leyes municipales, por ejemplo, tienen no pocas disposiciones, que no es posible cumplir por los Municipios, sobre todo por los de escasos recursos y poco vecindario; claro es que no debe confundirse este incumplimiento de la ley con la oposición rebelde al Derecho: trátase de incumplimiento de la ley por oponerse el sentimiento jurídico consuetudinario. La segunda costumbre es, según Longo, una fuente más rica del Derecho; puede revestir varias formas diversas. He aquí cuáles:

- 1) Costumbre que fija una norma de Derecho no declarada expresamente por ningún texto, pero conforme con las condiciones efectivas de una relación jurídica dada.
- 2) Costumbre que, sirviéndose subsidiariamente del Poder reglamentario, transforma por lenta evolución el contenido de una institución jurídica.
- 3) Costumbre que viene limitando la esfera del poder discrecional de la Administración.
- 4) Instituciones administrativas encaminadas expresamente á la determinación de la conciencia jurídica de relaciones dadas.
- 5) Costumbres tradicionales de las antiguas formas ad-