

ministrativas, que tienen aun hoy aplicación posible (1).

18.—Según lo expuesto, el Derecho administrativo no tiene condición alguna limitativa en cuanto al problema de las fuentes: emana de la conciencia jurídica del Estado, y se expresa bajo las dos formas del *jus non scriptum* y del *jus scriptum*; hay, pues: 1.º, fuentes *no* legislativas: hechos del Derecho administrativo—usos, prácticas, precedentes, costumbres, jurisprudencia administrativa;—2.º, fuentes *legislativas*: la Constitución del Estado, las leyes administrativas, los reglamentos, las disposiciones (ordenanzas generales y particulares) de carácter administrativo.

19.—La doctrina expuesta ha de considerarse como doctrina filosófica de las *fuentes del Derecho administrativo* en el primero de los dos aspectos indicados en el núm. 1 de este párrafo, á saber: como fuentes *generadoras* del Derecho administrativo. Pero dichas fuentes pueden tener otro valor y ser consideradas como *reveladoras* de ese mismo Derecho, sirviendo entonces como verdaderas *fuentes del conocimiento*, ya con un fin teórico, ya con un fin práctico de aplicación jurídica. Este conocimiento, sin embargo, entraña operaciones particulares que de un lado *modifican de una manera radical* el carácter de las indicadas fuentes, y de otro exigen y presuponen otras de gran interés. En efecto, las fuentes del Derecho administrativo antes enumeradas, en la relación de conocimiento, tienen el valor de medios por los cuales nos damos cuenta de lo que por Derecho administrativo se ha entendido ó entienda y practica; pero como tales fuentes *positivas* tienen un carácter puramente histórico, de información, y presuponen una

(1) Longo, l. c., págs. 420-436.

preparación científica general en el estudio de los conceptos capitales del Derecho administrativo, preparación que en cuanto entraña, como la misma del contenido de las otras fuentes positivas, la relación de conocimiento, tiene como fuente primordial los medios por los cuales el hombre llega á la posesión de la verdad (nuestras facultades intelectuales). Ahora, en esta operación del conocimiento del Derecho administrativo, el objeto se revela á nuestra conciencia con el auxilio de las fuentes *generadoras* del Derecho, y al propio tiempo nos sirven de auxiliar las opiniones é ideas formuladas y expuestas por los autores en discursos, consultas, informes, folletos, libros, etc., etc. Resumiendo, pues: las fuentes del Derecho administrativo, como fuentes del conocimiento, son: 1.º, las fuentes primordiales inmediatas: nuestras facultades intelectuales; 2.º, los hechos del Derecho administrativo: los usos, prácticas, costumbres, jurisprudencia administrativa; 3.º, las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter administrativo; 4.º, las opiniones de los autores, las decisiones de los juristas, etc., etc.

20.—La gran importancia que á veces alcanzan las opiniones de los hombres peritos en el Derecho, ha dado margen á que algunos escritores las consideren como fuente del mismo, en el riguroso sentido *técnico* de generadoras del Derecho. El influjo «que sobre el Derecho positivo ejercen las ideas, los principios teóricos y los hombres que los investigan y declaran, es indudable (1)». Pero no debe confundirse «con la autoridad directa é inmediata, con que el pueblo y el legislador establecen la regla jurídica, sea bajo

(1) Giner y Calderón, ob. cit., pág. 192.



forma de costumbre ó de ley (1)». La declaración doctrinal del escritor tiene algo de común con dicha regla; «pero falta al jurisconsulto la autoridad necesaria para convertir su convicción en precepto y en norma efectiva de las relaciones sociales (2)». No cabe, pues, hablar de un *Derecho científico* como se habla de un *Derecho consuetudinario*, aunque el Derecho científico pueda suscitar y provocar usos, costumbres, en suma, hechos jurídicos: el Derecho científico es historia de la ciencia del Derecho, fuente auxiliar de su conocimiento (3).

(1) Giner y Calderón, págs. 192 y 193.

(2) Idem, pág. 193.

(3) Véase Meucci, ob. cit., pág. 19.

§ 2.º—*Las fuentes del Derecho administrativo en el Derecho español.*

1.—La doctrina general de las *fuentes del Derecho administrativo* debe ser completada con el examen de la cuestión á la luz del Derecho positivo español.

Dada la existencia de un Derecho administrativo positivo, la cuestión de sus fuentes entraña el estudio de estos tres problemas:

1.º ¿Cuáles son las fuentes *generadoras del Derecho positivo* de que se trata? (en este caso del español).

2.º ¿Cuál es el valor *efectivo* y cuál el *legal* de las diferentes fuentes de dicho Derecho administrativo?

3.º ¿Cuáles son, en definitiva, las fuentes—objetivas—mediante las que se puede llegar al conocimiento del mismo, tanto para su apreciación *teórica* cuanto para su aplicación *práctica*?

2.—El primer problema es problema resuelto, al igual que el último, en sus términos generales, en el párrafo anterior. El Derecho administrativo español es obra del pueblo y de su Estado. Concretamente puede decirse que se contiene en los actos administrativos de carácter jurídico, que se verifican: 1.º, por los particulares al producir la opinión pública y el espíritu dominante en la vida administrativa, y al intervenir directamente en las funciones administrativas (véase cap. III, números 6 y 7); 2.º, por los funcionarios de la Administración en concepto de participantes en la vida del Estado; 3.º, por los funcionarios del orden *técnico* oficial; 4.º, por las corporaciones y asambleas encargadas, bien sea



de administrar, bien de declarar reglas jurídico-administrativas generales; y 5.º, por los representantes del Estado en la función de aplicar el Derecho administrativo á los casos concretos (jurisprudencia).

3.—Según esto, atendiendo á las formas técnico-jurídicas en que todos esos actos se revelan, las fuentes del Derecho administrativo español, esto es, los *orígenes* de donde *mana* aquél, son los siguientes:

1.º Los hechos mismos en que se contienen los actos administrativos (1).

2.º Los usos y costumbres locales ó generales que *fuera de la ley, con arreglo á la ley y contra la ley tengan efectivamente en virtud de la ley ó á pesar de ella* vigor positivo, siempre y cuando que revelen verdaderas necesidades jurídicas.

3.º Las *prácticas administrativas*, locales y generales, en sí, y las costumbres que engendran, completando la obra de la ley.

4.º La Constitución y las leyes administrativas.

5.º Las disposiciones administrativas, que en España son: *a)* los Reales decretos, los reglamentos y ordenanzas, las Reales órdenes, las circulares, como forma de obrar reflexivamente, como Poder, la Administración nacional; y *b)* los bandos, circulares, ordenanzas y demás formas de obrar la Administración local (2).

(1) Por actos administrativos se entiende, en sentido estricto, los del Poder administrativo, esto es, los de carácter oficial; pero además de este sentido estricto, cabe el amplio de actos administrativos como actos realizados por el ciudadano en materia administrativa.

(2) Véase Abella, *Derecho administrativo español* (1886), I, págs. 132-133.

6.º La jurisprudencia administrativa en el concepto de jurisprudencia de los Poderes ejecutivo-administrativos y de los Tribunales.

4.—En cuanto al valor de las fuentes de Derecho administrativo positivo español, es preciso, primero, declarar que se trata de un problema jurídico de carácter general y no especial del Derecho administrativo, y luego distinguir dos maneras de formularlo, que son las siguientes: *primera*, cuál es el valor *real y positivo* que de hecho tienen las fuentes, ó mejor, la regla jurídica por las fuentes generada; y *segunda*, cuál es el valor respectivo que *la ley escrita* les atribuye.

5.—Como criterio general para medir el valor real *de hecho* de las fuentes, se pueden indicar las normas siguientes:

*a)*—El valor de cada fuente del Derecho administrativo depende de que por ella se revele una regla jurídica.

*b)*—La regla jurídica, para que sea verdaderamente efectiva, ha de ser reflejo de la conciencia del Estado.

*c)*—Todas las formas particulares de las fuentes del Derecho administrativo tienen en sí igual valor, siempre y cuando que sean aplicables, y en efecto se apliquen, las reglas jurídicas en ellas formuladas.

*d)*—El hecho de que el Poder constituido declare una norma determinada mediante Ley, Reglamento, Real decreto, etc., no implica que tenga ya un valor efectivo como fuente, pues es necesario la condición de su posible adaptabilidad á la vida, para que sea Derecho positivo.

*e)*—En cambio, el hecho de que una costumbre, aunque no esté sancionada por el Poder constituido, se aplique, da á la misma el valor de tal fuente del Derecho positivo, cuando es realmente una costumbre *jurídica*.



6.—Veamos ahora cómo en nuestro concepto debe ordenarse la respectiva eficacia de las fuentes. El Derecho administrativo español tiene su base amplia en la opinión pública, y se concreta ante todo en los usos, prácticas y costumbres; como todas las ramas del Derecho, *se condensa* el administrativo por los Poderes del Estado: 1.º, en actos administrativos que generan las prácticas y las costumbres administrativas; 2.º, en leyes que determinan la tendencia general jurídica, atendiendo á los diferentes servicios de la Administración; 3.º, en Reglamentos, Reales decretos y demás disposiciones que con la jurisprudencia completan la obra de las leyes. En su virtud, toda regla del Derecho administrativo ha de ser según las exigencias de la función de la Administración, en armonía con la Constitución política y conforme al espíritu dominante en las costumbres y al sistema general jurídico. Puestas en orden, la primera en la escala ideal del valor jurídico es la *costumbre*; la segunda la *Constitución*, como ley total de la vida del Estado; la tercera la *ley*, que ha de ser según costumbre y según la Constitución; la cuarta los *Reglamentos* y demás *disposiciones administrativas*, que han de ser siempre según las leyes, cuyos principios desenvuelven, aplican ó interpretan, con la *jurisprudencia*.

7.—Con arreglo á las disposiciones legales vigentes del Derecho positivo español, el valor y eficacia *atribuidos* á las reglas emanadas de las diversas fuentes jurídicas, no se determina del modo que hemos indicado. Y no hay, sin embargo, contradicción entre la solución defendida y la solución legal. Es preciso tener en cuenta que la solución defendida es la que impone la contemplación histórica de las fuentes *generadoras* del Derecho. En cambio el legislador, al

resolver sobre la *aplicación oficial* de las normas del Derecho positivo, no resuelve un problema histórico, sino que fija un criterio al cual se ha de someter el funcionario público y el magistrado judicial (1). Naturalmente, el legislador, cuando legisla, da á su ley el primer puesto; si la presume completa, el único. Lo que hay es que el legislador no siempre acierta, y así la vida del Derecho á veces sigue su camino aplicando las reglas jurídicas á que mejor y más espontáneamente se conforman las necesidades reales, aunque otra cosa disponga la ley.

8.—Ahora bien: el valor propio legal atribuido á las diferentes fuentes del Derecho administrativo, según lo legislado entre nosotros, es el siguiente: domina en nuestro Derecho escrito la tendencia indudable á excluir el Derecho consuetudinario. La idea capital es que la fuente *primordial suprema* es la *ley*, esto es, la disposición solemne emanada del Poder legislativo (2) mediante la iniciativa del Rey ó de las Cámaras (3), previa la discusión y votación de éstas (4) y la sanción y promulgación (5) del Monarca (6).

9.—Las disposiciones legales relativas á las leyes, á sus efectos, valor como fuentes, y aplicación, están en el título preliminar del Código civil. Conviene, ante todo, citar el art. 8.º, que señala en cierto modo la esfera de aplicación

(1) Véase Longo, l. c., *passim*.

(2) Const. de 1876, art. 18.

(3) Idem, art. 41.

(4) Idem, art. 43.

(5) La promulgación se hace publicando la ley en la *Gaceta*, y obliga la ley veinte días después de su promulgación, á no disponerse en la ley misma otra cosa.

(6) Const., artículos 44 y 51.



de las leyes administrativas (de policía y de seguridad pública), en cuanto declara que obligan á todos los que habitan en territorio español; y los artículos 1.º, 2.º y 3.º, que contienen ciertos principios aclaratorios en cuanto á la promulgación de las leyes, á la ignorancia de las mismas (1) y á su retroactividad (2).

No son éstas, sin embargo, las disposiciones que ahora nos interesan, sino los artículos 5.º y 6.º Según el art. 5.º, «las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre ó la práctica en contrario», con lo cual resulta que el legislador rechaza la *aplicabilidad* de la costumbre ó práctica *contra ley*, esto es, de la que hemos llamado antes derogatoria (§ 1.º, núm. 17). En cambio, el legislador no rechaza expresamente la costumbre *según ley*, y admite en cierto modo, por el art. 6.º, la costumbre *fuera de la ley* y la posibilidad de completar, por la obra reflexiva de la investigación científica, el Derecho positivo. En efecto, dicho artículo dispone que «el Tribunal que rehuse fallar á pretexto de silencio, obscuridad ó insuficiencia de las leyes, 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».

10.—Mas ¿cómo debe interpretarse esto? ¿En el sentido estricto de que, en efecto, no hay costumbres derogatorias,

(1) Dice el Código civil: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento».

(2) Dice el Código civil: «Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario».

y que las introductivas y el influjo complementario del Derecho científico, se han de contraer á los límites estrictos á que el art. 6.º los refiere? Claro es que no. Los artículos 5.º y 6.º del Código civil hablan de la *aplicación oficial del Derecho*. El 6.º está terminante: se refiere á los Tribunales, y, por otro lado, expresan ambos el ideal del legislador en cuanto al valor que deben tener las fuentes del Derecho, no tanto como *generadoras* cuanto como *reveladoras* del Derecho producido. Lo indudable es que el criterio legal antepone el Derecho *escrito* al *no escrito*.

11.—Pero, como Derecho escrito, no sólo hay las leyes. Con el carácter de *disposiciones legales*, tenemos «los decretos, reglamentos é instrucciones» que, según el núm. 1.º del art. 54 de la Constitución de 1876, corresponde expedir al Rey, y las disposiciones que, en virtud del número 1.º del art. 84, competen á las corporaciones de la provincia y de los pueblos, al tenor de sus leyes orgánicas respectivas.

12.—Estas formas del Derecho escrito, lo mismo las emanadas del Poder Ejecutivo-administrativo, que las emanadas de las corporaciones autónomas, tienen una altísima importancia en el Derecho administrativo. Para Stein constituyen su fuente característica, en cuanto las considera como manifestación de la soberanía propia del Poder Ejecutivo, no inferiores ni subordinadas á la ley, sino de igual autoridad que ella. Lo cierto es que estas disposiciones vienen á completar la obra de la ley y representan la función legislativa privativa de la Administración.

13.—Procuremos definir las. En la Constitución (art. 54, núm. 1.º) se habla de decretos, reglamentos é instrucciones; en la tecnología aceptada se denominan reglamentos,



decretos, órdenes (1), y tales son los nombres genéricos aplicables á las disposiciones de la Administración central ó nacional, si bien revisten luego la forma burocrática de *Reales decretos*, *Reales órdenes*, *reglamentos* ó simples *circulares é instrucciones* (2).

14.—*Reales decretos* y *Reales órdenes* son las maneras propias con que se exterioriza la resolución tomada por el Rey ó á nombre del Rey: no son característica del Poder administrativo, sino del Poder Real y del Poder Ejecutivo. El *Real decreto* es la forma más solemne: se redacta como dictado directamente por el Rey, que lo firma, y lo refrenda el Ministro del ramo, sin cuyo requisito no tiene fuerza obligatoria (3). La *Real orden* es la forma menos solemne: aparece dictada por el Ministro que la firma, expresando que se da á nombre del Rey (4).

15.—Los *reglamentos* generales no son, en cuanto á su forma de presentación, una manera distinta de las anteriores. Los reglamentos vienen de la misma potestad que los *Reales decretos*, siendo publicados por Real decreto. El reglamento se propone desarrollar, para el cumplimiento de las leyes, los principios contenidos en éstas. Muchas veces aparecen como consecuencia de un mandato imperativo de la ley misma; otras son obra espontánea de la misma autoridad ejecutivo-administrativa, en virtud de las facultades constitucionales otorgadas al Rey (5). El reglamento, que

(1) Véase Santamaría, *Derecho administrativo*, pág. 33.

(2) Abella, *Derecho administrativo español*, I, pág. 132.

(3) Const., art. 49.

(4) Santamaría, ob. cit., pág. 33. Abella, idem, I, pág. 132. Sánchez Román, *Estudios de Derecho civil*, tomo II, pág. 27.

(5) Const. de 1876, art. 54.

ha de ser expedido siempre por el Rey, debe ser elaborado oyendo al Consejo de Estado (1).

16.—Las *circulares é instrucciones* son órdenes emanadas de los Ministros ú otros Jefes de Administración general, en que se dispone, explica ó encarga á las autoridades subalternas alguna particularidad respecto del ramo que las estuviere confiado (2).

17.—Las fuentes del Derecho administrativo escrito complétanse con las disposiciones que emanan de las autoridades y corporaciones *locales*. Las formas bajo que obran dichas autoridades y corporaciones son los *bandos*, *ordenanzas*, *circulares*, *acuerdos*, etc., etc.

18.—Se ha debatido muchísimo acerca del dominio respectivo de las diferentes fuentes del Derecho administrativo, especialmente oponiendo las leyes á los reglamentos, ya que, en rigor, son éstas las dos formas más importantes del Derecho administrativo escrito, y ya que el reglamento suele ser la más genuína manera de funcionar la Administración (3). Aun cuando la dificultad práctica quede siempre en pie, el principio general que determina el dominio propio del reglamento está en la Constitución. Según el núm. 1.º del art. 54, la legitimidad del reglamento estriba en que *sea conducente á la ejecución de las leyes*. Conforme á este principio y de acuerdo: 1.º, con el espíritu del régimen

(1) Ley del Consejo de Estado de 17 de Agosto de 1860, artículo 45, § 1.º

(2) Abella, ob. cit., I, pág. 135.

(3) Véase Hauriou, ob. cit., págs. 62 y siguientes. De Gioannis, ob. cit., III, pág. 745. Persico, ob. cit., I, pág. 46. Di Bernardo, ob. cit., II, pág. 628. Ducrocq, ob. cit., I, pág. 57. Santamaría, ob. cit., pág. 28.



constitucional; y 2.º, con la repetida jurisprudencia del Tribunal Supremo, se pueden formular las siguientes reglas:

*Primera.* Un reglamento no puede modificar las disposiciones de la ley; ó más general, los Reales decretos y órdenes emanadas del Poder Ejecutivo, no pueden derogar los preceptos consignados en las leyes (1).

*Segunda.* Un reglamento no puede violar los derechos fundamentales reconocidos por el conjunto de la legislación, imponiendo obligaciones precisas; especialmente no puede gravar la propiedad ni la persona con cargas que no tengan su fundamento en la ley (2).

*Tercera.* Los reglamentos expedidos según la Constitución, y dictados con arreglo á las leyes, tienen fuerza de leyes y obligan como tales (3).

19.—Aun cuando en el Código civil se prescinde de la *jurisprudencia* como fuente obligatoria del Derecho, la jurisprudencia existe tanto en el sentido amplio de las decisiones del Poder Ejecutivo, como en el más estricto de las decisiones del judicial.

La constituyen las Reales órdenes, que resuelven expedientes de alzada contra acuerdos de las autoridades provinciales ó que deciden expedientes administrativos; los Reales Decretos decidiendo las competencias entre los Tribunales y la Administración; los Decretos-Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Consejo

(1) SS. del T. S. de 24 de Octubre y 3 de Noviembre de 1853, 18 de Septiembre de 1860, 28 de Noviembre de 1861, 5 y 7 de Octubre de 1866, 5 de Octubre de 1868 y otras. Véase Hauriou, ob. cit., pág. 64.

(2) Véase Hauriou, l. c.

(3) Const., artículos 50 y 54.

de Estado, ó en su caso del Tribunal Supremo de Justicia antes de la ley de 13 de Septiembre de 1888, y posteriormente las Sentencias del Tribunal de lo Contencioso-administrativo.

20.—Al igual que las leyes, los reglamentos, Reales decretos y demás disposiciones generales que por su índole no sean reservadas, deben publicarse en la *Gaceta*. Las disposiciones así publicadas se entienden notificadas, por lo que una vez insertas tienen carácter obligatorio.

21.—El orden de prelación que de lo dicho se infiere, en cuanto al valor atribuido á las fuentes del Derecho administrativo, es el siguiente:

*Primero.* La Constitución del Estado, cuyos preceptos son fundamentales.

*Segundo.* Las leyes administrativas y las de otro orden que contengan disposiciones administrativas, todas las cuales deben desenvolver la Constitución.

*Tercero.* Los reglamentos expedidos por la autoridad competente y dictados con arreglo á las leyes y según ellas, así como los Reales decretos de carácter general.

*Cuarto.* Las demás disposiciones administrativas.

*Quinto.* Con el carácter de Derecho supletorio, la costumbre y los principios generales del Derecho.

*Sexto.* Con el carácter de precedente, la jurisprudencia administrativa.

22.—Para mantener la armonía interna de los principios del Derecho administrativo, hay varias reglas que encuentran en el Derecho positivo una consagración más ó menos expresa. Dado el carácter constitucional del Estado español, el documento que contiene los principios capitales del Derecho, es la Constitución; en su virtud, la primera regla



es la siguiente: *Toda ley debe ser constitucional* en dos aspectos: 1.º, *en cuanto ha de ser obra del Poder legislativo*; y 2.º, *en cuanto ha de ser confirmatoria de los principios constitucionales*. La *constitucionalidad* de la ley en el primer respecto hállase en nuestro Derecho garantida por el Código penal (1); no así en el segundo, pues entre nosotros los Tribunales no pueden dejar sin aplicar las leyes inconstitucionales. De todas suertes, es corriente el principio de que una ley no puede infringir la Constitución (2).

23.—La segunda regla á que nos referimos pudiera formularse diciendo que todas las *disposiciones administrativas deben ser dictadas dentro de los límites legales*, lo cual implica que han de emanar de autoridad competente en el ejercicio de sus funciones, y que no ha de extralimitarse dicha autoridad en cuanto al contenido de sus disposiciones. La regla tiene su sanción en el Código penal (art. 388), existiendo además los *recursos* adecuados, y que son los siguientes: 1.º, si se trata de disposiciones de carácter general: *a*) puede resumirse al Poder legislativo con arreglo al art. 13 (derecho de petición) de la Constitución para que declare ilegal la disposición que tal se estime, ó al Monarca para que exija su modificación; *b*) á las Cortes, á fin de exigir la responsabilidad ministerial; y *c*) á los Tribunales, al efecto de obtener la absolución por su incumplimiento (3); 2.º, si se trata de medidas que infringen derechos particulares ó de la Administración, tomadas por autoridad inapelable, cabe

(1) Art. 388.

(2) Véase nuestro *Tratado de Derecho político*, vol. II, cap. V.

(3) Véase Santamaría, ob. cit., pág. 32.

el recurso contencioso-administrativo, ó el de acudir á los Tribunales de justicia; 3.º, si se tratase de decisiones emanadas de autoridades subalternas, entonces habrá el derecho de recurrir al superior jerárquico ó el de llevar el asunto á los Tribunales de justicia (1) según los casos.

(1) Véase Abella, ob. cit., I, pág. 135.