¿SON FUENTES DE DERECHO LAS PRACTICAS ADMINISTRATIVAS?

POR EL LICENCIADO
ERNESTO VALDERRAMA H.

Cuando nos enfrentamos ante el problema de sistematizar no sólo el trabajo propio sino el de los demás que están relacionados con el nuestro, lo primero que se advierte es la fuerza que ejercen las tradiciones, el papeleo desmesurado, los actos rutinarios que llegan a ser toda una especialización, las órdenes y acuerdos impuestos por autoridades superiores, el peso terrible de los hábitos, los impulsos equívocos que obedecen a un querer egoísta —tanto más peligrosos cuanto menor sea la capacidad de quien los mueve—, una legislación arcaica inaplicable para la variedad de actos nuevos nacidos al calor de una evolución económica y política evidentes, un celo muy caracterizado de quienes ven una posibilidad de que se afecten sus personales intereses y una serie de contradicciones en el actuar en donde no llega uno a comprender qué interés es el que se pretende proteger, si el privado o el público.

Lo segundo, es cierto temor de las esferas superiores cuando se analizan los problemas en el fondo mismo de la cuestión y no en la periferia, cuando esos análisis dan la pauta del "cómo" resolverlos cambiando, en algunos casos, radicalmente las cosas de como están y, ese temor, se manifiesta con el dejarlas como estaban.

Así, pasan los años y los problemas crecen y las complejidades acrecientan los males y las prácticas administrativas —en un momento mecánicas— se convierten en viciosas prácticas, y los "hábitos" se transforman en ilícitos insospechados... y los asuntos... caminan por inercia e impulsos varios, sin esquemas teóricos ni posturas de método bien determinadas, en manos de los prácticos sin sistematización racional que, en muchos casos, sin visión de conjunto, desquician esos hábitos en perjuicio de la actividad de la administración cuando éstos tienen iniciativa.

Y bien, ¿esas prácticas rutinarias, mecánicas, esos hábitos, esas formas de actuar, se pueden considerar como fuentes de derecho administrativo?

* *

Aquí el lector se habrá de preguntar porqué pasamos de la ciencia de la administración al derecho administrativo. Para contestar a la pregunta habremos de asomarnos a la ventana del pensamiento de algunos tratadistas de

la materia. He aquí sus luces: "Toda acción social del Estado corresponde a la ciencia de la administración; el Derecho Administrativo tiene por objeto la organización y la jurisdicción administrativa y, además¹ —dice Ferraris— la acción jurídica".¹ Meucci y Orlando varían en sus conceptos, pero no modifican lo dicho por Ferraris.² En efecto, Meucci³ dice: "esa diferenciación ha de responder a un concepto básico y lógico, y, en consecuencia, substituye el elemento "social" por el elemento "técnico y material", como materia propia de la ciencia de la administración; y el elemento "jurídico" por el "formal jurídico" como contenido exclusivo del derecho administrativo. El derecho, señala, es ordenamiento; la administración es libertad".

Lo social de Ferraris no se distingue, a nuestro modo de ver, de lo técnico y material de Meucci y menos lo jurídico de lo formal y jurídico, de uno y otro, respectivamente.

Para Orlando⁴ el "contenido económico y social de la intervención del Estado, distribuido en disciplinas especiales, constituye una ciencia autónoma: la ciencia de la administración y la actividad jurídica del Estado, la organización administrativa y los medios de que dispone la administración para satisfacer los intereses colectivos, corresponden al derecho administrativo."

Ahora bien, como lo social y lo técnico y material; lo jurídico y formal y jurídico; lo económico y social y la organización administrativa y sus medios disponibles, según estos autores —a pesar de su diferenciación, de su autonomía y diverso contenido— no pueden desligarse, pues unos repercuten en los otros; por eso, de una materia pasamos a la otra. Un motor solo, sin chasis ni ruedas será un motor a secas; con chasis y ruedas, un vehículo.

Ha dicho Presutti⁵ "que las prácticas administrativas son las reglas que se forman en la actuación de los órganos administrativos mediante ejercicio constante y uniforme. Suelen mencionarse como un tipo de costumbre jurídico-administrativa. Sin embargo, sus diferencias son substanciales. Es cierto que en esas prácticas aparece el *substratum* que es el elemento *sine qua non* de la costumbre, constituido por la repetición durante un largo tiempo de un hacer constante y uniforme en el tratamiento de una relación jurídico administrativa, pero el elemento con que se integra la costumbre, la *opinio juris seu necessitatis*, vale decir, la convicción de su obligatoriedad jurídica, es discutida en la doctrina. La mayoría de los autores le niegan por este motivo a la práctica el carácter de fuente de derecho administrativo."

La formación de las prácticas administrativas como fuente jurídica —dice Merkl⁶— está inspirada, seguramente, en que el ejercicio de las autoridades

¹ Ferraris C. A. *Diritto Administrativo*, t. I, pág. 147 cit. p. B. Villegas B. *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 94.

² B. Villegas B. *ob. cit.* pág. 96.

³ Meucci L. *Istituzioni di Diritto Administrativo*. Pág. 5. cit. p. B. Villegas B. *ob. cit.* págs. 95-96.

⁴ Orlando V. E. *Diritto Pubblico Generale*. Pág. 35 cit. B. Villegas B. *ob. cit.* pág. 96.

⁵ Presutti Errico. *Istituzioni di Diritto Administrativo*. Pág. 74. Cit. B. Villegas B. *ob. cit.* págs. 335-36.

⁶ Merkl Adolfo. *Teoría Gral. del Derecho Administrativo*. Madrid. 1935. Pág. 145.

des, especialmente de las superiores, puede influir sobre la práctica administrativa en tal forma y puede condicionar en tal grado a las autoridades ocupadas con los mismos asuntos, que pudiera hacer creer en la aplicación de una norma legal completa. "Esas prácticas —agrega— significan solamente una coacción psíquica que actúa como fuerza motivadora, junto a otros factores, en el procedimiento administrativo. Pero esto no basta para convertirla en fuente de derecho. Supongamos que la práctica administrativa, en una serie ininterrumpida de casos, ha hecho uso, en una dirección determinada, de su poder discrecional, de forma que podamos hablar de la existencia de un uso administrativo. Nada se opone en derecho a la autoridad administrativa que, en virtud de su poder discrecional, lo utilice en un sentido que se desvía del habitual hasta ese momento". Y Merkl se pregunta: "¿Cómo es posible que si la autoridad se ha conducido en noventa y nueve casos en forma antijurídica, el caso cien adquiera patente limpia?"

Creemos que Merkl está confundiendo el acto discrecional con el acto arbitrario, ya que el primero no es antijurídico, pues esa discrecionalidad debe estar condicionada a la fuente de derecho más importante que es la ley. En otras palabras: es discrecional porque la ley lo permite; no al margen de ella o en su contra, y al libre arbitrio del que lo realiza. En el primer caso lo discrecional es —valga la expresión— evidentemente jurídico; en el segundo, por el contrario, carece de legalidad, o sea, es antijurídico. Desviarse de lo habitual usando del poder discrecional cuando el hábito es contrario a la ley, éste y la discrecionalidad son antijurídicos. El acto discrecional ha sido, entonces, indebidamente interpretado convirtiéndose en abuso de poder.

Dice Longo —citado por Posada—⁷ "que la práctica administrativa necesariamente formada dentro de la administración y en virtud, en principio, de la relación de subordinación jerárquica, es un hecho jurídicamente irrelevante. Es cierto, afirma, que se funda en el «precedente», vale decir en decisiones anteriores de casos semejantes, pero es difícil admitir que la aplicación de ese precedente sea motivado por la convicción jurídica de estar frente a una norma de derecho, sino como una consecuencia directa e inmediata de directivas superiores. Y sigue diciendo: 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 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 de-

⁷ Posada Adolfo. *Tratado de Derecho Político*. Madrid. Ed. 1935. Pág. 144 B. Villegas B. *ob. cit.* pág. 337.

ben ser considerados más que como síntomas de una convicción jurídica, y no como momento generador del derecho.”

‘Pero puede ocurrir —siguiendo a Merkl⁸— que el Poder Ejecutivo, por vía de la instrucción, disponga que determinada práctica administrativa sea observada por los órganos administrativos, en cuyo caso esa práctica tiene fuerza obligatoria y es fuente jurídica. Pero esa validez de fuente tiene un origen distinto; ya no es el precedente el que la justifica como tal, sino la instrucción o, en su caso, el reglamento, los cuales sí son fuentes del derecho administrativo.”

Es de suponerse, comentamos, que cuando Merkl habla del Poder Ejecutivo se refiere al titular del poder, pues esas instrucciones que hayan de cumplirse por los órganos no son sino los acuerdos y decretos presidenciales que son fuente de derecho, y no de los funcionarios encargados de los propios órganos. Los acuerdos u órdenes emanadas de éstos tampoco tienen el carácter de fuentes de derecho, sino parte de las prácticas administrativas en el ejercicio del mando como actos de autoridad, sin otro significado que el de “coacción psíquica que actúa como fuerza motivadora”, junto a otros factores, en el procedimiento administrativo. Creemos también que, constituyan o no un precedente estas prácticas, no deberán considerarse como fuentes de derecho, en estricto rigor.

¿No siendo, pues, fuente de derecho administrativo esas prácticas, usos, hábitos, trámites, debemos echarlos por la borda de nuestras investigaciones y no tomarlos en cuenta cuando lo que se pretende es sistematizar con teorías y métodos definidos esas prácticas y cuando éstas y sus respectivos procedimientos constituyen un retrato eficaz de la manera de ser de un pueblo? Francamente nos inclinamos a tomarlos en cuenta.

¿Por qué? Porque ese modo de ser, esa manera de actuar (cultura) no se puede ni se debe dejarlos pasar desapercibidos por su vitalidad, ya que eso entrañan. Habrá de ser siempre una saludable experiencia y de una gran utilidad conocerlos bien.

Ello habrá —¿quién lo duda?— de reflejarse en actos normativos, pues esos y no otros efectos tendrán que resultar de los estudios administrativos; es decir, de la mera descripción de los hechos se pasará a las recomendaciones para que se conserven esos usos, hábitos o prácticas o para que se modifiquen.

En fin, esas fuerzas, esos obstáculos inmediatos, esos impedimentos que se presentan en nuestro continuo batallar, por amargos que aparezcan tienen caracteres singulares y permiten que el fenómeno se observe desde diversos puntos de vista por demás interesantes entre otros: el psicológico y el sociológico. No dejará de ser ventajoso para las posibles soluciones que se den a los problemas.

⁸ Merkl. A. *ob. cit.* pág. 146.