

SOCIEDAD Y ESTADO EN EL PENSAMIENTO DE SCHINDLER

TENEMOS entre las manos la segunda edición (Zürich, 1944) del *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, de Dietrich Schindler, profesor de Derecho Público en la Universidad de Zürich. Nada se dice en este libro que no estuviese ya contenido en su primera edición de 1931. Pero, o bien porque carecemos de su versión castellana, o porque en la doctrina española no se ha hecho de él el suficiente eco, creemos que no serán intempestivas las consideraciones que siguen.

1.^a Dice Ortega, en el prólogo a la traducción española de un libro de Rickert (1), que es característica de las escuelas filosóficas que surgen en Alemania, coincidiendo más o menos exactamente con la generación de 1880, una nota de relativo anacronismo. Agotado el pensamiento filosófico como consecuencia del primado de la concepción positivista y materialista (2), no quedaba otro camino a la joven generación que volver a «los sistemas del más reciente clasicismo». Entre ellos, y para lo que a nosotros interesa, Kant y Hegel.

Las posturas filosóficas, que de entonces acá adquieren una mayor importancia, no podían dejar de influir en la construcción de la filosofía y la ciencia jurídica. Particularmente el neokantismo llega a su máximo auge con la escuela jurídico-formalista de Viena y, sobre todo, con el cabeza visible de la misma, Hans Kelsen.

A su vez, la reacción antikantiana no se deja esperar. Desde distintos campos, y fundamentalmente desde el sociológico,

(1) *Ciencia cultural y ciencia natural*, Col. Austral, 1943.

(2) Nuestros dioses han sido —decía Larnaude en 1910— Comte y Spencer. Vid. Larnaude, *Les méthodes juridiques*, 1911, pág. 59.

se intenta demostrar la falacia de su postura y lo inadmisibile de su extremismo. Después de Hermann Heller puede decirse que se ha restablecido otra vez el desequilibrio que, en un principio, había logrado a su favor el golpe audaz de Kelsen.

Mas ¿qué hacían mientras tanto los neohegelianos, si es que los había en el campo del Derecho? Ya es sabida la popularidad alcanzada por la dialéctica de Hegel al ser aplicada por Marx en su versión materialista. Pero ya no es tan conocida, al menos por lo que a España se refiere, la utilización que de la misma hace Schindler para intentar una superación de la polémica crucial entablada en el campo del Derecho y que para él lo es la relativa a la separación efectuada entre lo normativo y lo sociológico, avivada por las disputas de los normativistas y los sociologistas.

Basta esto para darnos una cabal cuenta del interés que el libro de Schindler puede representar. Pero no sólo es interesante en él su contenido, sino las consecuencias que pueden sacársele. Más que una postura, Schindler es un semillero de posturas.

2.^a Veamos, en primer lugar, en qué consiste lo original de la postura de Schindler.

Ante todo, Schindler ensaya un nuevo método. No olvidemos que la postura kelseniana frente a la cual se sitúa en abierta polémica es, ante todo, una postura metodológica, hasta el punto de que ha podido decirse que en Kelsen el Derecho no es sino un mero producto del método empleado para investigarlo. Ahora bien: el más grave pecado del método normativo puro es su unidimensionalidad. Cabalmente, el mismo pecado en que incurren las teorías sociológicas que tratan de combatir a Kelsen desde un extremo totalmente opuesto, como, por ejemplo, las de Eugen Ehrlich's y Franz W. Jerusalem.

Todas estas teorías tratan de buscar *un solo* principio como conductor de la vida social. Pero precisamente en la simplicidad y claridad del cuadro que resulta —dice Schindler— está el peligro: la apariencia de verdad, la eficacia sugestiva y, sobre todo, la falsedad. Porque es hora de decir que estos sencillos cuadros no ven la realidad en su plenitud. Del es-

pectro de los diferentes colores sólo ven uno, permaneciendo ciegos para los demás (3).

Ahora bien: ¿cabe considerar las extremas posiciones del normativismo y el sociologismo jurídico como puntos de partida para una posterior evolución? Porque ambas tienen el carácter de posibilidades polares que no admiten posterior evolución, ambas son inadecuadas para comprender la total realidad del Derecho, y, sin embargo, ambas se complementan mutuamente. ¿Puede darse entonces un método que reconozca ambos puntos de vista en su relativa certeza, pero que intente unirlos en forma fructífera para el conocimiento? Este es, sencillamente, el intento de Schindler.

El núcleo de la cuestión está en que en la misma medida en que se toma un punto de vista unilateral, el contacto con la realidad se pierde. Cuanto más pura aparezca la metodología normativa, tanto más fundamentalmente ha perdido el contacto con la realidad sociológica; cuanto más naturalista aparezca el método sociológico, tanto más apartado de la realidad espiritual aparecerá. Además, ambos métodos ofrecen la particularidad de que por la mera adición de uno y otro no se constituye el cuadro total de la realidad social. Más bien es la cuestión acerca de la forma de su unión lo que constituye el problema propio del conocimiento de lo social (4).

La solución a los problemas que lo anterior plantea está, para Schindler, en la aplicación del método dialéctico. Sólo de esta forma se obtiene la necesaria coordinación de los distintos puntos de vista, al dejar de estar éstos mera y casualmente agregados.

La justificación del método dialéctico es clara y evidente. Todo método unilateral deja sin conocer un gran resto para el que no hay solución. Ser y deber ser, realidad y valor, ley natural y norma, y tantos otros conceptos, se enfrentan antinómicamente, están llenos de incompatibilidad, no pudiendo ser reducidos el uno al otro. Y, sin embargo, ambos son igualmente necesarios para pensar y, además, en la realidad, siem-

(3) Schindler, *op. cit.*, pág. 2.

(4) *Op. cit.*, págs. 5 y 6.

pre se dan unidos, lo cual prueba que algo falla en los métodos empleados para la captación de la realidad que conducen a estas antinomias insolubles.

Según Hegel, la antinomia consiste en un modo formal del pensar que fija los dos momentos de una idea por separado, inadecuadamente a la idea y no ajustándose a la realidad. Por eso, es la dialéctica la que lleva en sí la solución al comprender ambos polos como miembros correlativos de una unidad interior. Mediante el método dialéctico se superan, pues, sin disolución monística, las antinomias conceptuales, proporcionando aquel máximo de conocimiento de la realidad que en estas cosas puede ser alcanzado (5).

De forma menos clara y rotunda, el método dialéctico ha sido parcialmente utilizado en las ciencias sociológico-jurídicas. El propio Schindler reconoce que esto es así, y cita como predecesores a Gierke, que ya en 1874, al poner las bases para una ciencia del Estado, decía de su propio punto de partida que trataba de resumir «los conceptos fundamentales opuestos de las orientaciones que hasta ahora se compartían, resumiéndolos en una unidad», y, más recientemente, a T. Litt, Freyer, R. Smend, W. Schöpfer, y, en cierta manera, C. Schmitt y H. Heller.

¿Qué nueva aportación para la concepción del Derecho se logra mediante la utilización del método dialéctico que preconiza Schindler? En realidad se intenta resolver el problema fundamental de la *relación entre el Derecho y la Realidad*. Para ello hay que dirigir, en primer lugar, una mirada a la estructura interna del Derecho y comprobar su formación dialéctica. En segundo lugar, la investigación ha de dirigirse a la problemática exterior, al Derecho, esto es, a la determinación de las relaciones paralelas y compensatorias entre lo jurídico y lo extrajurídico que la realidad social total ofrece (6).

En el primer sentido, es decir, con referencia a la estructura interna del Derecho, el punto de partida para la investigación de la formación dialéctica del Derecho es la antinomia.

(5) *Op. cit.*, págs. 7 y 8.

(6) *Op. cit.*, págs. 13 y sigs.

que existe entre ser y deber ser, realidad y valor, método sociológico y método normativo. Y la afirmación de Schindler es que el pensar no puede pararse en esta antinomia, pues en el Derecho siempre están unidos lo normativo y lo sociológico. La norma posee, ciertamente, un inmanente sentido desde el punto de vista de la legalidad, pero es preciso que lo sobrepase y llegue a tocar la realidad del ser exterior. *Una norma se hace norma solamente por su relación con la realidad en que ha de formarse.* Al cesar esta relación la norma deja de existir. O, lo que es igual, si intentamos interpretar el pensamiento de Schindler, diremos que es absurdo oponer los conceptos «norma» y «realidad sociológica», ya que el abstracto «norma» sólo se hace «norma jurídica» precisamente al entrar en contacto con esa realidad social de que se la quiere separar.

Nos encontramos, por tanto, en la extraña situación de que, por un lado, lo normativo y lo sociológico, según parece, existen lo uno al lado de lo otro como sistemas incompatibles, recíprocamente irreductibles y sin una raíz común, pero, por otra parte, siempre existen unidos en el objeto del conocimiento, en el Derecho. Se trata de momentos diversos cuya unidad está en el Derecho. Esto es —afirma Schindler— lo que nunca puede comprender el pensamiento unidimensional (7).

En un segundo sentido ya decíamos que había de plantearse, junto a la problemática interna del Derecho, el problema de sus relaciones con lo extrajurídico. Esto, para Schindler, es consecuencia obligada de la concepción que adopta. El Derecho es la unidad dialéctica de diversos momentos. En la simultaneidad del conjunto y en la mutua tensión de los momentos se manifiesta su relación dialéctica. Pero, al mismo tiempo, en el hecho de que estos momentos, tomados en sí cada uno, no tengan nada de específicamente jurídicos, sino que exceden del campo de lo jurídico, se muestra la dependencia del Derecho con la totalidad del ser y acontecer social y humano. Pues no es el momento en sí, como dice Schindler,

(7) *Op. cit.*, pág. 16.

sino su concatenación con el conjunto lo que es característico para el Derecho (8).

Veamos ahora el rigor con que plantea Schindler el problema de estas relaciones. Ciertamente que, por razones metodólicas, conviene distinguir entre Estado y Sociedad. Pero la forma tradicional, en que se han venido oponiendo estos conceptos, es absolutamente errónea. Estado y Sociedad forman un todo, mezclado el uno y la otra necesariamente de la misma forma como acaso en el organismo humano lo estén los corpúsculos rojos y blancos de la sangre. Así, pues, más vale evitar la idea de sociedad como algo al lado del Estado, debiéndose hablar, con relación al todo, de lo *extraestatal*, si se toma el punto de vista de lo estrictamente estatal (de lo que, entre nosotros, llamaría Giner el «Estado oficial»), o de lo *extrajurídico*, si se toma el punto de vista del Derecho (9).

De cuanto se ha dicho hasta ahora resulta claro que se debe rechazar toda concepción que tienda a pintar lo jurídico y lo extrajurídico como dos unidades cerradas. Pero hay que evitar, además, otros dos errores: el de creer que el Derecho sea una superestructura de lo extrajurídico o el de creer que lo jurídico sea la «parte activa» y lo extrajurídico la «parte pasiva». Porque, si bien es cierto que ha de concebirse el Derecho como potencia ordenadora, también lo es que *en lo extrajurídico se dan factores conservadores o disolventes de un orden*. Y lo extrajurídico es de importancia para el Derecho, precisamente por contener esos factores.

Esto sentado, conviene ya indicar que el Derecho (lo jurídico) está, con respecto a lo extrajurídico, bien en una relación *paralela*, bien en una relación *complementaria*. Paralela cuando continúa, asegura, refuerza o compone orgánicamente los factores extrajurídicos de la sociedad; complementaria cuando realiza precisamente aquello que extrajurídicamente no se realiza, cuando añade a lo extrajurídico lo necesario para completar el todo social.

El paralelismo de lo extrajurídico y lo jurídico se manifiesta

(8) *Op. cit.*, pág. 55.

(9) *Op. cit.*, pág. 62.

ta, en la mayoría de los casos, en el Derecho privado y en el internacional. Las normas de estos terrenos jurídicos son la expresión de intereses colectivos de término medio; su tendencia de servir a lo extrajurídico se manifiesta en su carácter de Derecho dispositivo, que se retira tan pronto como una regulación distinta de la legal convenga a las partes.

La relación complementaria, en cambio, la encontramos más frecuentemente en el Derecho público, el cual, por este motivo, es un Derecho coactivo. Las prestaciones que el particular, por sí mismo, no cumpliría, le son impuestas como deberes públicos jurídicos. Ciertos actos que el particular realizaría se prohíben, penándose su comisión.

En realidad, Schindler descarta, como tema de su libro, el hablar de las relaciones de paralelismo. De otra parte, han sido convenientemente tratadas por la literatura, que concibe el Derecho como superestructura de lo social. En cambio, si se ocupará de los fenómenos complementarios, ya que no se limitan a fenómenos de superficie, sino que en ellos se manifiesta la *polaridad* de lo social (10).

La polaridad, que puede referirse a las *estructuras* y a las *funciones*, se manifiesta en una serie de cualidades contrarias (individualismo-colectivismo, autonomía-heteronomía, igualdad-distinción, *derecho-poder*, *derecho-justicia*, etc...), lo cual no quiere decir contradictorias. Los dos polos no se anulan, sino que son correlativos y se dan simultáneamente en una estructura social con vida. Precisamente la realidad de lo social se encuentra en el terreno de tensión entre ambos polos. Y de la *compensación* entre ellos depende la salud social.

Comprendiendo esta idea de compensación a que se acaba de hacer referencia se explica perfectamente la variabilidad del Derecho de un lugar a otro y su evolución en el tiempo. La base de estas variaciones está en que los elementos estructurales y las funciones están en un momento determinado diferentemente repartidos entre lo jurídico y lo extrajurídico, pero en una relación compensatoria. Así, por ejemplo, si el Derecho es liberal entonces la tendencia a la sujeción se encontrará en

(10) *Op. cit.*, págs. 65 a 70.

lo extrajurídico; si el derecho es no liberal entonces la tendencia al desenfreno se encontrará en lo extrajurídico. O sea, y para emplear las mismas palabras de Schindler, que «el Derecho aparece, considerado aisladamente, diferente de un lugar o un tiempo a otro, apareciendo frecuentemente como contradictorio; pero si se le considera como unidad, juntamente con lo extrajurídico que le rodea, entonces dichas diferencias se convierten en desplazamientos de acento dentro de un todo constante» (11).

Lo jurídico y lo extrajurídico, pues, se complementan; lo que a una de estas partes le falta debe realizarse en la otra, y viceversa. La relación compensatoria resalta más bajo las constituciones de signo radicalmente unilateral como una democracia muy avanzada o una dictadura. La estructura polarmente opuesta en cada caso —en el caso de la democracia, la sujeción, y en el caso de la dictadura, la tendencia al libertinaje— se encuentra, al menos virtualmente, en lo extrajurídico. Cuando esto se da la forma del Estado se hace cuestionable.

Es fácil descubrir cómo en las dictaduras, formas casi puramente puras, se produce una gran tensión entre lo estatal y lo no estatal. Así, el fascismo, que ha sido pensado, teórica y estatalmente, de modo unilateral, surgió cabalmente para hacer desde el polo opuesto lo que no había conseguido el parlamentarismo. Pero también los elementos estructurales opuestos al fascismo le sirven de base: es el Estado en ruinas anterior a la marcha sobre Roma, la amenaza de disolución del orden social, la ineptitud del gobierno, lo que sirve a la energía fascista, de estimulante y punto de partida.

Más clara resulta la contraposición en el bolchevismo. Hasta tal punto es una negación del mundo burgués y capitalista que, para comprenderlo es necesario añadir conceptualmente estas nociones a las de aquél (12).

3.^a Creemos que con lo expuesto hasta aquí cabe hacerse una idea aproximadamente exacta del pensamiento de Schindler. Al menos en cuanto se refiere a su postura metódica, a la pro-

(11) *Op. cit.*, pág. 72.

(12) *Op. cit.*, págs. 73 a 75.

blemática interna del Derecho y al problema, que consideramos fundamental, de las relaciones entre lo jurídico y lo social.

Mas ya decíamos al comenzar estas líneas que para nosotros lo más interesante de Schindler son las sugerencias que su libro contiene. De esta forma, por nuestra cuenta ahora, vamos a intentar llamar la atención sobre una serie de posibles consecuencias. Y recordando el doble par de expresiones utilizadas por Schindler (jurídico-extrajurídico y estatal-extraestatal) vamos a referirnos, en primer lugar, a una cuestión que interesa al Derecho, para abordar después cuestiones relacionadas con la política.

A) SOBRE LA DISTINCIÓN DEL DERECHO EN PÚBLICO Y PRIVADO

Generalmente la literatura sobre esta materia se limita a señalar una serie de «criterios de distinción» entre el Derecho público y el privado, o de las normas que constituyen uno y otro. Pero el problema etiológico, relativo al *porqué* de la distinción, pocas veces es tratado. En todo caso, como hace Sánchez Agesta, se dice que los fundamentos de tal distinción son políticos, sin que se pueda *a priori* determinar —y en ello tiene razón— una serie de normas que necesariamente hayan de pertenecer a uno u otro campo.

Ahora bien, nosotros hemos visto hace un momento cómo Schindler señala la posibilidad de existencia de dos tipos de relaciones entre lo jurídico y lo extrajurídico: paralelas y complementarias. Y cómo descubre que cabalmente a éste segundo tipo de relaciones pertenecen la mayoría de las que generalmente se consideran normas de Derecho público. Veamos hasta qué punto al insistir en este argumento puede salir luz para el problema que ahora nos preocupa.

Cuando Schindler nos habla de la posibilidad de ese doble tipo de relaciones, paralelas y complementarias, no nos indica si entre ambas se da una prioridad lógica o cronológica, ni tampoco nos resuelve el problema de si existe alguna exigencia objetiva para que, en un momento determinado, se dé uno

u otro tipo de relación. Sin embargo, estimamos que es justamente aquí donde debemos insistir.

En primer lugar, hemos de reconocer la prioridad de las relaciones paralelas frente a las complementarias. Se puede afirmar, de esta forma, que el Derecho público (que es el que, en su conjunto, forman las relaciones complementarias) es *supletorio*. Y ello en el sentido de que con anterioridad a que determinadas relaciones sean reguladas por normas de Derecho público, con todo lo que esto significa, se ha dado una especie de *opción* a la sociedad (a lo extrajurídico) para que «se baste por sí misma». Este es el problema de política legislativa que se presenta actualmente al abordar cualquier cuestión, y esto es también lo que ha ocurrido históricamente.

Lo anterior no quiere decir sino que históricamente la evolución de los pueblos puede dividirse en dos etapas claramente diferenciadas: 1.^a, la que comprende la evolución de una sociedad en su marcha ascendente hacia la conquista de un sistema de normas jurídicas, en su mayor parte *paralelas*; 2.^a, etapa de publicación del Derecho, que supone una absorción de lo extraestatal a favor de lo estatal, pasando a primer plano las relaciones de complementariedad (13).

Decíamos también que la opción a favor de lo extraestatal se descubre actualmente en los problemas que se plantean a la política legislativa de un país. Así, piénsese como toda decisión legislativa favorable a la sustitución de un sistema de normas paralelas por normas complementarias, o, dicho de otra forma, toda decisión que lleve por consecuencia el aumento del intervencionismo estatal va precedida de una «exposición de motivos» en la que se trata de justificar la nueva intervención.

(13) Esto está perfectamente de acuerdo con la tesis de Hauriou, cuando subrayaba como ley histórica la marcha irreversible de los pueblos de la aristocracia al imperio administrativo, pasando por la democracia. La aristocracia, como forma de una comunidad política, no es sino la politización de los propios poderes sociales, así como la consecuencia de todo imperio administrativo (piénsese en el caso de la Rusia actual) es la formación de clases o categorías sociales compuestas por funcionarios: es la apoteosis de la influencia de lo estatal sobre lo extraestatal.

El fondo de todas estas justificaciones, que tan acostumbrados a leer estamos actualmente, consiste cabalmente en manejar el argumento de que la opción a favor de lo extraestatal se dió ya. Por esto se ha convertido ya en «slogan» legislativo decir que «puesto que la iniciativa privada ha fracasado en la realización de tales o cuales actividades...», o que «la empresa que ahora se pretende realizar excede de las posibilidades privadas...».

Este razonamiento es más difícil de descubrir en aquellos casos en que se apela directamente a la existencia de un «interés público», «general» o «nacional». Aquí, efectivamente, se descarta de plano y sin discusión previa toda posibilidad de que el servicio público se realice de otra forma que no sea estatalmente. Mas pensemos que aquí lo que ocurre es que ese concepto de cuño administrativista —el «interés general»— se nos ofrece actualmente como un concepto «solidificado», lo cual no obsta a que siempre no haya sido así. Ha habido momentos en que este interés ha sido hasta tal punto el interés de un estamento o clase del Estado (durante el Estado estamental que precede al Estado moderno postrenacentista), en cuanto se refiere a determinados servicios, que la intervención de los poderes típicamente estatales en la realización de los mismos era poco menos que insignificante. O sea, la opción previa a favor de los poderes sociales se ha dado históricamente. Después ha cambiado la estructura de lo extraestatal (de la sociedad), y, por consecuencia, el tipo de sus relaciones con lo estatal también se ha modificado.

Ahora bien: junto a la cuestión de la prioridad de las relaciones paralelas con respecto a las complementarias, planteábamos también el problema de qué clase de exigencias objetivas determinan la aparición de las relaciones complementarias para regular un determinado género de asuntos, o, empleando una terminología más conocida, ¿qué clases de exigencias determinan la ampliación del círculo de vigencia de las normas del Derecho público?

Después de cuanto hasta ahora llevamos dicho aparece clara la respuesta. Si en un momento determinado las meras fuerzas sociales (lo extraestatal) no pueden atender a la carga:

que significa realizar las necesidades del «todo» (lo estatal más lo extraestatal, es decir, la comunidad organizada en Estado), se producirá automáticamente una *compensación* que determinará la intervención de las fuerzas estatales. Porque es necesario advertir que lo estrictamente estatal, lo que Hauriou denomina «régimen de Estado», lo que para Giner era el «Estado oficial», no es sino un gran acumulador y distribuidor de fuerzas sociales que el hombre ha construido reflexivamente para atender a unas necesidades cada vez más crecientes del «todo».

Son, pues, estas necesidades del todo social las que originan la publicación del Derecho. Pero aún hemos de añadir algo más. Puesto que para satisfacerlas ya hemos dicho que se ofrece una especie de derecho de opción a favor de lo extraestatal, quiérese decir que, en realidad, la exigencia que fundamenta la norma jurídico-pública está en la falta de adecuación entre las tareas a realizar como propias de la comunidad total y la estructura y fuerzas sociales (extraestatales) en un momento determinado.

Nos queda ahora solamente intentar la comprobación de que, en efecto, esto está de acuerdo con la realidad. Para ello, y a modo de ejemplo, nos vamos a referir a dos cuestiones: el crecimiento de los servicios públicos y la publicación del contrato de trabajo.

a) La historia de la Administración moderna en los diversos países del mundo civilizado es la historia del crecimiento de los servicios públicos. Larnaude ha podido hablar de una «ley del crecimiento de las funciones del Estado» (14), que, ciertamente no es muy difícil de comprobar. Esta ley tiene su fundamento en la esencia misma de lo que es el servicio público. En razón de su regularidad y continuidad, que, en frase de Hauriou, tiene algo de impresionante, el servicio público se hace substratum de la vida privada. Desde el momento en que se establecen, los servicios públicos se convierten en un elemento de la vida civil, es decir, que los particulares

(14) Larnaude, *Le droit public. Sa conception. Sa méthode*, en «Les méthodes juridiques», París, 1911, pág. 56.

toman el hábito de «contar con el servicio», y, al mismo tiempo se deshabitúan a proveer por sí mismos a ciertas necesidades. Esta tendencia del servicio público hacia la permanencia es, al mismo tiempo, el primer paso hacia la proliferación (15).

Pero a nosotros lo que nos interesa no es comprobar este hecho que por tantos ha sido comprobado. Buscamos cabalmente probar que el crecimiento de los servicios públicos, que es uno de los motivos de la ampliación del círculo del Derecho público (sobre todo en cuanto al Derecho administrativo se refiere), es consecuencia, de una parte, de las transformaciones operadas en el seno de lo extraestatal, en lo social, y, de otra, de la insuficiencia radical de lo extraestatal para la consecución de ciertas metas propuestas. Es claro que late en toda esta construcción esa idea de «compensación» que hemos visto desempeñar tan importante papel en la postura de Schindler. Mas hemos de señalar que en nosotros va a tomar un acento especial, porque la idea que nos resulta evidente, cuando de señalar las relaciones entre lo estatal y lo social se trata, es la de «interacción».

Sir Ernest Barker, que traza un cuadro de la evolución de los servicios públicos en Europa verdaderamente sugerente, dice que en 1660, fecha que sirve de arranque a su pequeña historia, lo característico de la idea de Estado se manifiesta en esta triple afirmación: el Estado es una *familia*, el Estado es *propiedad* y el Estado es *sociedad* (16). Por nuestra cuenta nos atrevemos a añadir que el Estado es entonces, y sobre todo, esto último: *sociedad*. La esfera de lo extraestatal era notoriamente superior a la de lo estatal; por esto la acción de aquélla sobre ésta, hasta el punto de que en las tres notas a que Barker se refiere no hay absolutamente ninguna que pertenezca genuinamente al Derecho público.

Pero a partir de ese momento una profunda transformación se va a operar en la estructura y fuerzas sociales. La aristocracia comienza a quedar sin funciones desde que las más

(15) Hauriou, *Principes de Droit public*, 2.^a edición, 1916, pág. 573.

(16) Barker, *Los servicios públicos en Europa*, trad. esp., 1948, páginas 21-22.

importantes de ellas, como equipar y mantener ejércitos, se desprenden de sus manos. Incluso en aquellos países donde por más tiempo se mantiene en ciertas funciones, como en Inglaterra las relativas al gobierno local, llega un momento en que acaba su vieja razón de ser al sustituirse el sistema del *self-government* basado en la representación aristocrática por la elección democrática.

La marcha de la aristocracia hacia la democracia que acusan los tiempos modernos es definitiva para la ampliación del círculo del Derecho público. Que nosotros sepamos, no se ha puesto suficientemente de relieve la conexión entre el advenimiento de la democracia y la publicación de las relaciones jurídicas. No obstante, esto es evidente. Porque la democracia, en la forma individualista en que se manifiesta en el siglo XIX, lleva consigo una disolución de antiguas fuerzas sociales (extraestatales) cuya consecuencia es la automática compensación por parte de lo estatal. Tiene todos los caracteres de una verdadera ley histórica la afirmación de que al desaparecer los poderes sociales se produce un crecimiento del llamado «Estado oficial».

La progresiva profesionalización de los oficios públicos es una prueba más de la tesis que exponemos. Por una parte, es la consecuencia del fallo de los poderes sociales en el desempeño de las funciones públicas; al propio tiempo —y con ello se demuestra una vez más la interacción entre lo social y lo estatal— los nuevos funcionarios públicos reclaman para sí una posición social; en Francia va a aparecer, compuesta por ciertas categorías de ellos, una «noblesse de robe».

En segundo lugar decíamos que el crecimiento de los servicios públicos es una consecuencia de la radical insuficiencia de lo extraestatal para la realización de las nuevas necesidades. Entre otras cosas, porque ahora estas necesidades se van a predicar de la *nación*, ese nuevo *substratum* del Estado que aparece después de la Revolución francesa con pretensiones de borrar definitivamente los vestigios de la estructura estamental, y, además, porque el Estado va a tener conciencia de las diversas relaciones que en su estructura social se dan. Es en este sentido como hay que interpretar la afirmación de L. von.

Stein, de que apenas nacido el Estado está destinado a tener una decisiva influencia en la regulación de las relaciones entre las distintas clases sociales, ya que es el representante de todo el organismo político, de toda la comunidad social. Y esta labor está encomendada a un organismo administrativo cada vez más poderoso (17).

b) Precisamente lo últimamente dicho nos sirve para enlazar con la segunda de las cuestiones que nos proponíamos examinar: la de la publicación del contrato de trabajo.

No hay duda de que en esta materia se ha verificado esa opción a favor de lo extraestatal a que con tanta insistencia nos hemos referido anteriormente. La primera consecuencia, a estos efectos, del individualismo democrático fué entender que el contrato de trabajo debía ser una resultante del libre juego de las fuerzas económico-sociales (extraestatales). Se establecía *paralelamente* un sistema de normas jurídicas supletorias.

Ha sido tan relevante el desequilibrio social producido por este sistema para la salud del «todo», que necesariamente el sistema de normas paralelas ha tenido que ser sustituido, en su mayor parte, por un sistema de normas coactivas. Las relaciones entre lo estatal y lo extraestatal son ahora, en esta materia, *complementarias* en el sentido de Schindler.

En cuanto a si las exigencias que dan lugar a esta sustitución se ajustan a cuanto hemos dejado dicho en el apartado anterior, bástenos leer las páginas introductorias de cualquier tratado de Derecho social o del trabajo. Estamos cansados de leer en todos ellos idénticas consideraciones sobre las causas originadoras de la gran transformación que da lugar a la aparición como clase social del proletariado, etc., etc.

(17) Stein, *La Scienza della Publ. Amministrazione*, pág. 181.

B) SOBRE CIERTAS CONSECUENCIAS
POLÍTICAS DE LA POSTURA
DE SCHINDLER

Hemos visto que, con relación al problema fundamental de las relaciones entre Estado y sociedad, emplea Schindler dos pares de conceptos, que tratan de limar la antigua y tajante oposición: estatal-extraestatal y jurídico-extrajurídico. Independientemente de la terminología empleada nosotros hemos querido subrayar hasta ahora el acento jurídico de la disyunción, refiriéndonos a la separación del Derecho en público y privado. En lo que sigue señalaremos ciertos corolarios de la postura de Schindler que toda actitud política debe tener en cuenta, según nuestro parecer.

Estas consecuencias son: la primera, la que vamos a denominar «ley de las compensaciones»; la segunda, la relativa al problema concreto de las formas de gobierno.

a) Es sabido que en política caben dos actitudes fundamentales: la racionalista y la tradicionalista. La primera es idealista y, por tanto, apriorística y revolucionaria. Basta para ella con que el espíritu humano se crea en posesión de una verdad política deducida de la pura razón, para intentar inmediatamente la construcción reflexiva de las instituciones que la realicen. Desprecia el pasado y propugna la sustitución, incluso por vía revolucionaria, de las viejas instituciones. Es esta actitud, fundamentalmente, la que está en la base de todo el movimiento constitucionalista del siglo XIX.

Por su parte, la postura tradicionalista no tiene en cuenta tanto la verdad racional como la verdad histórica. Cree en la evolución más que en la revolución. Desprecia todo intento de someter la realidad en los moldes previos de una constitución escrita (lo cual, recuérdese el caso de Inglaterra, no quiere decir anticonstitucionalismo político). Considera las instituciones como un producto natural de la forma de ser un pueblo a través de la historia.

¿Qué interferencia en esta polémica puede representar el principio schindleriano de la compensación entre lo estatal y

lo sociológico? La «ley de las compensaciones» aplicada a esta materia se presenta como una exigencia inmediata: las instituciones políticas de los pueblos *son y deben ser* la compensación de la real estructura sociológica de esos pueblos.

Esto no es tradicionalismo, aunque lo explica. Y decimos que lo explica, porque el principio de la compensación es un argumento más a favor de la consideración de las instituciones políticas como una consecuencia de una estructura sociológica determinada. Pero no es tradicionalismo, porque en nada se opone a la reforma política. Lo único que hace es *condicionarla*.

Esto no es tampoco racionalismo, del cual está muy distante, por cuanto le hace sustituir el criterio de la «institución ideal» por el de la «institución que más se acomode a una determinada realidad». Desde el punto de vista de la práctica política estimamos que es ésta una consecuencia de la mayor trascendencia. Es, sencillamente, el desplazamiento de la *utopía* a favor de la *realidad*.

b) Dice Pérez Serrano que posiblemente la más sugestiva interpretación de la teoría de las formas de gobierno de Montesquieu se debe a Schindler. Sabido es que Montesquieu enumera las siguientes formas de gobierno: 1.ª, la Monarquía, que se basa en el honor; 2.ª, la República, en sus dos formas: la Aristocracia, que se basa en la Moderación, y la Democracia, basada en la Virtud; 3.ª, el Despotismo, cuya base es el Miedo.

Schindler puso de relieve que estos presupuestos a que se refiere Montesquieu (honor, virtud, moderación...) no son sino la compensación que en el ámbito social (extraestatal) requiere la forma de organización estatal.

Nosotros vamos a hacer uso, una vez más, de esta sustitución que realizamos de la idea de compensación por la de interacción. Es justamente esta interacción entre lo estatal y lo sociológico la que debe tenerse en cuenta, desde el punto de vista político, al abordar la cuestión de las formas de gobierno.

Y la conclusión a que debe llegarse es que a pesar de la denominación «formas de gobierno» no se trata de puras *for-*

NOTAS

mas. Pues cada forma, en lo político, es una consecuencia y, al propio tiempo, una exigencia frente a un contenido sociológico determinado. Por ello, hasta cierto punto, ha podido ligarse la idea de Monarquía a la de una sociedad aristocráticamente constituida, mientras que la República ha hecho pensar en una sociedad democrática desde el punto de vista sociológico.

FERNANDO GARRIDO FALLA

MUNDO HISPANICO

