

Administración pública y Sociedad

FERNANDO GARRIDO FALLA*

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

AUNQUE esto sea una forma de simplificar, convengamos en que el término sociedad apunta a una forma espontánea de convivencia humana; la Administración pública, en cambio, presupone una convivencia organizada. El problema está en determinar si ambas formas de convivencia constituyen simples etapas en la evolución de la sociedad humana, en la que la convivencia espontánea se corresponde con "los albores de la humanidad", en tanto que un proceso de perfeccionamiento progresivo conduce a una **sociedad organizada** en la que no queda otro margen para lo espontáneo que aquello que cabalmente la organización ha estimado conceder; es decir, estaríamos ante la espontaneidad organizada.

Una aproximación superficial al tema conduce **prima facie** a la aceptación de la teoría evolucionista que se acaba de enunciar. Por lo pronto, cuenta con el respaldo de la utopía del progreso que —más o menos acríticamente asumida— domina el saber convencional. Además, desde una perspectiva jurídica, explica (¿justifica?) el fenómeno de la progresiva publicización del Derecho: el principio de la autonomía de la voluntad queda reducido a ámbitos cada vez más estrechos y, por supuesto, subordinado en su propia existencia a un cambio legislativo que el **interés público** —tal como en cada momento plazca interpretar a los gobernantes— pueda justificar. En fin, la propia aceptación del principio **ubi societa, ibi ius** supone una práctica coetaneidad (o, al menos, inmediatividad) entre la existencia de la sociedad y el surgimiento del Derecho; ¿acaso el Derecho no es organización y, viceversa, la organización Ordenamiento Jurídico?

Sin embargo, la tesis que aquí se va a mantener pretende mantener diferentes valores reverenciales para cada uno de los términos en presencia: cuando hablamos de sociedad, admitimos unas formas de convivencia y una estructura social que no han sido necesariamente impuestas por el Ordenamiento Jurídico (pueden haber sido asumidas por él o, incluso, estar en discrepancia, como ocurre en tantas ocasiones históricas en que se pretende el cambio social desde el poder); su evolución histórica es "espontánea" en el sentido de que es el resultado de la tensión de fuerzas en conflicto de

* Granada, 1921. Cate-drático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Académico de número de las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas y Jurisprudencia y Legislación. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación.

intereses. Cuando hablamos, en cambio, de sociedad **organizada**, el acento lo ponemos en el segundo término. La organización política de la sociedad es el Estado; y —para lo que aquí importa— la Administración pública es un complejo organizado que forma parte del Estado; para ser más precisos, de su Poder Ejecutivo.

En definitiva: hay dos realidades —lo social y lo estatal— interrelacionadas entre sí, pero que coexisten diferenciadas: poderes sociales frente a poder político; costumbres y usos sociales, frente a Ordenamiento Jurídico; Sociedad y Estado.

Puesto que hemos utilizado hasta ahora tres conceptos —Sociedad, Estado y Derecho— cabría plantearse el estudio de un triple sistema de relaciones: Sociedad y Estado; Sociedad y Derecho; y Derecho y Estado. Puesto que el primero es el que aquí nos interesa, bástenos señalar nuestra postura en cuanto a los otros dos.

A) Aparte de las afinidades que para una concepción sociológica del Derecho —y esto es algo que los administrativistas no podemos pasar por alto— se encuentran en la teoría de la institución de Hauriou ("son las instituciones las que hacen las reglas de Derecho; no son las normas las que hacen las instituciones") y en el realismo jurídico de G. Jéze ("el Derecho de un país es el conjunto de reglas, buenas o malas, que, en un país y momento determinado, son aplicadas por los tribunales"), el sociologismo jurídico que aquí importa es el que explica las relaciones Sociedad-Derecho haciendo de aquélla fuente única del Ordenamiento Jurídico. A semejanza del historicismo jurídico (reducción de la investigación jurídica a investigación histórica), el sociologismo reduce la investigación jurídica a investigación sociológica: "observación, experiencia, constatación, análisis y comparación de los hechos, tal como se ofrecen en la realidad, sin inquirir principios superiores de la razón, con él fin de determinar las leyes a que aquellos responden" (Hernández Gil).

Las apelaciones que con frecuencia se hacen —quizás inconscientemente— a esta metodología ("hay que llevar al Código lo que ya está en la calle y en las costumbres") propicia un uso alternativo del Derecho que obviamente puede volverse, como un "boomerang", para golpear en la cabeza de sus predicadores. Baste un ejemplo: si el fraude fiscal está arraigado en las costumbres, ¿qué debe hacer el legislador, admitirlo o combatirlo? El sociologismo jurídico termina, pues, por ser paradójicamente una postura involucionista, que prescinde de la idea de justicia y de la utilización del Derecho para alcanzarla y, por tanto, contraria a nuestra Constitución (artículos 1^o.1 y 9.2).

B) El tema de las relaciones entre Estado y Derecho suele atraer también la específica atención de los administrativistas. Y está claro por qué: el condicionamiento jurídico de la

**NATURALEZA
DE LAS
RELACIONES
ENTRE LA
SOCIEDAD Y EL
ESTADO**

Administración por el Derecho o, si se prefiere, la explicación misma del Estado de Derecho como una conquista histórica, o como algo inherente a la naturaleza de las cosas (del Estado y del Derecho), depende del enfoque que demos a la cuestión.

a) La doctrina tradicional parte de la independencia conceptual entre Estado y Derecho. Es el Estado el que crea el Derecho, por lo que la sumisión del Estado al Derecho es una posibilidad histórica que **puede darse o no darse**; y, cuando se da, lo es a través de un proceso de **autolimitación** (G. Jellinek). Por lo demás, el Derecho es "norma de conducta" que postula, por ende, situaciones de alteridad; sólo por un fenómeno de expansión de sus propias posibilidades, el Estado de derecho ha convertido en materia jurídica la organización misma del Estado y de las Administraciones públicas.

b) Una demoledora crítica de la postura tradicional se debe a Santi Romano. La concepción del Derecho como "regla de conducta" no es sino la consecuencia de la visión unilateral de los privatistas; ahora bien, "el Derecho en lo que tiene de culminante y, casi podría decirse, de más esencial, es principalmente público". Y, desde este ángulo, lo primero que se descubre es la existencia de "ordenamientos jurídicos", concebidos no sólo como conjuntos de reglas, sino también como las complejas y varias organizaciones que producen, aplican y garantizan tales normas, aunque sin identificarse con ellas. Lo que debe, pues, subrayarse es que el Derecho no es sólo norma; es más, antes de ser norma es organización, estructura, es decir, institución. "Todo ordenamiento jurídico es una institución y, viceversa, toda institución es un ordenamiento jurídico; la ecuación entre estos dos conceptos es necesaria y absoluta".

c) En las sucesivas ediciones de mi **Tratado de Derecho Administrativo** he valorado —y criticado— la postura de Romano. El Derecho expresa una exigencia deontológica, mientras que la institución es un **hecho** (histórico o sociológico), y lo que es no puede confundirse con lo que **debe ser**. Pienso que no se ha puesto debidamente de manifiesto el carácter positivista de la doctrina de Romano; pues, apurando sus argumentos, nos encontraríamos en la necesidad de admitir que todo Estado, por el hecho de serlo, es Estado de Derecho. La más importante conquista del pensamiento político moderno —y de la evolución política de los pueblos— habría que echarla por la borda.

La distinción conceptual y real entre sociedad y Estado es un postulado del cual partimos. Ni siquiera el sociologismo jurídico afirma tal confusión, pues una cosa es negar al Estado su condición de auténtica fuente del Derecho y otra muy distinta negar su existencia real. El problema a resolver es el de determinar a quién corresponde la primacía (ontológica y axiológica), si a la Sociedad o al Estado. En este sentido, M. García-Pelayo se ha referido al papel de Lorenz von Stein —por cierto, máximo representante de la **Verwal-**

tungslehre, o Ciencia Administrativa, en el siglo XIX— en la construcción de la síntesis dialéctica de un proceso histórico espiritual que, desde el siglo XVII y paralelamente al desarrollo de la burguesía y al ascenso de su poder social, termina por afirmar la primacía de la Sociedad. Desde el punto de vista axiológico, L. von Stein se decide por la prioridad del Estado sobre la Sociedad, pues mientras "el principio del Estado" conduce a la libertad, el de la Sociedad conduce a la servidumbre; pero la Sociedad tiene sus propios impulsos y sus propias leyes, y es indiferente, hasta cierto punto, a los cambios de la estructura estatal. Un Estado, empero, que quiera estar a la altura de su tiempo no puede eludir enfrentarse con el gran problema de la época: la cuestión social.

Hay que subrayar cómo en estas ideas se encuentran las primeras formulaciones del "Estado social del Derecho", consagrado en el Art. 1^Q de nuestra Constitución. Ahora bien, ¿no significa de suyo esta terminología la confusión misma de los dos conceptos que con tanto énfasis queremos separar? La contestación es negativa, pero matizada. Teóricamente hay dos modelos que constituyen los dos extremos de una hipotética evolución: de una parte, el Estado-Sociedad; de otra, la Sociedad estatalizada. El Estado social equidista de ambos extremos. Como ha puesto de relieve Forsthoff, durante el siglo XIX la Sociedad constituye para la Administración un mero **dato**, condicionante de su actividad. Hoy, en cambio, la Sociedad constituye el primero de los problemas a tratar por el Estado. No se parte, como algo intocable, de la Sociedad, sino que se intenta su configuración para alcanzar un ideal de justicia.

Supuesto lo anterior, ¿cuál es la naturaleza de las relaciones entre Sociedad y Estado? Confieso que me resulta gratificante el hecho de que para continuar la discusión de este tema me sea útil volver a un trabajo de juventud publicado en 1949, con el título "Sociedad y Estado en el pensamiento de Schindler". En realidad se trata de un conjunto de reflexiones que la lectura de su monografía **Verfassungsrecht und soziale Struktur**, poco conocida en España, me había suscitado.

Schindler critica por unidimensionales, tanto el sociologismo jurídico, como el normativismo kelseniano. Al igual que L. von Stein en su tiempo (y fue un puro azar que el trabajo de García-Pelayo sobre von Stein y el mío sobre Schindler apareciesen en el mismo cuaderno de la "Revista de Estudios Políticos"), nuestro autor intenta la solución del problema mediante la aplicación del método dialéctico hegeliano. 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 positiva, y tantos otros conceptos, se enfrentan antinómicamente sin que puedan ser reducidos el uno al otro. Y, sin embargo, ambos son igualmente necesarios para el pensamiento teórico y, además, en la realidad

siempre se dan unidos, lo cual prueba que algo falla en el método utilizado. Pues bien, ¿cuál es la aportación de Schindler? En primer lugar, hay que dirigir la 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. Ciertamente que por razones metodológicas conviene distinguir —nos dice Schindler— 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 de Estado, debiéndose hablar, con relación al todo, de lo **extraestatal** —si se toma el punto de vista de lo estrictamente estatal— o de lo **extrajurídico**, si se toma el punto de vista del Derecho.

Aparte de rechazar, pues, toda concepción que tienda a describirlo jurídico (o estatal) y lo extrajurídico (o social) como dos unidades cerradas, 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 deba concebirse al Derecho como potencia ordenadora, también lo es que en lo extrajurídico (social) se den **factores conservadores o disolventes de un orden**. Esto sentado, hay que indicar que el Derecho (lo estatal) está, con respecto a lo extrajurídico, bien en una relación **paralela**, bien en una relación **complementaria**. Paralela, cuando continúa, asegura o refuerza los factores extrajurídicos de la sociedad; complementaria, cuando realice precisamente aquello que las fuerzas sociales no realizan, es decir, cuando añade a lo extrajurídico lo necesario para completar el **todo social**. La relación paralela constituye —desde la perspectiva jurídica— el Derecho privado que en buena medida es un Derecho dispositivo; la relación complementaria, en cambio, la encontramos más frecuentemente en el Derecho público que, por este motivo, es un Derecho coactivo.

Lo que hay que subrayar es que, para nuestro autor, los fenómenos complementarios no son simples fenómenos de superficie, sino que en ellos se manifiesta la **polaridad** de lo social, una nueva idea de la que también pueden extraerse importantes consecuencias. La polaridad, que puede transferirse a las **estructuras y a las funciones**, se manifiesta en una serie de cualidades contrarias (individualismo-colectivismo, autonomía-heteronomía, igualdad-distinción, Derecho-Poder...), 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 se explica, por ejemplo, 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, la tendencia a la sujeción se encontrará en la sociedad: si el Derecho es autoritario, la tendencia al desenfreno se encontrará en lo extrajurídico. Lo jurídico y lo extrajurídico, pues, se complementan: las deficiencias en uno de dichos planos, deben completarse en el otro.

Que la distinción conceptual entre Sociedad y Estado sea una simple consecuencia metodológica, quizás sea una afirmación discutible. A mi juicio, tan real es el Estado como la Sociedad; y cabalmente por eso es importante analizar el sentido de sus relaciones. La idea de la **compensación** es, a tales efectos, una aportación absolutamente positiva y, aun introduciendo variaciones en la perspectiva de Schindler, sirve al jurista —especialmente al administrativista— para iluminar importantes parcelas de su especialidad; en particular, las relativas a la estructura socio-política del Estado y al papel más o menos intervencionista que, según el lugar y el momento histórico, desempeña la Administración.

La idea de la compensación entre lo estatal y lo social representa una visión **estática** del todo político-social. Es, en cierto sentido, descriptiva de **lo que** es en un momento determinado; pero pienso que no nos explica cómo se ha llegado a ese resultado. Tomando los propios ejemplos de Schindler, ¿es el Derecho (o el Estado) autoritario porque hay libertinaje en la Sociedad, o el desenfreno social es el resultado del autoritarismo? Es necesario, por eso, completar la idea de compensación con la de **interacción**. Las energías de la Sociedad modelan el Estado; viceversa, el poder político configura la Sociedad. No es posible decir **a priori** quién triunfa en esta tensión de fuerzas; lo que la Historia nos muestra es la existencia de dicha tensión y su tendencia evolutiva. El análisis concreto nos puede ilustrar acerca del momento de la evolución en que nos encontramos.

Ya Hauriou subrayó, como ley histórica, la marcha irreversible de los pueblos de la aristocracia al imperio administrativo, pasando por la democracia. La aristocracia, en su genuino sentido socio-político, no es, en efecto, sino el ejercicio del poder político por los poderes sociales: aquí, de acuerdo con lo que antes se dijo, es la Sociedad la que modela al Estado. Por el contrario, la consecuencia del "imperio administrativo"—como el ejemplo de la Unión Soviética demuestra— es la formación de clases o categorías sociales compuestas por funcionarios (la **Nomenklatura**): es la apoteosis de la influencia de lo estatal sobre lo extraestatal.

LA COMPENSACIÓN DE ESTRUCTURAS

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**. 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. Aunque se trata de una simplificación excesiva, es significativa.

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 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. No se ha puesto suficientemente de relieve la conexión entre el advenimiento de la democracia y la publicización 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. 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 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".

El crecimiento de los servicios públicos que caracteriza la historia de la Administración pública moderna no es sino la consecuencia de la radical insuficiencia de "lo extraestatal" para la satisfacción de las nuevas necesidades públicas. Por exigencia de las propias ideas sobre las que se monta —sobre todo la preocupación por el aseguramiento de la libertad individual—, el Estado constitucionalista, en su primera

etapa, da lugar a una Administración pública auténticamente abstencionista. La actividad administrativa se pretende reducir al mínimo y, desde luego, todo intento de injerencia en el mundo de las relaciones (económicas o sociales) entre los particulares está de antemano condenado en virtud del dogma fisiocrático del **laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui même**. Al Estado y a su Administración únicamente compete asegurar el orden público, única condición precisa para que el juego de las fuerzas sociales y económicas se desarrolle normalmente. Es, como puede verse, una misión de simple gendarme la que caracteriza al Estado en esta etapa administrativa.

Pero el liberalismo abstencionista no podía prolongar su reinado durante mucho tiempo. Por vía de excepción se justifican una serie de intervencionismos administrativos que, en determinadas materias, vienen a significar la quiebra de la tesis abstencionista. Así, la Administración se encuentra en la necesidad de emprender por sí misma grandes obras públicas (principalmente para montar el sistema de comunicaciones) que, por su volumen o falta de rentabilidad, no iniciaban los particulares, no obstante la necesidad que la comunidad sentía; en materia de beneficencia, al secularizarse los bienes eclesiásticos en los países protestantes y por consecuencia de la desamortización en los países católicos, el Estado se encuentra impelido a subrogarse en las atenciones que con anterioridad habían estado a cargo de la Iglesia, de donde surgen nuevos servicios públicos antes innecesarios; en materia de enseñanza, al implantarse la obligatoriedad de la instrucción elemental y, por ende, su gratuidad, han de surgir los servicios públicos de enseñanza, etc. En cada caso hay una explicación concreta para el fenómeno intervencionista, pero en el fondo siempre se trata del común argumento de la perentoriedad de satisfacer ciertas necesidades de interés general: lo que no hace la Sociedad ha de **compensarse** por el Estado.

Sería equivocado creer que la multiplicación de los servicios públicos y el creciente intervencionismo administrativo que en adelante han de significar nota decisiva en la caracterización de la moderna Administración pública, son la consecuencia de una ideología previa de carácter político que venga a imponerlos con su triunfo. Como ha señalado Jordana de Pozas, durante más de cincuenta años la indudable extensión del actuar administrativo tuvo efecto bajo Gobiernos constituidos por partidos liberales y conservadores. Baste recordar que uno de los aspectos más sugestivos del actual intervencionismo estatal, cual es la política social, tuvo su origen en varios países con motivo de medidas adoptadas o inspiradas por Gobiernos políticamente conservadores: así, Disraeli, en Inglaterra; Bismark, en Alemania, y Dato, en España. Por tanto, la explicación de un fenómeno tan universal y constante hay que buscarla en causas más profundas que no son otras que el aumento demográfico, *e*.

progreso material y técnico, la concentración de la población, la elevación del nivel general de vida, etc. En definitiva, podría afirmarse que la causa del intervencionismo administrativo está en la mayor interdependencia social que caracteriza la vida de las modernas comunidades políticas.

Ahora bien, si estos son los hechos, el resultado ha sido un cambio radical en el sentido de la Administración pública moderna que, además, viene impuesto por un cambio también de sentido en el concepto de libertad. Junto a un creciente —y suicida— desprecio por las libertades **formales**, aparece la exigencia por las "libertades reales". La Administración gendarme va a ser sustituida por la Administración prestadora de servicios.

En efecto, en la concepción clásica, la libertad política significaba para el individuo el derecho a desarrollar sin trabas una actividad física o moral; pero no añadía, desde luego, un derecho a que los demás, o el Estado, cooperasen activamente a dicho desarrollo. Esta concepción de la libertad impone, como consecuencia, una Administración abstencionista en la que cada intervención concreta se explica únicamente como excepción al principio general. El cambio se produce cuando —como dice Duguit— los ciudadanos comienzan a exigir al Estado determinados servicios públicos, es decir, determinadas prestaciones que ayudan al desarrollo de la actividad individual. Tales prestaciones y seguridades se exigen al Estado ahora cada vez con más fuerza, porque el individuo se ve acuciado por las circunstancias, habiéndose desplazado como tema central político, el problema de la libertad, para ser sustituido por el problema de la seguridad social.

Una Administración que de modo tan positivo tienda a la prestación de servicios públicos y a asegurar la situación social de los administrados plantea, necesariamente, graves problemas desde el punto de vista de la continuidad del Estado de derecho. Si el expediente técnico de la división de poderes y demás principios garantizadores del legalismo formal eran suficientes para que la idea de Derecho quedase a salvo en el Estado del siglo XIX, ahora, cuando la barrera entre Estado y Sociedad se ha venido abajo, sólo la vinculación administrativa a los principios jurídicos materiales —como quiere Forsthoff— puede legitimar que se pueda seguir admitiendo la vigencia del Estado de Derecho.

La Constitución española constituye un claro ejemplo de configuración jurídica del **Estado social de derecho**, cuya simple enunciación representa la síntesis de las dos preocupaciones aparentemente antagónicas a que anteriormente hemos aludido. Se trata de un Estado abstencionista (liberal) en cuanto que el respeto a los derechos y libertades fundamentales de la persona significa una barrera infranqueable para su actuación: la sección 1.^a, del capítulo 2.^o del título I (arts. 15 a 29, inclusive), garantiza los derechos fundamentales y las libertades públicas, incluso poniendo en manos del particular.