

## INTRODUCCIÓN

La distinción entre las categorías de lo público y lo privado constituye, en cierto sentido, un tema clásico del derecho y, más específicamente, del derecho público. Es un tema clásico porque esta “dicotomía” —en palabras de Norberto Bobbio—<sup>1</sup> se emplea frecuentemente en las diferentes ramas del derecho con fines clasificatorios, explicativos, indagatorios,<sup>2</sup> etcétera, siendo, como es obvio, su uso más habitual en el mundo jurídico el que hace referencia a la distinción entre derecho público y derecho privado, bien en un plano abstracto, bien para un contexto jurídico positivo concreto.<sup>3</sup> Pero es un tema clásico, además, por su carácter de “cuestión permanente”,<sup>4</sup> que ha formado parte del saber jurídico desde su misma configuración en el derecho romano.

Durante cientos de años, todos los juristas comenzaron sus estudios memorizando las primeras palabras del Digesto: *publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*

1 Vid n 132.

2 Vid las diferentes clasificaciones propuestas en torno a la banca, la empresa, los medios de comunicación, etcétera, en las notas 27, 28 y 29, y, otras, como las que se contienen en Maynard, Alan, *Pubblico e privato nei sistemi sanitari*, Milán, 1986; Trimardi Barfi, Francesca, *Pubblico e privato nella sanità*, Milán, 1990 o Clarizia, Angelo, *Pubblico e privato nell'ordinamento regionale*, Nápoles, 1979; Bono, A. M. y A. Casiccia, *Gli impiegati tra privato e pubblico*, Milán, Istituto di Scienze Politiche “Gioele Solari”, Università di Torino, 1980; Piga, Franco, *Pubblico e privato nella dinamica delle istituzioni*, Milán, Mulita Paucis, 1985.

3 Esta distinción no es objeto, como tal, de consideración en el presente trabajo (aunque siempre aparezca como trasfondo); por ello, se restringen al máximo las referencias a los estudios que de ella se ocupan (por lo demás, innumerables); con todo, existe también una no menos abundante bibliografía que niega la existencia misma de la división y que, como es sabido, toma su principal punto de partida de Kelsen, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, especialmente, pp. 288 y ss.

4 Recientemente, por ejemplo, VV. AA., *Il pubblico e il privato*, Archivio di Filosofia Fondato nel 1931 da Enrico Castelli, escrito por V. Mathieu, V. Langen, J. Baechler, N. Bobbio, J. Brun, B. Cazes, M. Cranston, M. Crozier, L. Dupré, N. Glazer, A. Ollero, R. Polin, A. Pons, E. Shils; *Convegno Internazionale a Venezia dal 12 al 15 dicembre 1978 su Il pubblico e il privato. La crisi del modello di Stato occidentale*, Padua, CEDAM, 1979.

*pertinet*.<sup>5</sup> Para pasar, inmediatamente después, a la somera caracterización que de dicha división acuñara Ulpiano.<sup>6</sup>

Sin embargo, esta misma cuestión, en el plano que aquí se plantea, adolece de una ausencia casi total de elaboración científica<sup>7</sup> en, al menos, dos aspectos: el primero, en el de la falta de una aclaración previa sobre la existencia o no de una categoría de “lo público”. Se habla, así, de derecho público, de los cargos públicos o de las libertades públicas, dando siempre por supuesto que existe un significado concreto y unívoco para este adjetivo “público”, ya sea en sentido ordinario o como acepción jurídica (lo que está muy lejos de ser exacto). Y, segundo, en el de la problematicidad con que se utilizan dichas categorías para explicar otras realidades cuando, acaso, lo primero que habría que preguntarse es sobre el porqué de su existencia misma.<sup>8</sup>

5 En *Corpus Iuris Civilis*, Digesto, 1, 1.

6 Cfr. Aricò, Anselmo, *Ius publicum-ius privatum in Ulpiano, Gaius, Cicerone*, Palermo, 1983, pp. 50 y ss.

7 Vid. n. y los comentarios que allí se hacen a esta afirmación, y pp. 166 y ss.

8 En su versión más radical, esta crítica se manifiesta en los siguientes términos: “La distinción entre público y lo privado es una distinción interna del derecho burgués, válida exclusivamente en los campos (subordinados) en los que el derecho burgués ejerce su ‘autoridad’. El ámbito del Estado se le escapa toda vez que este último está ‘por encima de la ley’: el Estado, que es el Estado de la clase dominante, no es ni público ni privado, muy al contrario, es la precondición para cualquier distinción entre público y privado”, Althusser, Louis, “Ideology and Ideological State Apparatuses”, *Lenin and Philosophy*, Nueva York, Monthly Review Press, pp. 137-138, citando a Antonio Gramsci (*vid. infra*). Sobre esta indiferenciación (o, mejor dicho, sobre el carácter intrasistémico de la misma, se basa la inclusión de diversas instituciones entre los aparatos ideológicos del Estado que el propio Althusser divide en públicas y privadas en la siguiente forma: “Es evidente que mientras el aparato (represivo) —unificado— pertenece por completo al campo de lo público, gran parte de los aparatos ideológicos del Estado (en su aparente dispersión) integran, por el contrario, el campo de lo privado: las iglesias, los partidos, los sindicatos, las familias, ciertas escuelas, la mayoría de los periódicos y asociaciones culturales, etc., etc., etc. son privados”, *ibidem*, p. 137. Igualmente, “Hasta donde se me alcanza, Gramsci fue el único que avanzó algo en el camino que yo ahora emprendo. Tuvo la brillante idea de que el Estado no podía quedar reducido a los aparatos (represivos) del Estado, sino que incluyó un cierto número de, en su terminología, instituciones de la sociedad civil: la Iglesia, las escuelas, los sindicatos, etcétera. Por desgracia, Gramsci no sistematizó sus intuiciones que se mantuvieron en forma de notas incisivas pero parciales”, Althusser, citado por Buci-Glucksmann, Christine, *Gramsci and the State*, Londres, 1979, p. 64. El capítulo 3 de este libro (“The Gramscian Expansion of the State Concept” —pp. 69-110—) estudia el concepto gramsciano de Estado, partiendo del célebre “Estado = sociedad política + sociedad civil, en otras palabras, hegemonía protegida por la coraza de la coerción” de los cuadernos de la cárcel y en sus sucesivas ampliaciones. En contra: “[La] distinción de Althusser entre aparatos represivos e ideológicos del Estado [...] surgió estimulada, aunque sin llegar a confundirse con ella, por la noción gramsciana de Estado como sociedad política más sociedad civil. Dentro del concepto de aparatos ideológicos del Estado se encuentra toda una gama de instituciones y organizaciones, públicas o privadas, unificadas por su papel en la constitución de la hegemonía ideológica en una formación social. Las razones para ignorar la distinción entre aparatos públicos y privados se apoya, en primer lugar, en el hecho de que la distinción público/priv-

Esta falta de elaboración doctrinal parece responder a tres razones: la primera es la complejidad inherente al tema, el hecho de que se refiere simultáneamente a sectores muy variados de la doctrina jurídica y, más generalmente, de las ciencias sociales; la segunda, que quizá nos encontremos ante un término polisémico irreductible a un núcleo conceptual común, lo que sería causa de un uso poco preciso del mismo al no aclararse suficientemente a cuál de todos sus sentidos se hace referencia en su utilización.<sup>9</sup> La tercera, y fundamental, estriba en el posible uso ideológico<sup>10</sup> que se hace de esta diferencia en el sentido de que pudiera no responder a hechos de la realidad sino, precisamente, al intento de ocultarla.

No cabe duda de que la primera aproximación que podemos hacer a la diferenciación público-privado es la que relaciona este par de términos con el par poder/propiedad. Históricamente, además, esta primera con-

vado es “interna” al derecho burgués y, en segundo lugar, en el hecho de que, en todo caso, los aparatos ideológicos actúan como medios para la reproducción de la formación social y quedan, por tanto, unificados por dicha función. Este razonamiento ha recibido diferentes críticas, en especial, se ha puesto en cuestión su negativa a otorgar eficacia alguna a la distinción público/privado. Esta objeción posee un evidente peso, toda vez que la negativa a reconocer los efectos reales de la cambiante dicotomía público/privado implica que el Estado como complejo específico de estructuras queda simplemente absorbido, en forma amorfa, en la “sociedad”. Al tiempo, debe reconocerse la fundamental importancia estratégica de esta competencia extendida de los aparatos ideológicos estatales, “ya que sitúa en el centro de la lucha política todas aquellas organizaciones e instituciones de cualquier tipo en que se materializa el poder”, Wolpe, Harold, “Towards an Analysis of the South African State”, *International Journal of the Sociology of Law*, 1989, núm. 8, pp. 410-420.

<sup>9</sup> Es decir, que se trataría de un único lexema, de una sola palabra, con significado múltiple, aplicada, a lo largo de la historia, a realidades tan diversas que casi se puede hablar de homonimia, al menos en cuanto al componente material del referente, si bien no, como veremos, al ideológico. La polisemia es un fenómeno léxico muy cercano al de la homonimia (varios lexemas con la misma forma) y, si bien hay autores que utilizan un criterio estricto de discriminación que reserva este último concepto para los casos en que no existe ninguna posibilidad de trazar un origen etimológico común (Tusón, Jesús, *Lingüística, una introducción al estudio del lenguaje*, Barcelona, Barcanova, 1991), lo que no es, evidentemente, el caso; otros no acaban de admitir una frontera clara entre ambos fenómenos y plantean el problema de la llamada “extensión metafórica” del significado de un término que, con el tiempo, deja de ser un tropo para incorporarse a la lengua como acepción independiente. Para una discusión más extensa de las sutiles diferencias entre polisemia y homonimia, *vid.* Lyons, John, *Lenguaje, significado y contexto*, Barcelona, Paidós Comunicación, 1983.

<sup>10</sup> Mannheim, Karl, *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, Madrid, 1958, “Un estado de espíritu que trasciende el actual estado de cosas, que es desproporcionado con respecto a la realidad en la que se da, puede ser:

1) ideológico: si no aspira a modificar esta realidad en las líneas de su propio exceso sobre la misma;

2) utópico: cuando pretende modificar la realidad para que se acerque a esa experiencia espiritual que hemos calificado de desproporcionada”. También, Marx, C. y F. Engels, *La ideología alemana*, Montevideo, Barcelona, 1974, pp. 26 y 27.

ceptuación coincidiría con la que fijaron los juristas romanos al distinguir entre derecho público y derecho privado, el primero referido a la *res-publica* (las cosas públicas/lo que no es propiedad privada), la comunidad política institucionalizada, es decir, al poder, y, el segundo, el que atañe a la *singulorum utilitatem*, al interés personal de cada uno, a lo privativo, a lo propio, es decir, a la propiedad.<sup>11</sup> Este contenido mínimo sería la base de lo que Ihering denominaba “nuestra gramática jurídica, el canon de nuestro pensamiento jurídico”.<sup>12</sup>

A esta primera aproximación, la aparentemente más incontrovertible en el sentido de que la propiedad privada nunca se considera “pública” y el poder político nunca se considera “privado” (propiedad enajenable de nadie), cabe hacerle, sin embargo, una crítica interna que nos revela su posible utilización ideológica en el siguiente doble sentido:

De un lado, porque no puede olvidarse que la propiedad viene concebida entre los romanos como un *ius*, como un derecho (un grado de poder reconocido y garantizado por una fuerza externa), de forma tal que existe ya una autoimplicación de ambos términos, toda vez que la existencia misma de la propiedad presupone la de un poder que la garantice, y, la propiedad, desde este punto de vista, viene a ser un poder públicamente reconocido y, eventualmente, ejercido como poder/coacción a través de mecanismos de justicia pública.

Y, de otro lado, porque suele caracterizarse a Roma como una República de latifundistas (y propietarios de esclavos); es decir, que la base social del “poder romano” no es otra que la propiedad de la tierra (y de sus *instrumenta vocales*), de modo tal que el poder político no parece que pueda concebirse ya como una realidad tan alejada del patrimonio privado de las familias que integran las instituciones públicas. No en vano fueron los romanos los que acuñaron los antónimos propietario/proletario (el que posee propiedad frente al que no posee más que prole, descendencia, fuerza de trabajo)<sup>13</sup> otorgándole, al primero, el carácter de estatuto político civil del que se hacía depender el ejercicio

11 Vid. primera parte, capítulo I, punto 1, pp. 25 y ss.

12 Vid. n. 37.

13 *Proletarius* gentes pobres de Roma que no contribuían a la república más que con sus hijos para la guerra; *cf.* Gelio, Aulo, *Noches Áticas* y R. de Miguel s. v. De otra parte, *dominus* (propietario) es también el título de los emperadores desde Augusto (y el de Dios), si bien, etimológicamente, parte de *domus* (casa, hogar, otra vez, lo privado).

de los diferentes derechos públicos<sup>14</sup> (situación en parte paralela a la que luego se verá de democracia censitaria). Sin olvidar, por supuesto, la distinción básica en la sociedad romana entre ciudadano/esclavo, el primero con capacidad de obtener la propiedad; el segundo, con la de ser poseído. Por todo ello, no acaba de verse muy bien que es lo que a la *singulorum utilitatem pertinet* si es ella misma (la propiedad) la que determina el acceso a las cosas del *statum rei romanae* (a las funciones político-públicas). Esta íntima relación entre el hecho de la propiedad y una determinada condición pública explica, además, por qué las normas referidas a la personalidad (y capacidad de obrar) formaron históricamente parte del derecho privado y no del público y por qué aún hoy existe una notable superposición entre las materias impartidas por los civilistas y constitucionalistas en numerosos temas<sup>15</sup> (personalidad, ciudadanía, interpretación, fuentes, etcétera).

Con todo, no deja de ser cierto que el primer sentido en que se usaron jurídicamente los términos público/privado fue en relación con la propiedad y el poder político. El derecho privado es el derecho de la propiedad, el público el que no le afecta. El hecho mismo de que en esta concreta fase histórica la distinción se haya realizado en estos términos ha condicionado la extensión misma de cada uno de estos conceptos, de forma que puede decirse, sin que la simplificación introduzca un alejamiento excesivo de la realidad, que el derecho privado de los romanos es el derecho de la propiedad romana, y el derecho público, el de la ciudadanía, el de la organización y poder políticos.

La verdad que encierra esta primera clasificación se comprueba históricamente al comparar la situación de la sociedad esclavista romana basada en la propiedad de esclavos y tierras, con la nueva situación

14 Vid. más adelante las referencias que se hacen al sistema de votación romano (curias, centurias, tribus, etcétera) en la n. 50. Vid. también Cabo Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. I, Formas precapitalistas y Estado moderno, Barcelona, 1988, p. 167.

15 Entre los constitucionalistas, Fernández Carvajal, R., "Nota sobre el derecho constitucional como derecho común", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Murcia, núm. 1, 1989, pp. 37-46. En el sentido contrario, como recuerda Vega, Pedro de, "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)", en Garrorena Morales, Ángel (ed.), *Homenaje a R. Fernández Carvajal*, los civilistas clásicos (Thieme, Wieacker) defendieron el carácter constitucional del Código Civil, tesis recogida, luego, en España, por Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, si bien limitándola sólo a su título preliminar (Herrero y Rodríguez de Miñón, Miguel, "Aspectos constitucionales del nuevo título preliminar", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 198, pp. 89 y ss.). Vid. también la cita de F. W. Maitland en la p. 74.

medieval en la que desaparece el trabajo esclavizado y se atenúa, simultáneamente, el control de las instituciones políticas centrales sobre el territorio y la rigidez del concepto de propiedad que, tal como se expone más adelante, prácticamente desapareció.<sup>16</sup>

Esta confusión de esferas tiene su exponente clásico en la figura del *señorío*, el dominio simultáneo, político y privado sobre la tierra y los vasallos que en ella se encuentran, sin que quepa diferenciar uno de otro al no existir, en sentido estricto, ninguno de los dos polos de articulación de lo público y lo privado: ni la propiedad, ni el poder central institucionalizado.<sup>17</sup>

En definitiva, la confusión entre propiedad y poder arrastró a la indiferenciación entre las esferas de lo público y lo privado. Además, en el feudalismo aparece un nuevo sujeto, portador (*Träger*) de funciones públicas y, en general, considerado como perteneciente a la esfera de lo público, ajeno a la organización política: la Iglesia (pues no hay que olvidar que las “iglesias” del mundo antiguo eran verdaderas extensiones de lo político,<sup>18</sup> muy especialmente en Grecia, todo ello en consonancia con la concepción unitaria de la realidad en la que no se diferencia los campos de la moral, la política, la religión, etcétera),<sup>19</sup> lo que no dejó de añadir confusión.

16 “El feudalismo occidental surgió de la fragmentación de una forma muy especial de poder político. No se trata, en este caso, de una mera fragmentación o parcelación sino de una *privatización* [...]. Con la disolución del Imperio romano, el Estado imperial quedó dividido en fragmentos en los que los poderes político y económico aparecían conjuntamente en manos de señores privados cuyas funciones políticas, jurídicas y militares eran al mismo tiempo la apropiación privada y la organización de la producción [...]. El rasgo esencial, por tanto, del feudalismo, es la privatización del poder político, lo que implica una creciente integración de la apropiación privada y de la organización autoritaria de la producción”, Meiksins Wood, Ellen, “The Separation of the Economic and the Political in Capitalism”, *New Left Review*, núm. 127, 1981, *passim*.

17 *Cfr.* capítulo II, pp. 48 y ss.

18 Para la implicación de las iglesias en Grecia, *cfr.* el clásico libro de Nilsson, M. P., *Geschichte der griechischen Religion*, Munich, 1955 y Nilsson, M. P., *Cults, Myths, Oracles and politics in Ancient Greece*, Lund, 1951); para Roma y el cristianismo, Puente Ojea, Gorzalo, *Ideología e historia. La formación del cristianismo como fenómeno ideológico*, Madrid, 1991, pp. 278-294 sobre la relación de la Iglesia cristiana con el Imperio hasta San Agustín. También, Hegel, G. W. F., *Lecciones sobre filosofía de la religión*, vol. 2. La religión determinada, Madrid, 1987, pp. 465-515. Y Hegel, G. W. F., *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madrid, 1989, p. 399: “En el griego están armoniosamente unidos; la eticidad es una con el sujeto, cuyos fines se han convertido en sus virtudes. Lo ético aparece como el Estado, en el cual tiene su existencia lo universal. El Estado se alza también, sin duda, frente al individuo; pero el fin del individuo mismo es esa esencia que llamamos Estado”. Lo que los romanos denominaron con su característica capacidad de yuxtaposición y sentido práctico *ecclesia in re publica*.

19 La forma clásica de esta indiferenciación es la que representa la figura de los “censores” romanos que, como es sabido, vigilaban tanto la vida pública como la privada (y la familiar, *cfr.*

Cuando la sociedad feudal dé paso a los incipientes Estados europeos, la diferenciación público/privado no se articulará ya, solamente, sobre la diferenciación propiedad/poder y, ello, porque la nueva propiedad del primer capitalismo es totalmente distinta de la propiedad-tesoro propia del mundo antiguo. La nueva propiedad es, ahora, mercancía, de forma tal que el mundo privado que antes venía definido por las exigencias (legales y extralegales) de la propiedad como atesoramiento, se ve sustituido, en la nueva formación social, por el que determina la propiedad-mercancía; es decir, no la propiedad aislada económicamente, sino la propiedad en el mercado: la mercancía. La esfera de lo público vendrá definida ahora, negativamente, no por las exigencias de la propiedad, sino por las normas que regulan y (con las matizaciones que se harán) crean el mercado. Desde este nuevo punto de vista, el Estado pasa a considerarse como lo público y el mercado como lo privado.<sup>20</sup>

Nocera, Guglielmo, *Il binomio pubblico privato nella storia del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 51 y 52) y de la que han derivado nuestros dos términos tan alejados de “censo” y “censura” que muestran la definitiva fractura de nuestra percepción de la realidad en diferentes ámbitos de moral, política, religión, etcétera.

20 “Así pues, podemos resumir la diferenciación de la esfera económica en el capitalismo del siguiente modo: las funciones sociales de producción y distribución, extracción y apropiación del excedente y la distribución del trabajo social quedan, por así decirlo, *privatizados* y se ejercen por medios no autoritarios. En otras palabras, la distribución social de los recursos y del trabajo no se realiza, globalmente, mediante la *dirección política, deliberación comunitaria, obligación hereditaria, mediante la costumbre o las obligaciones religiosas, sino más bien mediante los mecanismos de intercambio de mercancías*. Las facultades de apropiación del excedente y de explotación no se apoyan directamente en relaciones de dependencia *jurídica o política* sino que se basan en una *relación contractual entre productores libres*—jurídicamente libres y libres de sus medios de producción— y un empresario que posee un *derecho absoluto de propiedad sobre los medios de producción* [...]. Más aún, la propia esfera económica posee una *dimensión jurídica y política*. En cierto sentido, la diferenciación de la esfera económica quiere simplemente decir que la economía posee sus propias formas jurídicas y políticas cuya finalidad es exclusivamente económica. *El derecho absoluto de propiedad, las relaciones contractuales, y el aparato legal* que los sustenta son la base de una nueva relación de autoridad, dominación y sujeción entre quien se apropia y quien produce. *El correlato de estas formas jurídico políticas privadas y económicas es una esfera política pública especializada*. La autonomía del Estado capitalista aparece inextricablemente unida a la libertad jurídica y a la igualdad del intercambio libre puramente económico entre productores libres expropiados y empresarios privados con un derecho absoluto de propiedad sobre los medios de producción y, por ello, con una nueva forma de autoridad sobre el productor [...]. Los poderes políticos directos que los propietarios capitalistas perdieron en favor del Estado los recuperaron en el *control directo de la producción*. Mientras que el poder económico de apropiación que posee el capitalista está separado de los instrumentos de coerción política que, en último término, los garantizan, el poder de apropiación está integrado de forma más estrecha y directa que en ningún momento anterior en la autoridad para organizar la producción”. A este respecto, *vid* Gil y Gil, J. L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Madrid, 1993, y Goñi Sein, J. L., *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Madrid, 1988, es decir, que no toda forma de poder se considera pública, sino las formas de poder

A esta nueva caracterización de los términos público y privado debe oponerse inmediatamente una nueva crítica también en un doble plano: de un lado, porque el Estado es, históricamente, en buena medida, el creador del mercado. Es el creador porque establece las condiciones necesarias para su aparición: fundamentalmente, la creación de un marco jurídico de igualdad y la “liberación” de los trabajadores del control extraeconómico de cualquier institución<sup>21</sup> (gremios, señores feudales, etcétera). Pero no sólo es el creador del mercado en este sentido, más o menos formal, sino también en un plano totalmente real y directo mediante la organización de expediciones (y conquista) a los centros

que no intervienen directamente en la organización y funcionamiento internos del mercado. “De hecho, puede que el Estado —o alguna forma de poder público— sea el primer medio sistemático de apropiación del excedente y quizá incluso el primer organizador sistemático de la producción de excedente” (vid Sahlins, Marshall, *Stone Age Economics*, Londres, 1974, capítulos II y III (ed. castellana *Economía de la Edad de Piedra*, Madrid, Akal, 1983); Meiksins Wood, Ellen, “The Separation of the Economic and the Political in Capitalism”, *New Left Review*, núm. 127, 1981, *passim* (las *itálicas* son mías).

21 “El rasgo distintivo más importante de la dominación de clase en la sociedad capitalista es el de aparecer mediada por el intercambio de mercancías. El trabajador no queda físicamente sometido al capitalista, su sujeción aparece mediada por la venta de la fuerza de trabajo como una mercancía en el mercado [...]. Para convertir su dinero en capital [...] el propietario del mismo debe encontrarse en el mercado con trabajadores libres, libres en el doble sentido de que hombres libres que pueden disponer de su fuerza de trabajo como mercancía propia, y que, de otra parte, no disponen de ninguna otra mercancía para su venta, de que carecen de todo lo necesario para la realización de su fuerza de trabajo” (Marx, *Capital*, vol. I, p. 169). Al igual que esta última libertad (la separación del trabajador del control de los medios de producción) hace posible la abstracción del uso directo de la fuerza física del proceso inmediato de explotación, del mismo modo, la primera forma de libertad, es decir, el hecho de que la explotación se produce mediante la libre compraventa de la fuerza de trabajo, hace que esta abstracción de las relaciones directas de fuerza del proceso inmediato de producción resulte necesaria. El establecimiento del modo de producción capitalista implicó necesariamente la fijación de ambos tipos de libertad: la expropiación de los agricultores y la abolición de sus relaciones directas de dependencia sancionadas por la fuerza de los miembros individuales de la clase dirigente. Esta abstracción de las relaciones de fuerza del proceso inmediato de reproducción y su necesaria (toda vez que la dominación de clase se apoya en última instancia en la fuerza) fijación en una instancia distinta de los capitales individuales constituye (histórica y lógicamente) a la economía y a la política como formas distintas y particularizadas de dominio capitalista. Esta particularización de las dos formas de dominación encuentra su expresión institucional en el aparato estatal como una entidad aparentemente autónoma. También encuentra expresión en la separación de las relaciones individuales con el estado de las relaciones inmediatas con el capital, en la separación del trabajador en trabajador y ciudadano, en la separación de su lucha en “lucha económica” y “lucha política”, con lo que esta separación en formas determinadas por el capital implica la aceptación de los límites impuestos por el mismo [...]. La autonomización del Estado, que forma parte de y es una necesidad de la acumulación de capital, implica no sólo la necesidad de instituciones políticas independientes, sino una permanente acción de clase que implique la superación estructural e ideológica y la fetichización de la economía y de la política, de lo *privado* y de lo *público*”, Holloway, John, y Sol Piccioto, “Capital, Crisis and the State”, *Capital and Class*, núm. 2, verano de 1977, pp. 79-80.



productores de materias primas (las colonias) y la acumulación de riqueza necesaria para su inversión en forma de compañías de indias, de comercio en condiciones privilegiadas, y mediante la expropiación directa de las tierras de los campesinos independientes, en favor de la explotación agraria (pre)capitalista.

El segundo plano en el que hay que situar esta crítica a la presunta diferenciación de lo público y lo privado como caracterizadores del Estado y el mercado, respectivamente, estriba en el hecho de que, además de que el Estado actúa, de un lado, como creador o sustentador del mercado, también, de otro, recibe sus medios de subsistencia de él. Conforme se abandonan los sistemas de financiación medievales del Estado (concesión de dineros por parte de la clase aristocrática), el Estado pasará a financiarse a través de tributos que gravan fundamentalmente diferentes conductas ejercidas en el mercado (impuesto general sobre la compraventa, alcabala), transporte de mercancías (fielazgo, peaje), importación y exportación, consumo de ciertos bienes (sal), etcétera.<sup>22</sup> Es decir, que la existencia misma del Estado aparece como dependiente del funcionamiento correcto del mercado y, en tal sentido, existe una continuidad entre ambos ámbitos, mayor de lo que la tradicional separación entre Estado y sociedad pudiera querer indicar.

Todo lo anterior apunta a que no debe considerarse lo público y lo privado tanto como conceptos estables y claramente definidos, sino más bien como una relación histórica (dialéctica) entre dos polos —el de lo individual y el de lo general—<sup>23</sup> que sólo puede especificarse para un periodo determinado. Siendo así las cosas, no se trataría tanto de establecer la significación concreta de cada uno de ellos, como de observar los modos de articulación de lo público y lo privado en los que aquéllos adquieren su verdadero sentido.

Tomando como punto de partida los resultados de la investigación realizada, podemos distinguir, al menos formalmente, dos modos fundamentales de articulación de lo público y lo privado: el de su articulación política y el de su articulación jurídica y, a partir de ahí, tratar

22 Y que, en último término, presuponen la realización de beneficio en él. En este sentido (sólo en este sentido), cualquier tributación lo es siempre sobre el beneficio. Cfr. O'Connor, James, *The Fiscal Crisis of the State*, St. Martins Press, 1973, pp. 5-96 et passim

23 Sin olvidar la diferente prioridad analítica que diferentes sistemas de interpretación de la realidad otorgan a cada uno de ellos, *vid.* pp. 95 y ss.

de establecer, dentro de cada uno de ellos, la necesaria especificidad histórica que otorgue contenidos concretos a esta disposición conceptual.

El estudio de la articulación política<sup>24</sup> ha revelado la existencia de una doble interdependencia de ambas esferas, o, lo que es lo mismo, que, frente a la caracterización de lo privado como dependiente de la propiedad o el mercado/sociedad, y de lo público como referido al poder o al Estado, es posible establecer unos ámbitos de interrelación que podemos denominar lo público de lo privado y lo privado de lo público.

Este segundo aspecto, el de lo privado de lo público, no será objeto de un tratamiento tan extenso como el primero, por no resultar tan imprescindible para la construcción categorial de lo público en la Constitución española de 1978, objetivo final de esta investigación.

Con todo, no cabe duda de que existen diferentes aspectos en los que es posible apreciar una dimensión privada de lo convencionalmente considerado público:<sup>25</sup>

1) En primer lugar, la existencia de un patrimonio del Estado parcialmente sometido a las leyes de derecho privado que disciplinan la propiedad, es decir, la existencia de una propiedad privada de titularidad pública.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Vid parte primera, capítulo tercero, punto 2, pp. 95 y ss.

<sup>25</sup> “[...] Ello no impide que el Estado participe directamente también en la producción: en la construcción de estructuras industriales, en el control del crédito, la recaudación de los derechos aduaneros, etc. De hecho, se trata del representante del conjunto de capitalistas nacionales, encargado de garantizar que su interés colectivo prevalezca sobre los diferentes intereses individuales divergentes. Pero, como algo interno al proceso de producción, no es necesariamente diferente de las organizaciones colectivas de capitalistas que, por lo general, coexisten con él o, incluso, le han precedido (cámaras de comercio, asociaciones profesionales, etc.)”, Aboo T. Aumeeruddy, Bruno Latier y Ramón G. Tortajada, “Labour Power and the State”, *Capital and Class*, núm. 6, otoño de 1978, p. 51.

<sup>26</sup> El llamado, en sentido técnico, patrimonio del Estado, es decir que, según el artículo 1 de la Ley de Patrimonio del Estado (texto articulado probado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, B.O.E. de 23 de abril de 1964) “Constituyen el Patrimonio del Estado: 1) los bienes que, siendo propiedad del Estado, no se hallen afectos al uso general o a los servicios públicos, a menos que una ley les confiera expresamente el carácter de demaniales. Los edificios propiedad del Estado en los que se alojen órganos del mismo tendrán la consideración de demaniales. 2) Los derechos reales y de arrendamiento de que el Estado sea titular, así como aquellos de cualquier naturaleza que deriven del dominio de los bienes patrimoniales. 3) Los derechos de propiedad incorporal que pertenecen al Estado”. Dichos bienes están sometidos (al margen de las especialidades que señala la ley) a “las normas de derecho privado civil o mercantil” (artículo 2). Vid Garrido Falla, F., “El dominio privado de la administración”, *Estudios en Homenaje de Jordana de Pozas*, Madrid, IEP, 1961, y Bayona Perogordo, J., *El patrimonio del Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977.

2) En segundo lugar, la actuación pública no sólo como delimitadora de las condiciones del mercado, sino como agente dentro del mismo; el caso más claro lo constituirían las empresas públicas.<sup>27</sup>

3) Junto a estos hechos más evidentes, habría que considerar otros, como la aportación de capitales a la realización de determinados proyectos a fondo perdido o con intereses subvencionados (*blandos*), la actuación de los bancos centrales (antes y después de su incorporación —y ulterior separación— al aparato estatal),<sup>28</sup> las actuaciones en los mercados financieros primarios y secundarios (deuda pública, pagarés, empréstitos, futuros, etcétera), y en los de divisas, y, con especial importancia en tiempos recientes, la participación pública en los medios de comunicación de masas.<sup>29</sup>

Ahora bien, lo que aquí interesa especialmente es considerar las instancias de relación del mundo privado con el público, lo que Habermas denominara “lo público de lo privado”, es decir, en qué medida la sociedad se vuelca sobre los poderes públicos y participa en ellos, o,

27 Cafferato, Roberto, “Pubblico e privato nel sistema delle imprese”, Milán, 1983; Guarino, G., “Pubblico e privato nella organizzazione e nella disciplina delle imprese”, *Symposium Italo-Sovietico su L'impresa e la Programmazione Economica, Scritti di diritto pubblico delleconomia*, pp. 77-165. “Se han producido importantes variaciones tanto en el nivel como en el tipo de cambio dentro de la economía pública en estas 18 naciones. En 1969, por ejemplo, el ámbito de la economía pública, que suponía una media del 28,5% del PIB se movía entre el 18% de España y el 35% de Alemania. En 1975, el ámbito medio de la economía pública se incrementó hasta el 38,5 del PIB y las variaciones entre las citadas naciones también se incrementaron, oscilando entre el 23,5% de Japón y el 53,5% de los Países Bajos”, Cameron, David R., “The Expansion of the Public Economy: a Comparative Analysis”, *American Political Science Review*, vol. 72, núm. 4, diciembre de 1978, p. 1,244. En España, las empresas públicas, al margen de la confusión que introduce el hecho de que diferentes entes de carácter mercantil y comercial ganen y pierdan tal condición, según los desigrios de cada ley de presupuestos son “los Organismos públicos estatales o locales que realizan actividades comerciales o industriales, que compiten con la iniciativa privada en un sector económico tradicionalmente reservado a su actividad, y en las que, finalmente, las relaciones con los particulares con motivo de su actividad específica se rigen por el derecho privado” (Parada Vázquez, R., *Derecho administrativo*, Madrid, 1988, citado por Cazorla Prieto, L. y E. Arnaldo Alcubilla, *Temas de derecho constitucional y derecho administrativo*, Madrid, 1988, p. 748). Los fines que satisfacen dichas empresas son los de gestionar servicios públicos, impedir la concentración monopolista en los sectores esenciales de la economía, proteger a las industrias nacionales en sectores clave contra el capital extranjero, ayudar a la planificación económica, como instrumento keynesiano de política económica y para el desarrollo de las regiones más desfavorecidas, o como vía de integración en la economía internacional (Sosa Wagner, *ibidem*, p. 749).

28 VV. AA., *Pubblico e privato nell'attività bancaria*, Varese, 1984; Vitale, Paolo, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milán, 1977; Musumeci, Toti, *Pubblico e privato nelle trasformazioni bancarie*, Padua, 1992.

29 VV. AA. *Pubblico e privato. L'industria della comunicazione di fronte all'Europa*, Roma, 1992, y Muñoz Machado, Santiago, *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Madrid, 1993.

desde otra perspectiva, cómo poderes privados alcanzan un poder socialmente tan extendido que pasan a actuar como verdaderos poderes públicos (asociaciones de empresarios o cámaras de comercio, por ejemplo).<sup>30</sup> E interesa destacar esta interrelación porque en la misma medida en que la separación público/privado se vuelve sistemática con el liberalismo/capitalismo (en el sentido de convertirse en ámbitos necesariamente complementarios e interconectados) la articulación política se hace, consecuentemente, omnicomprensiva (en el sentido de que si el perfecto liberal-particular disfruta de la “libertad de los modernos”<sup>31</sup> absteniéndose de todo contacto con lo público ajeno a su interés particular, el perfecto liberal-representante, por el contrario, se vuelve completamente universalista, pasando a interesarse por cuantos temas puedan afectar de un modo u otro a la vida comunitaria (o personal) del conjunto de los habitantes del Estado). Las instituciones que encarnan esta interrelación, sobre todo el Parlamento y la prensa (y medios de comunicación, en general), pasan a ocupar un lugar destacadísimo en el ejercicio del poder, en forma tal que la “retirada” a la vida privada viene complementada con una “irrupción” igualmente importante en los asuntos públicos.<sup>32</sup>

Los diferentes mecanismos de articulación política se van a ver reflejados, naturalmente, en una serie de instrumentos jurídicos. Según la tesis aquí defendida, la Constitución va a significar precisamente el intento de establecer una adecuada coordinación jurídica entre las esferas de lo público y lo privado: la cristalización jurídica de estos mecanismos sociales de interconexión.

Por ello, la Constitución va a reconocer, y también en parte a modificar, la tradicional separación jurídica de derecho público y derecho

30 Lo que, en palabras de Habermas, se resume en la expresión de que “el poder social es hoy *eo ipso* poder político” (citado por Vega García, Pedro de, “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, en Garrorera Morales, Ángel (ed.), *Homenaje a R. Fernández Carvajal*).

31 Constant, Benjamin, “The Liberty of the Ancients Compared with that of the Moderns, Speech Given at the Athénée Royal”, en Fontana, Biancamaria (ed.), *Political Writings*, Cambridge University Press, 1988, p. 323: “La libertad individual, repito, es la verdadera libertad moderna. La libertad política es su garantía, lo que la hace indispensable. Pero pedirle a los hombres de nuestros días que sacrifiquen, como se hacía en el pasado, la totalidad de su libertad individual a la libertad política, es el medio más seguro para alejarlos de la primera y, una vez conseguido este resultado, nada habría más sencillo que despojarles de la segunda”.

32 Observada ya desde el trabajo clásico de Lawrence Lowell, A., *Public Opinion and Popular Government*, Nueva York, Johnson Reprint Corporation, 1969.

privado, trasladando diferentes aspectos tradicionalmente recogidos en el derecho privado al derecho público. Porque, si ya desde los romanos era el derecho privado el que establecía la norma común del derecho, el derecho por excelencia, y se encargaba, por tanto, también, de establecer su propia extensión, con el constitucionalismo esta situación va a verse radicalmente alterada. El mecanismo jurídico por el que se señala la extensión misma de la juridicidad en una sociedad y la distribución de su competencia en diferentes facetas sectorializadas de la legislación va a ser la Constitución. Por eso, en la Constitución se recoge todo lo relativo a la “ciudadanía”, concepto que, en gran medida, va a disputar la prioridad al tradicional de “personalidad y capacidad” propio del derecho privado.<sup>33</sup>

Esta articulación jurídica, además, va a reflejar con notable precisión la historicidad que aquí se predica de la concepción jurídica de lo público, ya que resulta posible señalar instrumentos normativos concretos, disposiciones constitucionales (y, en general, diferentes estructuraciones de la realidad jurídica) en respuesta a las diferentes fases que, por lo general, se señalan desde la teoría del Estado, a saber: el Estado de derecho, el Estado social y la crisis del Estado social.

Esas fases se clasifican, a los efectos del presente trabajo, inicialmente, como de predominio de lo privado en el Estado liberal, equilibrio o predominio de lo público en el Estado social, y una fusión mayor de ambos aspectos en la situación de crisis del Estado social. Aunque conviene aclarar que dichas fases no vienen a sustituirse unas a otras, desplazando cada una a la anterior, sino que, en cierta medida, se van superponiendo sucesivamente de forma que es posible rastrear su existencia no sólo en el constitucionalismo histórico, sino también en las

33 Puede señalarse, en este sentido, la afirmación de que los titulares de ciertos derechos fundamentales no son las personas o los españoles, sino los ciudadanos integrados en el *status activae civitatis* de Jellinek (*Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milán, 1912, capítulo X, pp. 151 y ss.). Los derechos políticos o de participación desbordan el concepto iusprivatista de personalidad y reclaman el más específico iuspublicista de ciudadanía sí, en las STC 149/1988. Esta idea no parece, sin embargo, estar totalmente asentada ni en la jurisprudencia constitucional ni en la propia Constitución, toda vez que si bien el artículo 23 de la Constitución española viene encabezado por un “Los ciudadanos tienen derecho[...]”, el artículo 13.2, al referirse a esos mismos derechos, afirma que “Solamente los españoles serán titulares” (y no los ciudadanos). En este mismo sentido, las afirmaciones contenidas en la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992 (derecho de sufragio pasivo de nacionales comunitarios en el Tratado de Maastrich) parecen apuntar a una cierta “desconstitucionalización” del concepto de ciudadanía, trasladando el problema hacia abajo al Código Civil y hacia arriba a la normativa europea.

constituciones vigentes y, particularmente, tal como aquí se hace, en la española de 1978.

En la segunda parte se estudian y analizan las diferentes aportaciones doctrinales a la definición del concepto jurídico de “público”. Y lo primero que llama la atención es la escasez de estas aportaciones, en forma tal, que su sola localización es ya el primer problema que debe abordarse. Además, tal como se expone al hablar de cada una de ellas, no parece que el tema haya sido enfrentado en su verdadera complejidad, sino más bien de una forma relativamente superficial. Aunque es cierto que casi todos estos trabajos no son tratados extensos, sino pequeños artículos o reflexiones (y algunos de ellos escritos más por la obligación que impone el orden alfabético de las enciclopedias y diccionarios que por un verdadero interés científico en su aclaración).

Para completar el estudio de los diferentes autores considerados (O. Ranelletti, Norberto Bobbio, Achille Meloncelli, Rudolf Smend, que son aquéllos que, hasta donde ha sido posible indagar, se han ocupado monográficamente del tema con una orientación similar a la aquí empleada) se incluye también una sección con las denominadas “aportaciones implícitas”.<sup>34</sup> Y es que, como ya se ha señalado, el carácter “previo” de la cuestión hace que, aunque no se aborde directamente, resulte al final insoslayable su consideración, en el sentido de que su simple empleo (si es más o menos constante y sistemático) presupone ya una determinada toma de posición. Estas aportaciones implícitas se han dividido en tres grandes grupos refiriéndolas a los países en que cada una de ellas ha alcanzado un mayor desarrollo sin que ello implique, naturalmente, que todos los autores con tal nacionalidad y ninguno de otra la hayan adoptado. Se han elaborado de esta forma tres modelos, cada uno con un aspecto sobresaliente en su configuración: el modelo alemán o lo público como rasgo del Estado; el modelo francés o lo público como rasgo de la nación; y el modelo inglés o lo público como rasgo del reino. De los tres, es el francés el que implica una construcción más completa y coherente del concepto de lo público, con los postulados liberales y democráticos clásicos y, por ello, también donde más claramente se aprecian las modificaciones que dicho modelo experimenta en la actualidad. Este sistema francés, parcialmente heredado en la

34 Segunda parte, capítulo I, punto 2, pp. 184 y ss.

Constitución española, se basa en el concepto de nación como centro de imputación de la publicidad.

De este modo, es posible disponer de un esquema enriquecido por las diferentes aportaciones doctrinales, que haga posible el estudio sistemático del término público en la Constitución española y, en general, el intento de concepción que aquí se propone. O, desde otro punto de vista, se trata de avanzar en niveles cada vez más concretos de análisis. Partiendo de su forma general, que se realiza en la primera parte, se pasa luego a los diferentes modelos nacionales y a su interpretación dogmática, para terminar con el análisis de un texto jurídico concreto: la Constitución española de 1978.

Para ello, con este instrumental surgido de la propia elaboración y de la constatación y crítica del resto de aportaciones doctrinales, se comienza por una descripción del material positivo contenido en el texto de la Constitución en relación directa con la temática elegida. Este material se clasifica descriptivamente en cuatro campos diferentes: lo público como especificidad orgánica, lo público como garantía, lo público como interés y lo público como ámbito.

Este material, ya estructurado, se compara con las articulaciones política y jurídica propuestas en la primera parte y, en particular, con las diferentes fases propias del Estado moderno: Estado de derecho, Estado social y crisis del Estado social, para verificar la invalidez del esquema elegido y su capacidad de acercarnos a una más adecuada comprensión de la categoría de lo público en la Constitución española de 1978. Este estudio positivo se completa con el análisis de la jurisprudencia constitucional referida a cada uno de estos ámbitos (integrada, en su caso, con el desarrollo legal de que hayan sido objeto) y con su crítica desde el punto de vista general aquí sostenido, así como con algunas referencias al derecho comparado más próximo.