

SEGUNDA PARTE

EL CONCEPTO DE LO PÚBLICO EN LA DOGMÁTICA Y EN EL DERECHO POSITIVO: EL CASO ESPAÑOL

CAPÍTULO I

EL CONCEPTO DE LO PÚBLICO EN LA DOGMÁTICA: UNA LLAMATIVA POBREZA TEÓRICA

1. Las aportaciones explícitas (consideración crítica) . . .	154
A. Ranelletti	155
B. Norberto Bobbio	162
C. Achille Meloncelli	171
D. Rudolf Smend	177
2. Las aportaciones implícitas	184
A. Lo público como rasgo del Estado (la doctrina alemana)	185
B. Lo público como carácter de la nación (la doctrina francesa)	196
C. El caso inglés (el reino)	202

SEGUNDA PARTE
EL CONCEPTO DE LO PÚBLICO
EN LA DOGMÁTICA
Y EN EL DERECHO POSITIVO:
EL CASO ESPAÑOL

CAPÍTULO I

EL CONCEPTO DE LO PÚBLICO EN LA DOGMÁTICA: UNA LLAMATIVA POBREZA TEÓRICA

Sorprende, efectivamente, que a la importancia y función básica que los ámbitos de lo público y lo privado desempeñan en la realidad no se correspondan unos adecuados desarrollo y categorización dogmáticos. Se trata, de manera general, de “supuestos” con los que se cuenta y de los que se parte, pero que no se explican. El hecho, en sí mismo, como dato, pone de manifiesto la ausencia de reflexiones del tipo de las que aquí se intentan. Y quizá ahí pueda encontrarse un elemento clarificador de la indigencia teórica: el de que precisamente la importancia y función que en la realidad desempeñan los ámbitos de lo público y lo privado hacen que su elaboración teórica implique el compromiso de profundizar e incluso desvelar mecanismos vitales del complejo histórico de referencia, lo que impone no sólo dificultades añadidas, sino exigencias metodológicas que se sitúan fuera del paradigma científico dominante. Asimismo, ésta es la razón de que, en todo caso, las concepciones existentes se encuentren, en buena medida, fuera del esquema aquí propuesto.

En este sentido, la doctrina, acaso por la índole en cierto sentido “previa” de esta distinción, apenas si se ha ocupado de la concepción (no de la que separa derecho público de derecho privado que es un tema clásico) de lo público³²⁰ y lo privado como tales, asumiendo de forma rutinaria en las páginas iniciales de los manuales de la materia que es público (siguiendo a la doctrina alemana, ya que la francesa ha tenido que matizar esta afirmación por el carácter central (pero relativamente indefinido) del concepto de nación en su derecho público) todo

³²⁰ Según Achille Meloncelli en *Enciclopedia del Diritto*, s. v. *pubblicità (dir. pubblico)*, “el tema, por lo que me consta, no ha sido nunca objeto de estudio monográfico”. Lo cual no es totalmente exacto (Ranelletti, “Il concetto ‘pubblico’ nel diritto”, *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, 1905, o Forchielli, “Il concetto di ‘pubblico’ nel diritto canonico”, *Studi di storia e di Diritto in onore di C. Calisse*, II, Milán, 1940, pp. 485 y ss.) pero sí altamente indicativo.

lo relativo al Estado y privado el resto. Esta concepción resulta difícil de mantener en sede teórica, y de hecho no describe el ámbito material de que se ocupan estos manuales de “derecho público”, ya que, en tal caso, habría que considerar privados, por poner sólo un par de ejemplos, a los partidos políticos o a los convenios colectivos de trabajo, temas ambos que, sin embargo, sí son objeto de atención en este mismo tipo de obras.

A lo largo de esta segunda parte se estudian, en primer lugar, las posiciones de aquellos autores que han abordado el tema globalmente de manera expresa y, en segundo lugar, cuál es el concepto de lo público y lo privado que subyace a las diferentes exposiciones de la dogmática jurídica aunque no se haya hecho explícito. Se consideran igualmente las teorizaciones existentes sobre ámbitos parciales de publicidad, en particular en lo que se refiere a la publicidad de los bienes públicos, la publicidad de los poderes públicos, la publicidad parlamentaria y la publicidad y publicación de los actos normativos.

1. LAS APORTACIONES EXPLÍCITAS (CONSIDERACIÓN CRÍTICA)

Como ya se ha dicho, muy pocos son los autores que de una manera directa han abordado la concepción general de lo público. Existen, con todo, algunos trabajos que sí se refieren directamente a este tema.

Dejando al margen la obra de Guglielmo Nocera,³²¹ *Il binomio pubblico/privato nella storia del diritto*³²² ya considerado en lo referente a Roma,³²³ y la de Forchielli, “Il concetto di pubblico nel diritto canonico”,³²⁴ por quedar muy alejada de los temas que aquí se exponen,³²⁵ pueden destacarse los trabajos de Ranelletti, Norberto Bobbio, Achille Meloncelli y Rudolf Smend.

321 A la que ya se ha hecho referencia en el capítulo I.

322 Edizioni Scientifiche Italiane, Perugia, 1989.

323 Además de las consideraciones realizadas en el capítulo I sobre la “veracidad” de dicho binomio para la sociedad romana.

324 *En Studi di storia e di diritto in onore di C. Calisse*, II, pp. 485 y ss.

325 Y porque el derecho canónico presenta en grado máximo un carácter ideológico que no ha hecho sino acentuarse conforme la posición real de poder de la Iglesia ha ido retrocediendo. El derecho canónico ha seguido funcionando como si la Iglesia desempeñara aún sus funciones públicas, manteniendo presuntos tribunales, presuntos procedimientos jurídicos, etcétera, pese a la escasa incidencia real de los mismos.

A. Ranelletti

El primero en ocuparse explícitamente del concepto de lo público dentro del sistema jurídico del Estado contemporáneo fue O. Ranelletti en su “Prolusione al corso di diritto amministrativo e scienza dell’amministrazione presso la R. Università di Pavia”³²⁶ de 1905. En ella, Ranelletti comienza, significativamente, por indicar la novedad del tema en la forma en que él lo plantea, no como distinción entre derecho público y derecho privado sino en el sentido de si cuando

hablamos de derecho público en contraposición a derecho privado, de persona jurídico-pública como antítesis de persona jurídico-privada, de función pública y de funcionario público, de administración pública en contraposición a privada, de orden público, de bienes públicos o demanio público [...] ¿lo hacemos de un concepto único? ¿Existe un elemento que puede considerarse característico de tal concepto?³²⁷

Según Ranelletti, el término “público” se emplea en primer lugar para referirse a la relación existente entre un lugar, una cosa, una acción, etcétera, y una determinada colectividad, es decir, de una relación entre dichos elementos y un público en el que se prescinde de la condición específica de cada miembro del mismo. Por ejemplo, al referirnos a un lugar abierto al público, al uso público, a las reuniones públicas, etcétera. El carácter público de esta colectividad vendría, así, en cierto modo determinada por su anonimato, por no tratarse de personas específicas ni de sus situaciones, sino de una generalidad abstracta.

En segundo lugar, este adjetivo se emplea para referirse al conjunto de principios en que se apoya el Estado en su organización política y social. Principios que el Estado considera necesario garantizar para hacer posible la existencia misma, seguridad y desarrollo normal de las instituciones básicas de la sociedad. Al conjunto de estos principios que constituyen la estructura básica política y social de un Estado se le denomina orden público, y constituye un límite a la libertad de los ciudadanos en sus relaciones privadas (dejando al margen el orden público internacional que afecta a los Estados). Según Ranelletti, existen principios de orden público tanto en los institutos y relaciones de de-

326 Recogido en la *Rivista di Scienze Giuridiche*, 1905, pp. 337-354.

327 *Op. cit.*, p. 338.

recho público como en los de derecho privado. Este concepto de “público” está íntimamente vinculado a un “interés público” en la medida en que se consideran principios de orden público aquellos cuyo respeto se considera imprescindible para los intereses comunes, fundamentales para la vida y desarrollo de un determinado país. Si bien corresponde exclusivamente al Estado, a través de su Legislativo, su reconocimiento y declaración. Lo público sería la justificación misma de la existencia del Estado. Porque el Estado, según esta hipótesis, se definiría finalísticamente en función de los objetivos que persigue (interés público), si bien con la consideración de que dicho interés no es un *a priori*, sino un resultado de la propia actuación estatal.³²⁸

En otros casos, el término se emplea para referirse a las actividades, bienes, relaciones, normas, etcétera, que se refieren a una persona jurídica pública “como tal”. Se habla, así, de función pública, funcionario público, administración pública, etcétera. Se reconoce que aquellos sujetos en que recae la condición de público no por eso quedan imposibilitados para participar de otras condiciones. El uso del adjetivo “público” estaría llamado a individualizar la parte de esos mismos sujetos que se corresponde “esencialmente” con su determinación pública (no las funciones, en general, de la administración, sino las funciones públicas, por ejemplo).

La naturaleza pública o privada de cualquier función estriba en el hecho de que un ente público haga suya dicha función o que, por el contrario, la deje en manos de los privados, sea individualmente o a través de algún tipo de organización.

En aquellas funciones que el Estado no se ha reservado como propias cabe la actuación de los individuos u organizaciones en concurrencia con la actividad estatal, pero perderán este carácter privado en el momento en que el Estado u otro ente público las asuma, convirtiendo a estos mismos privados en agentes por cuenta de aquéllos. No basta, pues, una intervención cualquiera del Estado sobre una actividad privada para que pase a ser pública; la actividad legislativa encaminada a regularla o aquella ejecutiva que pretende asegurar el respeto al ordenamiento (policía) no modifican el carácter de la actividad en tanto el Estado no la asuma como propia. Cuando estas funciones se hacen públicas, recaen, parcialmente, en funcionarios públicos, es decir, en los

328 Argumento circular.

individuos encargados del “ejercicio y cumplimiento de una función pública”.³²⁹

Ranelletti hace referencia a las tres funciones clásicas: legislativa, judicial y gubernativa. Especificando que las dos primeras tienen siempre carácter público. Ambas tienen, según su planteamiento, en común el ser actividades encaminadas a la formación del derecho, sea para casos generales (legislativa), sea para casos particulares o inciertos (judicial). Habiendo asumido el Estado el monopolio del derecho, estas funciones adoptan necesariamente carácter público.³³⁰ La administración, sin embargo, puede ser pública o privada. La administración, en sentido material u objetivo (la función o actividad central, continua, esencial y ordinaria del Estado, que sin ser legislación ni jurisdicción, y mediante la cual el Estado, sea directamente por medio de órganos propios, sea indirectamente por medio de otros sujetos de derecho, tiende inmediatamente a la satisfacción de sus misiones concretas de defensa del derecho y de la prosperidad social, ya sea libremente, con poderes discrecionales, con el derecho como límite o en ejecución de las normas jurídicas existentes, es decir, respondiendo a un deber preexistente), es siempre pública, aunque no toda ella le corresponda a la administración pública en sentido formal o subjetivo (los órganos a los que se atribuye la función citada) ya que puede realizarse parcialmente por individuos u organizaciones privadas.

En cuanto a los bienes demaniales, su peculiaridad estriba en que se destinan a la satisfacción de una función social que el Estado o las administraciones públicas han asumido como propias; esta relación entre bien y función reenvía a su vez a la relación entre bien y ente público, ya que, como se ha dicho, la función sólo cambia de carácter desde que se produce su asunción explícita por uno de ellos.

También al hablar de derecho público se hace referencia a los entes públicos, a las normas que regulan a cada uno de ellos, sus relaciones entre sí y las relaciones con los particulares.

329 Ranelletti, O., “Prolusione al corso di diritto amministrativo e scienza dell’ amministrazione presso la R. Università di Pavia”, p. 341.

330 Ranelletti escribe que “En el derecho público moderno no cabe hablar de una legislación o de una jurisdicción privada”. Hoy no parece tan claro que pueda mantenerse esta afirmación, ni que todos los casos aparentemente contrarios lo sean por *delegazione di poteri*. Los convenios colectivos de trabajo, los *incoterms*, o las condiciones generales de contratación de los servicios en monopolio no parecen encajar exactamente en esta hipótesis.

En resumen, pues, el problema estriba —según Ranelletti— en determinar cuáles son las personas jurídico-públicas y de dónde toman tal carácter. Una primera categoría de estos entes la forman aquéllos que disponen de imperio, es decir, de la capacidad de obligar directamente con medios propios a los sometidos al cumplimiento de sus órdenes. Esta capacidad de imperio es específica del Estado moderno, y lo distingue del resto de poderes. El origen histórico de este poder estatal hay que buscarlo, según Ranelletti, en los siglos XVI y XVII, en los que se dio fin a la poliarquía medieval.³³¹ Existen, con todo, otros sujetos que disponen de esta capacidad de imperio como los municipios. Pero se trata siempre de un poder que, desde un punto de vista jurídico, deriva del poder del Estado y del que puede disponer libremente regulándolo, restringiéndolo o extinguiéndolo por medio de una ley. El Estado sería el único que puede “regular con voluntad propia la propia constitución”.³³² Respecto de esta primera categoría se trataría de ver si su carácter público estriba en la posesión de la citada capacidad de imperio o si, por el contrario, responde a alguna de sus competencias para el ejercicio de las cuales resulte imprescindible. Si la existencia misma del Estado se hace depender de la necesidad que la sociedad tiene del derecho y de que éste venga acompañado de coacción exterior y la del derecho de la incapacidad de garantizar una convivencia justa en su ausencia; y si, además, la administración suele actuar sin esa condición de imperio, poniendo a disposición del público medios materiales y personales para la promoción del bienestar colectivo, actividad que hemos calificado como pública y que, además, puede encomendarse a organizaciones privadas (como las de beneficencia que actúan, en este sentido, con carácter público, como las cajas de ahorro, por ejemplo debe admitirse que existe un elemento al margen de la potestad de imperio del que deriva el carácter público de un ente.

Este elemento se compone de un interés colectivo a cuya satisfacción se dirige el ente, que el Estado haya reconocido como propio dicho interés y que el Estado considere que dicho ente actúa en la realización de este interés reconocido como propio. A aquellos entes que el Estado

331 Siguiendo aquí la terminología de Hegel.

332 Ranelletti, O., “Prolusione al corso di diritto amministrativo e scienza dell’ amministrazione presso la R. Università Pavia”, p. 345. Se apunta aquí el carácter de la Constitución como instrumento principal de la articulación de las esferas pública y privada, idea que, sin embargo, no se desarrolla.

reconoce como dotados de estas características les impone una obligación jurídica de realizar dichos fines por la que relaciona a dichos entes con el Estado.

Así pues, la naturaleza pública de los entes públicos distintos del Estado estriba en la función que desempeñan en relación con el Estado. La del Estado, como ya se ha dicho, parte también del desarrollo de estas mismas funciones.

En cuanto al carácter público de la Iglesia (problema que resulta especialmente evidente en Italia por la especial situación jurídica del Vaticano), Ranelletti se limita a señalar que siendo como son los fines de la Iglesia distintos de los del Estado, pero reconociendo éste la “importancia” de los mismos, la Iglesia recibe una “publicidad completamente especial, y con un alcance bien distinto de la general, común”.

En resumen,

Todo el concepto de público, pues, en el significado que aquí estudiamos, es decir en referencia a las personas jurídico-públicas, a su actividad, organización, etcétera, al mismo derecho que la regula, es decir al derecho público, se resume y concentra en el Estado: es público todo aquello que directa o indirectamente es del Estado. El Estado es la síntesis de la cosa pública; no haya cosa pública si el Estado no la considera como tal.

Siendo esto así, el problema de la publicidad se reduce a la determinación del Estado como persona jurídica pública.

El Estado es persona jurídico-pública por su capacidad de realizar actos con eficacia jurídica de naturaleza pública. El carácter público de tales actos viene a su vez determinado por la función que desempeñan dichos actos. Si se trata de actos realizados íntegra y exclusivamente como consecuencia de la existencia y funciones del Estado (Constitución, organización, legislación, jurisdicción, etcétera) o que tengan como causa inmediata la satisfacción de un determinado interés colectivo, dichos actos son públicos. Ahora bien, como las primeras actividades citadas son públicas en razón del fin que persiguen “queda, pues, como razón última, verdadera y exclusiva de la naturaleza pública del acto y de la actividad del Estado [...] la intención [...] de satisfacer los intereses colectivos del pueblo, ya sean de conservación como de bienestar y prosperidad”.³³³

333 *Ibidem*, p. 343.

Por ello mismo, el concepto de “público” es fijo, si bien “su extensión es variable, como es variable y variada la serie de fines que el Estado se propone, es decir, los intereses colectivos cuya satisfacción aquél cuenta entre sus fines propios”. Intereses que deben venir determinados por la mayoría de los ciudadanos y no por las exigencias o necesidades de “un individuo, una clase, o peor aún de organizaciones parciales, que surgen violentas y amenazadoras en el seno del Estado”.³³⁴

El planteamiento de Raneletti cuenta como virtudes principales su novedad y su no simplificación. Raneletti hace una presentación del problema, al menos inicialmente, en toda su complejidad, al observar cómo el Estado y los particulares desempeñan numerosas funciones análogas, unas veces consideradas públicas y otras privadas y, también, cómo la participación estatal no determina automáticamente el carácter público de un determinado ámbito, puesto que “en aquellas funciones que el Estado no se ha reservado como propias cabe la actuación de los individuos u organizaciones en concurrencia con la actividad estatal”.

Sin embargo, el razonamiento adquiere notables dosis de circularidad, ya que si se afirma que la publicidad, como concepto general, depende de su relación con el interés público o general, pero luego este interés general es el resultado de la actividad estatal que lo declara y hace propio, resulta que la publicidad depende de la declaración como tal por parte del Estado y, en definitiva, de la vinculación con el mismo. Pero si, por otra parte, se afirma que la existencia del Estado está, en sí misma, vinculada al servicio de esos intereses, parece que aquéllos deberían preexistir a éste y no venir a ser el resultado de su actividad. En realidad, Raneletti se encuentra aún, por su momento histórico, en plena transición de la democracia liberal a la democracia de masas moderna (en realidad en el momento de su más aguda crisis, que se trasluce en las sombrías perspectivas con que termina su artículo), por lo que debe afrontar un dilema nuevo.

Si los liberales podían afirmar, de un lado, que el interés general estribaba en la defensa de la propiedad y la libertad y, simultáneamente, dejar que dicho interés general se especificara en una instancia estatal, ello sucedía porque sólo quienes eran propietarios y libres (no dependientes, en la terminología de la época) contribuían a la formación de

334 *Ibidem*, *in fine*.

dicha voluntad estatal. No sucede lo mismo en la democracia de sufragio universal. En una sociedad política con individuos en muy diferentes situaciones sociales, difícilmente puede hablarse de un interés general que no suponga una opción más favorable para alguno de los sectores en conflicto. La propia definición del interés público es ella misma objeto de debate, por lo que se vuelve un resultado y no un *a priori*. El bien público es el resultado efectivo del conflicto de intereses en las instancias estatales, pero si esto es así, no parece que pueda afirmarse que el Estado se constituye *para* la defensa del bien público, sino para la especificación del mismo, en una problemática semejante a la expuesta en relación con la representación y la dialéctica traslado de una voluntad social/creación de la voluntad estatal.

Además, Raneletti emplea en apoyo a sus hipótesis una situación jurídica que, como se ha expuesto en páginas anteriores, ha dejado de existir en la práctica. Raneletti considera que existe un verdadero monopolio legislativo por parte del Estado. Sin embargo, las numerosas instancias citadas, al hablar de la articulación jurídica de lo público y lo privado en el Estado social y en su crisis, demuestran la existencia de diferentes colectivos no públicos en el sentido de Raneletti, que, sin embargo, sí desempeñan funciones jurídicas (*incoterms*, arbitrajes, convenios, acuerdos marco, etcétera). Es decir, que o las personas jurídicas deben definirse con otro criterio o las funciones públicas no son las que señala Raneletti o no son exclusivas de los órganos públicos.

Raneletti sí capta, en cambio, la necesaria historicidad de este concepto en la medida en que “su extensión es variable” según la definición concreta de los fines de interés público que se marquen para cada concreto momento histórico.

En definitiva, Raneletti trata de aunar dos definiciones distintas de la publicidad: una, la que la relaciona con el Estado (es público todo aquello que directa o indirectamente es del Estado) (es decir, la publicidad en sentido orgánico), con otra, según la cual, la “razón última [...] de la naturaleza pública del acto y de la actividad del Estado [es] la de satisfacer los intereses colectivos del pueblo”. El mecanismo por el cual se pretende hacer coincidir ambas definiciones es de tipo *kelseriano*,³³⁵ los intereses colectivos no se definen objetiva sino subjetiva-

335 Como lo es la más o menos clara identificación entre Estado y derecho que recorre varios pasajes de este trabajo (*ibidem*, p. 342 *et passim*).

vamente; el interés colectivo se define como resultado de la suma de lo que los diferentes individuos afirman ser ese interés (o como resultado de la persecución cada uno de su interés privado). El interés general se hace procesual. Por ello, ambos pueden coincidir en la medida en que el Estado se someta a una radical democratización y obedezca, por tanto, a la voluntad general, es decir, en la medida en que sus actos vengan “determinados, cuando menos, por la mayoría de los ciudadanos”. Esta tesis es relativamente cercana a la que expone Achille Meloncelli cuando se refiere a la relación existente entre publicidad y Estado democrático (*vid. infra sub C*).

B. Norberto Bobbio

Norberto Bobbio se ha ocupado en diversas ocasiones de temas afines al aquí tratado, en particular en *Pubblico/privato. Introduzione a un dibattito*,³³⁶ en *Democrazia e potere invisibile*,³³⁷ en *Crisi della democrazia e neocontrattualismo*,³³⁸ en *Studi hegeliani, diritto, società civile, Stato*³³⁹ y en *Le contrat social, aujourd'hui*,³⁴⁰ si bien, su contribución fundamental en la que se centra la exposición en este punto se encuentra en su artículo “La grande dicotomia: pubblico/privato” publicada inicialmente en el tomo XIII de la *Enciclopedia Einaudi* (1981) y posteriormente en la recopilación de ensayos *Stato, governo, società*.³⁴¹

Según Bobbio, la primera aparición en el pensamiento occidental de la dicotomía público/privado se encuentra en los pasajes del *Digesto* que distinguen entre derecho público y derecho privado como *quod ad statum rei romanae spectat* y *quod ad singulorum utilitatem pertinet*.³⁴² Para Bobbio, el par de términos público/privado constituye una dicotomía en el sentido de que divide un universo en dos hemisferios mu-

336 Bobbio, Norberto, “Pubblico/privato. Introduzione a un dibattito”, *Fenomenologia e società*, v, núm. 18, enero de 1982, pp. 166-177.

337 En *Il futuro della democrazia*, Turín, Einaudi, 1984, pp. 75-100.

338 Versión española, Bobbio, N., “La crisis de la democracia y la lección de los clásicos”, en Bobbio, N., G. Pontara y S. Veca, *Crisis de la democracia*, Barcelona, 1985, pp. 5-25.

339 Turín, 1981.

340 En *Il pubblico e il privato*, Padua, CEDAM, Archivio di Filosofia Fondato nel 1931 da Enrico Castelli, 1979, pp. 61-68.

341 Turín, Einaudi, 1985. Que, a su vez, es una versión corregida de la escrita en 1974 y recogida actualmente en *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milán, 1984, pp. 145-163.

342 *Corpus Juris (Institutiones, I, I, 4; Digesto, I, I, 1, 2)*.

tuamente excluyente y que, simultáneamente, abarca a todos los aspectos de la realidad considerada. Esta dicotomía surge desde que existe un grupo social en el que se ha producido la diferenciación entre lo que pertenece al grupo en cuanto tal y lo de cada uno de sus integrantes. A esta división suele acompañarse la supremacía del primero sobre el segundo, por ejemplo, en cuanto al derecho *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* o *privatorum conventio iuri publico non derogat*. De ambos términos, pues, “público” es el término fuerte, es decir, aquél cuyo significado define el de su opuesto. “Privado” es lo que no es público (en el derecho, *privatus qui in magistratu non est*). Por ello, el análisis del par de términos se convierte en buena medida en una aclaración del primero, quedando en segundo plano la definición del término “privado”. De ahí que las ideas de Bobbio resulten directamente relevantes al tema tratado.

Ahora bien, para Bobbio, la importancia de la dicotomía público/privado estriba en que absorbe otras dicotomías de las ciencias sociales que sirven para aclararla y completarla. La primera de estas dicotomías incluidas en la de público/privado es la sociedad de iguales/sociedad de desiguales.

La relación público/privado hace referencia prioritariamente a dos tipos distintos de relaciones sociales. Las relaciones entre iguales y no iguales. La esfera de lo público (en forma estatal o no) se caracteriza por la existencia de relaciones de subordinación. Mientras la sociedad de intercambio ideal de los economistas clásicos o la sociedad natural de los iusnaturalistas están regidas por la idea de igualdad, de lo privado, “la familia, el Estado, la sociedad entre Dios y los hombres” vienen regidas por relaciones de desigualdad. Estas relaciones no implican directamente una inclusión en el campo de lo público, ya que esto sólo sucede cuando esta condición se da en grado eminente. Es decir, la familia pertenece a la esfera pública allá donde no existe una esfera superior de organización que la reconduzca a lo privado, esto es, donde no existe una organización estatal. Esta transferencia de una a otra realidad está en la base de las concepciones patriarcalistas o patrimonialistas del Estado, especialmente explícita en el caso de Locke.³⁴³

Cuando se produzca la diferenciación de las relaciones económicas de las relaciones políticas, la diferenciación público/privado se mari-

343 En el *Primer tratado sobre el gobierno*.

festará como la distinción entre sociedad política (o de desigualdad) y sociedad económica (o de igualdad). O lo que es lo mismo, desde el punto de vista del sujeto, la división entre la sociedad del *citoyen* que se ocupa de los intereses públicos y la del *bourgeois* que atiende a sus intereses privados. Es decir, que la distinción iusnaturalista entre estado de naturaleza y estado civil se recompone con el surgimiento de la economía política, en la distinción entre sociedad económica (no política) y sociedad política.

Igualmente confluye con la dicotomía público/privado la relativa a las fuentes del derecho: la ley y el contrato. La distinción viene marcada por la distribución de las fuentes y la diferente naturaleza que a ella subyace. Al derecho público (según Cicerón) la *lex*, el *senatus consultus* y el *foedus*, al privado las *tabulae*, el *pactum conventum* y la *stipulatio*.³⁴⁴ Las primeras provienen de la autoridad política; las segundas se las autoimponen los privados (frente al poder de coacción de que se acompaña a la ley) y se basan no en el poder, sino en un principio natural de reciprocidad. De esta forma vienen a sumarse en el concepto de privado las relaciones entre iguales, entre libres y con forma de contrato/intercambio, en el de público las relaciones entre diferentes, sometidos y en forma de ley/imposición. Por ello, Kant podrá identificar los pares de ideas derecho privado/derecho público y derecho natural/derecho positivo.

En tercer lugar, confluye en la diferenciación público/privado la que separa a la justicia distributiva de la justicia conmutativa. Mientras la justicia conmutativa se basa en la igualdad de lo intercambiado (típicamente un bien por otro bien, un trabajo por su valor, un delito por su pena, un mal por su indemnización), la justicia distributiva responde a ciertos criterios de reparto de honores y cargas que fija la autoridad y que pueden arrojar diferentes resultados según la situación concreta de los sujetos sobre los que se aplica (a cada cual según su mérito, a cada cual según su necesidad, etcétera). La igualdad/justicia conmutativa regula la esfera de lo privado; la desigualdad/justicia distributiva, la de lo público. Esta ecuación es tendencial e histórica. Si tomamos como ejemplos límite la familia y la sociedad internacional, se puede observar cómo progresivamente la familia se va imbuyendo de esta justicia conmutativa (igualdad de cónyuges, derechos del menor, obligaciones ob-

344 Cicerón, *Partitiones oratoriae*, 37, 131.

jetivas hacia la familia, etcétera) y cómo la sociedad internacional, al menos formalmente, trata de pasar de una situación de intercambio de iguales a un “nuevo orden internacional” en el que la decisión de la mayoría se imponga sobre los Estados que contravengan sus normas.

Junto a estos aspectos descriptivos, Bobbio señala el sentido valorativo de la distinción. En torno a la cual, y por ser mutuamente excluyentes, pueden darse dos situaciones opuestas: el predominio de lo privado o el predominio de lo público.

Según Bobbio, el predominio de lo privado se concreta en la recepción de derecho romano. El derecho de Pandectas es básicamente derecho de familia, propiedad, contrato y testamento. Esta identificación del derecho privado con todo el derecho sigue viva en el uso que de la palabra hacen Hegel (que utiliza el término *Verfassung* para referirse al derecho público), Marx (que distingue la crítica al derecho (privado) y al Estado [público] o hasta Pashukanis o Kelsen.³⁴⁵ Una de las muestras de esta prevalencia de lo privado sobre lo público se encuentra en la resistencia que la propiedad ha mostrado a la injerencia del Estado. Incluso Bodino enumera entre las normas limitadoras de la soberanía a la propiedad privada³⁴⁶ como parte de las leyes naturales a las que todos los individuos, incluyendo el soberano, están sometidos. Cosa parecida puede decirse de Hobbes. Con Locke se sientan las bases del pensamiento liberal que según Bobbio puede definirse como “la más consciente, coherente e históricamente relevante, teoría de la primacía de lo privado sobre lo público”. Para Constant, la independencia del individuo frente al Estado es el símbolo de la libertad de los modernos frente a la libertad de los antiguos, modernidad que sigue un *sprit de commerce* que sustituye al *sprit de conquête* del poder político. La esfera privada reclama la reducción al mínimo de la esfera pública. Lo que para Spencer supone sustituir la sociedad militar por la nueva sociedad industrial del presente.

El predominio de lo público ha adoptado, según Bobbio, diferentes aspectos en relación con las diversas reacciones a la concepción liberal del Estado y a la desaparición misma del *Stato minimo* efectivamente reemplazado por las complejas maquinarias estatales del siglo XX. Este predominio se apoya sobre la convicción de que el interés público debe

345 Las citas en Bobbio, *cit.*, p. 12.

346 1576, I, 8.

preponderar sobre el privado y que, además, no es posible reducir el interés público, como querían liberales, utilitaristas, etcétera, a la suma de los intereses privados. Según se configure este interés público como interés de clase, de la nación, del Estado, etcétera, se obtendrán diferentes formas de predominio de lo público. En todo caso, este predominio se va a traducir en una mayor intervención del Estado en la vida social, es decir, en la apropiación de la esfera privada por parte de la esfera pública, experiencia que llega a su más alta expresión en el denominado *Stato totale*.³⁴⁷ Esta progresiva extensión del Estado ya viene prefigurada en la concepción hegeliana de la historia y su valoración positiva del surgimiento del gran Estado burocrático frente a la poliarquía medieval y las relaciones feudales/privadas de subordinación. Según Bobbio, este proceso de predominio de lo público, de “publicación de lo privado” no es un proceso único, sino que viene acompañado en las “sociedades industriales más avanzadas” de un proceso opuesto de privatización de lo público. Entre las manifestaciones de este proceso puede incluirse el uso de las formas contractuales privadas en el marco de lo público, fundamentalmente a través de los convenios colectivos entre las organizaciones sindicales y empresariales y en las relaciones entre partidos con vistas a la consecución de coaliciones de gobierno. Los conocidos fenómenos del corporativismo, *lobbying*, actuación de diferentes poderes fácticos, etcétera son interpretados por algunos autores como una “feudalización” del Estado, como una “degeneración del Estado” en la que “el derecho privado se antepone al derecho público”. Para Bobbio, sin embargo, “el Estado puede reconsiderarse correctamente como el lugar donde se desarrollan y componen, para descomponerse y recomponerse nuevamente, estos conflictos, mediante el instrumento jurídico de un acuerdo continuamente renovado, representación moderna de la tradicional figura del contrato social”.³⁴⁸

Junto a esta gran dicotomía público/privado en los sentidos citados de sociedad de iguales/de desiguales, Estado/sociedad, política/economía, etcétera, Bobbio señala un nuevo campo de aplicación del par de términos con el sentido de público como opuesto a secreto. Históricamente, la división entre público y privado en el primer sentido no coinciden con la del segundo. Como es sabido, la política se entendió hasta

347 Nada contra el Estado, nada sin el Estado, nada fuera del Estado.

348 *Op. cit.*, p. 17.

la Ilustración como supeditada a los *arcana imperii*, a los secretos de Estado (que, en parte, sigue recogiendo el derecho positivo).³⁴⁹ Bobbio hace remontar la teorización del poder público como abierto al público, a Kant. En los lugares citados en la nota 181, Kant establece la fórmula trascendente del derecho público haciendo depender la justicia del mismo de su compatibilidad con la publicidad. Se trata de un enfrentamiento directo con la idea de que el poder del príncipe es tanto más eficaz cuanto más en secreto pueda conservarse, y ello, primero, por el “efecto sorpresa” de las decisiones así adoptadas, y, segundo, por la incapacidad del pueblo en general de adoptar decisiones racionales o de enjuiciar las que otros adopten. Este secreto se obtenía a través de ciertas medidas institucionales como el gabinete secreto y la no publicación de las decisiones adoptadas y de una concepción dominante que consideraba lícita la simulación y el secreto como instrumentos de actuación (como excepciones a la ley moral que prohíbe la mentira). Frente a estas concepciones propias de las monarquías, las repúblicas (la *res publica*) exige que el poder público sea también un poder frente al público. La democracia en su forma directa es por sí misma un procedimiento necesariamente público de toma de decisiones políticas. Allí donde existe democracia representativa, la reunión de los representantes debe también necesariamente estar abierta al público. Carl Schmitt ha expresado el vínculo que une a la representación y a la publicidad del poder: “la representación sólo puede darse en la esfera de la publicidad”, “no existe representación alguna que se ejerza en secreto, a *quattro oggi*”, “el parlamento sólo tiene carácter representativo en la medida en que se admita que su actividad sea pública”.³⁵⁰ Bobbio señala, finalmente, cómo este proceso de publicidad del poder público no se da en una sola dirección, sino que en la misma medida en que los ciudadanos adquieren un conocimiento más exacto de los mecanismos de poder, también el poder público adquiere un conocimiento cada vez más exacto de las actividades privadas. Si el poder público estatal pierde sus secretos, también los pierde la sociedad privada. El uso masivo de los equipos de procesamiento de la información, la regularización de las más variadas actividades de la vida privada, los diferentes deberes de

349 La muy debatida en los últimos tiempos Ley de Secretos Oficiales.

350 Schmitt, Carl, 1928, p. 208.

información a la administración pública hacen que el Estado conozca hoy más que nunca la vida privada de sus ciudadanos.

En los textos antes citados, Bobbio se refiere aproblemáticamente al surgimiento de la división público-privado en Roma, aceptando en su literalidad las afirmaciones del *Digesto*. Sin embargo, tal como se expone en el capítulo I, la realidad es notablemente más compleja. No se trata tanto de que a raíz de la distinción entre grupo e individuo surja la diferenciación entre lo público y lo privado, sino de que una determinada organización comunitaria, la centrada en el *populus* trata de imponerse a otra, la “civil” gentilicia tradicional, disolviendo sus vínculos y privilegios y situándolos en un ámbito de subordinación respecto a los vínculos e intereses que defiende esta nueva organización protoestatal. De hecho, la categoría de “individuo” no parece de gran aplicación a Roma; baste recordar, a este respecto, la dependencia de los diferentes derechos de la pertenencia *familiar* a las diferentes clases o tribus, o los poderes que el *pater familias* ostentaba en relación con sus hijos, la capacidad de actuar por ellos, de vincular colectivamente a la familia, etcétera o, en el ámbito estrictamente político, el voto por tribus y centurias.

Por ello mismo, es discutible la afirmación de Bobbio de que la distinción público/privado “constituye” una dicotomía perfecta de un ámbito de la realidad. Esta situación se produce, más bien, en ciertos supuestos, como resultado de una serie de procesos históricos (concentración del poder y del derecho en el Estado moderno, atomización de la sociedad, surgimiento del mercado de trabajadores y mercancías, etcétera) y no es predicable de una situación cualquiera en la que exista el derecho. En Roma, por ejemplo, la oposición fue prácticamente siempre en varias direcciones: público frente a privado, público frente a civil, etcétera, y no sólo en la de la dicotomía expuesta.

Igualmente, la asimilación que hace Bobbio entre la esfera de lo público y las relaciones entre jerárquicamente desiguales, y la esfera de lo privado y las relaciones entre iguales puede ser objeto de ciertas críticas.

Porque aunque en algunas de estas relaciones esto sea así, no lo es en lo que se refiere a lo que Habermas llama “lo público de lo privado” o lo que aquí se ha expuesto bajo el epígrafe “articulación política”. Sucede, efectivamente, que entre la sociedad y los órganos de dirección

política del Estado se establecen relaciones que, en absoluto, pueden considerarse como de inferioridad jerárquica. La relación política por excelencia, la relación de representación, de ninguna manera presupone que el personaje público, el representante, se encuentra en una situación de superioridad frente a la masa de privados, representados, que lo eligen. Sino, en todo caso, al contrario. El propio Bobbio ha escrito³⁵¹ que lo característico del vínculo político representativo, que es lo que hace de este vínculo un vínculo público en su forma de mandato representativo, es la abstracción que se realiza en él de las diferencias entre los ciudadanos. Éstos aparecen en el nexo representativo como ciudadanos abstractos iguales, no como personas concretas con biografías específicas, sino como representantes de la categoría de los ciudadanos. Todo el argumento de Bobbio parece reversible, porque frente a la afirmación de que es el *citoyen* el desigual y el *bourgeois* el igual, más parece que pudiera sostenerse razonablemente lo contrario. El *citoyen* es, por definición, el igual, el que cuenta con derechos fundamentales que lo igualan con sus conciudadanos y lo protegen frente al Estado. El *citoyen* es, naturalmente, igual ante la ley. Es justamente el *bourgeois*, el hombre de sus negocios, el que según el riesgo y ventura a que se somete, resulta colocado en una u otra posición de desigualdad frente a sus competidores en el mercado. El *bourgeois* se mueve en el reino de los desiguales, de los económicamente desiguales, aunque políticamente iguales (cuando menos formalmente).

El análisis que Bobbio realiza de la relación entre público y privado y las fuentes del derecho cuenta con una aplicabilidad limitada a un cierto momento histórico. Como se ha expuesto en las secciones III, 2, B, 2) y 3), los instrumentos privados de creación de derecho no suponen que estemos ante instrumentos libremente elegidos, sino, en numerosas ocasiones, ante formas más intensas de imposición que las provenientes del Estado. De nuevo, es el propio Norberto Bobbio el que ha escrito

no importa que el individuo sea libre políticamente si después no es libre socialmente. Por debajo de la “no-libertad”, como sujeción al poder del príncipe, hay una “no-libertad” más profunda[...] y más difícilmente extirpable: la “no libertad” como sumisión al aparato productivo y a las

351 Bobbio, Norberto, “La crisis de la democracia y la lección de los clásicos”, en Bobbio, N., G. Pontara y S. Veca, *Crisis de la democracia*, pp. 17 y ss.

grandes organizaciones del consenso y del disenso que la sociedad corporativa inevitablemente genera en su seno. El problema actual de la libertad no puede restringirse ya al problema de la sociedad civil, afecta no al ciudadano en cuanto tal, esto es, al hombre público, sino al hombre entero en cuanto ser social.³⁵²

Por otra parte, el análisis que realiza aquí Bobbio sobre el predominio de lo privado en el Estado liberal o de lo público tanto en el *Stato totale* como en “las complejas maquinarias estatales del siglo XX”, parece excesivamente superficial. Como se ha tratado de exponer, no se trata de que lo privado y lo público aumenten o disminuyan en extensión en un sistema de suma cero, sino de que existen diferentes modos de articulación de ambas realidades tanto en lo político como en lo jurídico. El presunto *Stato minimo* de que nos habla Bobbio es, entre otras cosas, el que levantó el Imperio en Gran Bretaña, conquistando, sojuzgando y explotando económicamente un territorio inmensamente mayor que el de la “madre patria” (la India, por ejemplo) gracias a una perfectamente ajustada “maquinaria estatal”, cuya escala es posible deducir a la vista de sus realizaciones. No se trata, por tanto, de que la no injerencia en ciertas esferas se realizara a costa de la “reducción” de lo público, sino de que se produjo una interrelación menos profunda entre ambas realidades que la propia de épocas posteriores.

De igual modo, la identificación entre *Stato totale* y predominio de lo público parece responder, como en el caso anterior, más a las afirmaciones de sus propagandistas que a la realidad de los hechos. Interpretar al *Stato totale*, a los Estados fascistas, como el resultado de un crecimiento desmedido de la esfera pública no es, cuando menos, la única alternativa posible. Entre otras, estos mismos hechos han sido interpretados en el sentido de que se trató más bien de una modificación en la estructura y composición del bloque dirigente con inclusión mayoritaria del nuevo capitalismo monopolista acompañada de los necesarios cambios en la estructura del Estado para responder a las nuevas necesidades de la economía capitalista monopolista.³⁵³ Es decir, que ciertos grupos de particulares consiguieron movilizar en su beneficio a las estructuras públicas del poder, no que éstas se impusieran espontá-

³⁵² Cfr. p. 225.

³⁵³ Cfr. Cabo Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. II, Estado y derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional, Barcelona, 1993, pp. 302 y ss.

neamente a la sociedad coartando su desarrollo. El movimiento habría venido de lo social a lo estatal (de lo privado a lo público) y, después, reflejamente, de nuevo sobre la sociedad y no viceversa.

En resumen, la elaboración de Norberto Bobbio, pese a la importancia de sus aportaciones, no parece ser suficientemente coherente (ni siquiera con las ideas expresadas por el propio Bobbio en otros lugares), ni contar con la suficiente especificidad histórica como para poder presentarse como afirmaciones generales. Con todo, no hay que olvidar que no se trata de un trabajo extenso, sino de una publicación relativamente breve lo que acaso explique estas deficiencias.

C. *Achille Meloncelli*

Achille Meloncelli, autor del trabajo “*Publicità (diritto pubblico)*”,³⁵⁴ comienza por señalar, como ya hiciera Raneletti, las dificultades que entraña el problema considerado en su conjunto, y ello porque al margen del uso más o menos preciso de la expresión en el derecho positivo, tampoco “la doctrina iuspublicista supone un punto de referencia unívoco, porque o ha aceptado, ignorando en lo esencial el derecho positivo, las sistematizaciones conceptuales elaboradas por otros sectores de la doctrina, o ha empleado la palabra ‘publicidad’ con tal promiscuidad que ha creado una notable confusión terminológica (por todos, Gianninini, M. S., *Diritto amministrativo*, II, Milán, 1970, p. 1,009)”,³⁵⁵ indicando además en su muy amplia orientación bibliográfica que no conoce ningún trabajo que se haya ocupado de la cuestión en toda su amplitud.

En todo caso, Meloncelli comienza por distinguir varios sentidos del término “publicidad” dentro del derecho público. Según un primer concepto, la publicidad indicaría la manifestación exterior de las actividades de los poderes públicos, así como de las razones en que se basa dicho comportamiento. Se incluirían aquí desde las motivaciones de los actos administrativos o de las sentencias a la participación de los administrados en las funciones públicas. La publicidad sería el resultado que se desea obtener en todo el funcionamiento del sector público en función del derecho que se reconoce a todo ciudadano a disponer de dicha información.

354 En *Enciclopedia del Diritto*, s. v.

355 *Ibidem* p. 1,027.

Según un segundo concepto, la publicidad se restringiría a aquellas normas que tienen como fin la creación de una “situación objetiva de cognoscibilidad”,³⁵⁶ es decir, las que señalan la posibilidad de presencia de un “público” (en las salas de justicia, en el Parlamento) o las relacionadas con la publicación, notificación, etcétera.

Existe además una concepción que relaciona la publicidad con la obligación del Estado de ofrecer información en general, no sólo sobre sus actividades en relación con los ciudadanos, sino una obligación genérica de trasladar a la ciudadanía cuanta información se genere o adquiera como consecuencia de la actuación de los poderes públicos.

Meloncelli señala, además, otras concepciones menos relevantes, como son las de publicidad-medida de conocimiento permanente o no permanente, publicidad-relaciones públicas, publicidad-propaganda, etcétera.³⁵⁷

Pese a la diversidad aparente de todas estas facetas de la publicidad, Meloncelli concluye que “la publicidad es una situación objetiva de cognoscibilidad creada por comportamientos estructuralmente diferenciados” y, lo que resulta más importante, es que dicha situación se funda “en los principios que regulan la forma del Estado”. En definitiva: existe un nexo inseparable entre todas estas concepciones de la publicidad y el Estado como ente “público”.

En su opinión, todas estas diferentes formas de publicidad existentes en el derecho público encuentran un nexo de unión en la función que desempeñan de cumplimiento del imperativo constitucional en cuanto a la forma misma de Estado, es decir, en cuanto tratan de dar cumplimiento al imperativo de Estado de derecho, de Estado democrático y de Estado social.

En cuanto a su conexión con el Estado de derecho, Meloncelli (citando a Bobbio, que hace de la publicidad de la actuación pública el signo distintivo del paso de un Estado absoluto a un Estado democrático) la refiere, en primer lugar, a la necesaria cognoscibilidad que debe acompañar a las normas en todo Estado de derecho, normas que, para que puedan ser cumplidas, deben poder ser conocidas. Junto a ella, debe darse publicidad a los actos concretos de aplicación de la norma, ya que es un imperativo del Estado de derecho que todos los casos

356 *Ibidem*, p. 929 y Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua, 1969, pp. 486 y 699.

357 *Enciclopedia del diritto*, pp. 1,029 y 1,030.

concretos se resuelvan siguiendo la norma general; es decir, no sólo que exista una norma general, sino que la administración esté eficazmente vinculada por ella, y si ésta debe ser conocida también debe garantizarse su cumplimiento mediante la publicidad de sus actos de aplicación. Como complemento necesario de esta publicidad de las normas debe citarse la exigencia de claridad en las mismas, ya que no basta el conocimiento formal de las normas, sino que importa al Estado de derecho la captación de su sentido efectivo.

Estrechamente ligada a la publicidad de las normas y de las actuaciones de ejecución se sitúa la de su control legal. Control que no debe ser meramente pasivo *a posteriori*, sino que exige medidas positivas por parte de la administración que garanticen que el resultado sea conforme a la legalidad; entre estas medidas se encuentran los correspondientes trámites de información y audiencia y la existencia de un procedimiento justo en el enjuiciamiento de los casos concretos.³⁵⁸ Es decir, que

en el principio del Estado de derecho se inspira la instancia según la cual, la publicidad, como sistema de evidencia pública de la actividad de autoridad, es indispensable para la mejor tutela de los intereses personales del sujeto antes incluso de que puedan sufrir lesión alguna, en las propias fases de la actividad en son objeto de ponderación por parte de la autoridad,

es decir, que no se limita a las normas sino que se extiende a todo “contacto que el ciudadano tenga con el ejercicio del poder estatal”.³⁵⁹

La conexión entre publicidad y Estado democrático, desde una perspectiva concreta de la Constitución italiana (y lo mismo cabe decir de la española), se traduce en si dada la proclamación constitucional de la democracia en su forma representativa y, fundamentalmente, parlamentaria ello obliga a que el parlamento (como principal órgano representativo) quede sometido en toda su actuación a un principio de publicidad.

Si tenemos en cuenta que el pueblo, organizado en electorado, actúa, en primer lugar, en la designación de sus representantes y, posteriormente, en cada una de las sucesivas renovaciones de las cámaras (lo que constituye una actividad de control sobre los representantes tendente

358 Crisafulli, “Principio di legalità e giusto procedimento”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1962, pp. 130 y ss.

359 *Ibidem* p. 1,034.

a evitar la desaparición del vínculo político entre ambos), surge con toda evidencia la exigencia de publicidad en tanto que resulta imprescindible que el electorado disponga de una adecuada información para poder realizar efectivamente esta misión de control.

La exigencia de publicidad debe extenderse también al gobierno, en cuanto que, mediatamente, su actividad es representativa (si no es formal o constitucionalmente representativa, si lo es simbólicamente) y objeto de control por parte del electorado a través de la renovación del parlamento.³⁶⁰ En lo que se refiere al resto de órganos administrativos que carecen de este carácter representativo, la publicidad que pueda exigírseles parece derivar más bien del cumplimiento de los principios de Estado de derecho y de Estado social que no del actualmente analizado de Estado democrático.

En opinión de Meloncelli, también la publicidad de la justicia se basa sobre el principio democrático, ya que la justicia se administra “en nombre del pueblo (artículo 101 Constitución italiana)”.³⁶¹ Aunque no pueda hablarse de un control³⁶² de la justicia por parte del pueblo, sí hay que destacar cómo el imperativo de publicidad se encuentra estrechamente vinculado, siquiera sea simbólicamente, con la presencia misma del pueblo en las salas de justicia.

En conclusión, puede afirmarse que del carácter democrático del Estado se desprende para las autoridades públicas un deber general de publicidad, un deber que, aún no determinado en sus formas y límites, se satisface frente a la generalidad: el destinatario de la que ha sido eficazmente llamada “publicidad democrática”³⁶³ es el pueblo, titular de la soberanía.

En lo que se refiere a la vinculación entre publicidad y Estado social, Meloncelli parte de la idea³⁶⁴ de que son Estados sociales aquéllos en los que la Constitución fija objetivos sociales orientativos (en sentido

360 Y ello cada vez en mayor medida, con la “ejecutivización” del Estado.

361 “Enana del pueblo”, dice el artículo 117.1 de la Constitución española.

362 La democraticidad o no de las formas posibles de control de la justicia (elección popular de los jueces, los diferentes sistemas de jurado, etcétera) es objeto de abierta polémica. El artículo 125 de la Constitución española habla de “participar” no de controlar. Si bien, en la línea argumental aquí mantendida, la presencia o participación es una forma de publicidad como control o garantía, con lo que la diferencia parece rebajarse.

363 La expresión es de Jerschke, *Öffentlichkeit der Exekutive und Informationsrecht der Presse*, Berlin, 1971.

364 *Ibidem*, p. 1,038, citando a Stern, “Sozialstaat”, en Kunst, Herzog y Schneemelcher, *Evangelisches Staatslexicon*, Stuttgart, Berlin, 1975, pp. 2,402 y ss.

positivo) de su actuación y de que uno de estos condicionamientos es precisamente el de publicidad.³⁶⁵

Entre estas formas de publicidad que emanan del imperativo de Estado social, Meloncelli cita en primer lugar lo que denomina publicidad-propaganda; es decir, aquella actividad publicitaria que corresponde al Estado en el cumplimiento de actividades empresariales o de servicios, como son los ferrocarriles, servicios postales, etcétera.³⁶⁶ Como segunda manifestación de este deber de publicidad se cita la llamada publicidad-información, es decir, aquella actividad de información que el Estado debe realizar para lograr que los ciudadanos tengan un conocimiento efectivo de sus derechos frente a y dentro del Estado. Es decir, no limitarse a un reconocimiento legal, sino realizar actuaciones positivas de difusión de estos derechos que impulsen a la ciudadanía a su ejercicio efectivo. Por último, se cita la publicidad/relaciones públicas en cuanto tiene por objetivo maximizar la eficacia del Estado en su actuación de prestación.

En conclusión, Meloncelli hace de la publicidad un concepto básico del orden constitucional que afecta a todas las instancias del poder y determina su actuación. Las diferentes manifestaciones de esta publicidad encuentran su justificación en los diversos principios inspiradores del Estado (de derecho, democrático, social) que exigen las distintas formas anteriormente citadas adecuadas para la satisfacción de cada uno de ellos.

Lo primero que se observa en la exposición de Meloncelli es que, acaso tratando de no usar “tan promiscuamente la palabra publicidad” como él achaca al resto de la doctrina, comienza con un concepto muy restringido de la misma que, en la práctica, parece corresponderse al del artículo 9.3 de la Constitución española. Ello también puede deberse a que en su clasificación de las diferentes acepciones trata de hacer referencia a normas jurídicas que, expresamente, hablan de “publicidad” en su texto, lo que le lleva a situarse, inicialmente, en un planteamiento muy tradicional del tema. Sin embargo, es el propio desarrollo de su razonamiento el que va ampliando el campo de aplicación de sus ideas hasta acercarlo al punto de vista aquí sostenido, ya que, pese a que la

365 La definición de Estado social parece que no debería responder tanto al hecho de que la Constitución la proclame o no como objetivo, sino al alcance de sus logros.

366 La denominada propaganda institucional.

definición que él mismo facilita en el comienzo de su exposición parecería excluirla, “incluso la participación puede considerarse una forma de publicidad”.³⁶⁷

El principal mérito del trabajo de Meloncelli estriba en la conexión de esta idea de publicidad con los diferentes principios constitucionales y la clasificación que de las formas concretas de esta misma idea realiza atendiendo a estos principios de Estado de derecho, Estado democrático y Estado social. Con todo, parece que Meloncelli no acaba de plantearse el asunto con la radicalidad precisa, puesto que, entre otras cosas, toma como un dato de la realidad el que las Constituciones realicen estos mandatos de publicidad sin explicar qué relación guarda la propia Constitución con esta publicidad o si esta situación es peculiar y nueva del constitucionalismo, ni si existe algún tipo de trasfondo ideológico o alguna opción política que pueda exponerse como causa de estos mandatos.

Además, la relación que se hace entre los diferentes principios y los modos de publicidad que a ellos corresponden no parece suficientemente articulada, en el sentido de que todos parecen estar en un mismo plano (normativo, valorativo y temporal), sin destacar la historicidad de cada uno de estos momentos. Quizá el ejemplo más claro lo constituya la citada caracterización del Estado social en términos exclusivamente normativos (aquellas Constituciones que señalan ciertos valores o principios), lo que impide, naturalmente, apreciar la crisis del mismo, que se da, fundamental (aunque no únicamente) en el plano de los hechos. Las actuales Constituciones, resultado de la acumulación de materiales de muy diversa procedencia ideológica, aparecen así contemplados en pacífica convivencia sin cuestionarse la compatibilidad de unos y otros.

La interesante conexión entre el Estado de derecho y lo que después se denominará publicidad como garantía podría completarse con su relación histórica con el liberalismo como ideología de la protección frente a la intervención estatal y con su papel efectivo en la creación y mantenimiento del mercado. Existe una evidente conexión entre un parlamento diseñado inicialmente para ocuparse de lo que atañe a la propiedad y a la libertad, o, para ser más exactos, destinado a garantizar que la burguesía pudiera asegurarse el control de la actividad estatal

367 Meloncelli, *op. cit.*, p. 1,032.

en dichas áreas, y un deseo de difusión de estas actividades al sector social que pretende beneficiarse de las mismas. Los mismos deseos de garantía se traslucen en la publicidad de la justicia que, históricamente, sigue dependiendo del rey, pero que, por su sometimiento a la ley, entra bajo la esfera de influencia del legislativo burgués. La publicidad de sus sesiones es la garantía de que en ellas se aplicará verdaderamente el derecho vigente (además, claro está, de garantizar la situación personal de los justiciables frente a posibles arbitrariedades judiciales).

La conexión entre Estado democrático y publicidad, que se traduce en la participación de los ciudadanos en las cosas públicas y la necesaria publicidad de las mismas que la hace posible, se relacionará más tarde con la publicidad entendida como interés. Es decir, mostrándose la vinculación que existe entre democracia y una determinada concepción del interés general como decisión colectiva de los afectados por la misma. Cada vez un mayor número de cosas son públicas porque cada vez más cosas de la actividad estatal interesan al conjunto de la ciudadanía, en el sentido de que desean participar en la gestión de una serie cada vez más amplia de asuntos. La democratización progresiva del Estado en sus diferentes instancias supone la publicación progresiva de las mismas.

Resulta muy pertinente la afirmación de Meloncelli en torno a la relación existente entre la publicidad, información y el ejercicio de los derechos en el Estado social. En una sociedad que se mueve cada vez más a través de flujos crecientes de información, el nuevo papel del Estado como prestador de una gran cantidad de servicios pasa no sólo por la creación de las estructuras administrativas o productivas pertinentes, sino por el redireccionamiento de estos flujos de información de manera que se distribuyan uniformemente por la sociedad y, en particular, entre sus estratos más desfavorecidos.

En resumen, el trabajo de Meloncelli, aunque parte de una base muy restringida de análisis, constituye, sin embargo, una base sólida para el entendimiento de un buen número de fenómenos relacionados con la publicidad en los Estados contemporáneos.

D. *Rudolf Smend*

Rudolf Smend se ocupó del concepto de lo público en un artículo que apareció en 1934: "Zum Problem des Öffentlichen und der Öffen-

lichkeit” .³⁶⁸ En él, Smend, como Meloncelli o Ranelletti, constata la escasa dedicación de la doctrina a este concepto pese a su evidente importancia para “ el ámbito político en general” . Además, Smend considera que existen determinadas razones nacionales que dificultan aún más dicha conceptualización en Alemania. Según Smend, el adjetivo público, introducido en Alemania a finales del siglo XVIII, sólo hacía referencia, inicialmente, a aquello que era manifiesto, visible, a lo “abierto al conocimiento de todos” .

El sentido que incorpora desde el siglo XVIII apunta, sin embargo, a una realidad distinta. La palabra francesa *publicité* o la inglesa *publicity* hacen referencia al ámbito del *populus*, es decir, al pueblo no como masa de ciudadanos sino como sociedad organizada, “ como Estado” . Es decir, que incorporaba “ una condición normativa” , “ una valoración [...] y una pretensión de validez” .³⁶⁹

La resistencia a la incorporación de este término estriba, en primer lugar en el carácter meramente descriptivo del término original alemán que le hace rechazar este carácter valorativo, pero, sobre todo, en el hecho de que se trata de una “ publicidad” nueva, surgida de la Revolución francesa, una publicidad en pugna con la “ privacidad” de la sociedad feudal y de la monarquía, un intento de defensa de la soberanía del pueblo con “ unos valores” , “ unos conceptos” y “ un orden” públicos en un nuevo sentido. Por ello mismo, va a producirse una importante reacción contra estos conceptos.³⁷⁰ La publicidad que quería imponerse sólo podía funcionar con un aparato institucional y una comprensión distinta del Estado y de su relación con la sociedad. La publicidad, con sus nuevos valores, no podía superponerse sencillamente al viejo orden feudal alemán.

Porque, según Smend, en su sentido moderno, podemos distinguir en el concepto de lo público tres niveles de significación distintos. El primero de ellos es el que hace referencia a lo público como lo manifiesto, “ la accesibilidad a los ámbitos de interés general” . Se incluyen

³⁶⁸ Publicado inicialmente en *Staatsrechtliche Abhandlungen* y, en castellano, con el título “ Sobre el problema de lo público y la ‘ cosa pública’ ” , en Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 271-287.

³⁶⁹ *Ibidem*, pp. 272 y 273.

³⁷⁰ Pueden verse las citas de Goëte, etcétera en *cit.*, p. 274. Además, “ El gran lema que ahora todo el mundo cacarea, ante el cual hasta los caudillos del pueblo, con sus empolvadas pelucas, se inclinan, es, oído bien: ¡Publicidad!” .

aquí la libertad de expresión, la libertad de asociación³⁷¹ y de reunión, “una cierta libertad de prensa”, es decir, las libertades necesarias para la formación de un público, para cualquier actuación pública. Forman parte, además, de este primer nivel “el carácter directa o indirectamente público de los poderes estatales mismos: el carácter público de las negociaciones entre los cuerpos legislativos, el carácter público de la justicia y la crítica pública de todo lo que se refiere al Estado en la forma de la responsabilidad ministerial que se valida en el Parlamento”.³⁷²

Este tipo de publicidad responde, en primer lugar, a una exigencia de libertad. No hay que ignorar que este tipo de libertad pública se configuró primero como un derecho frente al Estado antes de convertirse en un principio ordenador del mismo. En segundo lugar, se trata de un principio de garantía de la verdad y justicia de las actuaciones.³⁷³ Es esta garantía de justicia y verdad la que hace afirmar a Kant que si se excluye todo contenido positivo del derecho (público) no puede quedar de él más que su “publicidad” (la tantas veces ya citada fórmula trascendente del derecho público, o, lo que es lo mismo, que el derecho (o la justicia, pues estamos en una metafísica y no una dogmática del derecho) sólo puede ser pensado como público, como manifiesto, como exteriorizable).³⁷⁴ Junto a esta justificación de lo público (que la sociedad de medios de comunicación de masas no ha dejado de mostrar como altamente vulnerable), se introduce otra: la de que sólo a través de la publicidad es posible “el libre intercambio entre los representantes del pueblo y el pueblo mismo”. Este mismo argumento se aplicó no sólo a la publicidad parlamentaria, sino también a la de la justicia y la administración como medio de asegurar la debida correspondencia entre administradores y administrados.³⁷⁵

El segundo nivel de significado se deriva del hecho de que la publicidad remite, como hemos visto, a la existencia de un público, al ele-

371 Sobre la libertad de asociación y las asociaciones, *vid.* Chevalier, Jacques, “L’association entre public et privé”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, 1981, pp. 887 y ss.

372 *Ibidem*, p. 276.

373 El lugar clásico citado es Milton, *Discurso de los aeropagitas*.

374 En el mismo sentido, se cita a Feuerbach, “Si el secreto es la envoltura de todo lo que es vil y despreciable, también es, en todos los aspectos, contrario a la naturaleza de la justicia”, *ibidem*, p. 278.

375 Lo que Meloncelli llama publicidad y Estado democrático. *Cfr.* p. 266.

mento personal de esta vida pública frente al cual se desarrolla la actual vida política.³⁷⁶

El tercer nivel lo constituye la sublimación de la publicidad, en lo que Smend llama “su capacidad de trasladar, enalteciéndolo, al concepto desde el nivel fáctico, real, al de la norma, desde la definición de la situación de lo manifiesto a la definición de la esencia propia que le corresponde a la estatalidad moderna”.³⁷⁷ Alemania ha encontrado especiales dificultades para realizar el tránsito entre estos diversos significados, y ello porque mientras en Francia el nuevo orden procede de un movimiento revolucionario que descansa sobre la soberanía popular,³⁷⁸ un orden antifederal asentado sobre la racionalidad y que se proclama verdadero y justo, en el que se lucha contra de cualquier tipo de metafísica del poder, contra cualquier trascendencia, y en el que la justificación del poder revolucionario es immanente y con un proyecto ilustrado e ilustrador, con una necesidad y una voluntad de manifestarse abiertamente, Alemania, en cambio, no ha pasado por este proceso revolucionario y se ha incorporado a la modernidad sin destruir violentamente su pasado. Por ello, desde la dogmática jurídica se ha luchado contra esta ruptura del mundo jurídico en dos esferas (pública y privada). El sentido que Stahl ha dado al pensamiento jurídico alemán ha transformando el inicial sentido de lo público privándolo de su carga de pensamiento ilustrado y de su referencia la soberanía popular. Smend recuerda que para Stahl “lo público no es en realidad aquello que existe para el pueblo, por el pueblo y determinado por la voluntad popular, sino aquello que prevalece por encima del pueblo no menos que por encima del soberano, en interés de un orden superior a causa de una necesidad intrínseca”. Stahl alaba la opinión pública en cuanto ejerce un control sobre el gobierno y en cuanto es capaz de impulsar la co-gestión por parte del pueblo.³⁷⁹

En resumen, mientras el concepto inglés³⁸⁰ y “latino” ha partido de un contenido neutral y normativo “*quoad ad statum rei publicae spec-*

³⁷⁶ Cita a Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 316 (alemana) y *Positionen und Begriffe*, pp. 51 y ss.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 281.

³⁷⁸ Que, convendría aclarar, pronto se sustituyó por la soberanía nacional.

³⁷⁹ En contra, cita a Heidegger, *Sein und Zeit*, párrafo 27.

³⁸⁰ Smend asume a lo largo del artículo que existe una identidad entre el concepto inglés y lo que él denomina latino, en relación con lo cual, *vid* lo que se dice en el apartado siguiente, pero es que, además, da por hecho que la recepción de dicho concepto fue pacífica y generalizada lo

tal” incorporando después los sentidos no normativos “lo que es manifiesto, conocido por todo el mundo”,³⁸¹ el concepto alemán parte precisamente de este sentido no normativo para incorporar, no sin violencia, el sentido normativo que incluye a la generalidad el pueblo.

El punto de partida de este trabajo de Smend es ciertamente discutible. Smend pretende contraponer la realidad alemana, la de su derecho público en particular, a la del Inglaterra y el continente. Sin embargo, el método empleado no parece excesivamente fiable. Smend empieza por mencionar un concepto francés e inglés de publicidad que remite de forma inmediata a un supuesto concepto latino. Esta remisión la realiza, sorprendentemente, al *populus* romano y a la Revolución francesa. No acaba de estar muy claro cómo el concepto “inglés” de publicidad puede basarse en las aportaciones del sistema de organización de la República romana, más las influencias de una Revolución que se desarrolló fuera de sus fronteras.

Smend establece, a continuación, tres niveles de significado para el concepto de publicidad: el primero es el que se refiere a la “cognoscibilidad de lo político”. La publicidad implica la salida de los *arcana imperii* y la consideración de la política bajo el punto de la discusión. El segundo nivel es el que implica la existencia de un sujeto nuevo, el público, que desarrolla su existencia social en ese nuevo espacio creado

que, igualmente, está lejos de la realidad. Valgan, por todos, las siguientes consideraciones de un escritor de tan amplia difusión en la sociedad victoriana como Trollope, en las que se refiere a un imaginario diario *Jupiter* como Dios de la opinión pública: “Aquí reina un papa autodominado, autoconsagrado —¡Ay!, y lo que es más extraño ¡autocreyente!— un papa, al que si no puedes obedecer, te recomiendo que desobedezcas en el mayor sigilo posible; un papa hasta ahora sin amenazas de Luteros; un papa que dispone de su propia Inquisición, que castiga a los descreídos como el más hábil de los inquisidores españoles jamás soñó castigar —un papa capaz de excomulgar total, terrorífica y radicalmente; de ponerte más allá de la caridad de los hombres; de hacerte odioso a tus más queridos amigos, y de convertirte en un monstruo al que se señala con el dedo [...]. No hay hecho más sorprendente para los meros mortales que la constatación de que *Jupiter* nunca se equivoca. ¿Con qué infinito cuidado, con qué liberal trabajo, no luchamos por incluir en nuestro gran consejo nacional a los hombres más idóneos? ¡Y cómo nos confundimos! El Parlamento nunca tiene razón: basta echar una mirada al *Jupiter* para ver ¡cuán fútiles son sus asambleas, cuán vanas sus decisiones, cuán innecesarios sus esfuerzos! Con qué orgullo contemplamos a nuestros principales ministros, los grandes servidores del Estado, los oligarcas de la nación en cuya sabiduría descansamos, a quienes recurrimos como guía en nuestras dificultades. Pero, ¿qué son para los redactores del *Jupiter*? Se reúnen y con intensas deliberaciones elaboran trabajosamente el bien para su país; pero cuando todo queda resuelto, el *Jupiter* declara que todo es nada. ¿Para qué fijarnos en lord John Rusell?— para qué seguir a Palmerston y Gladstone, cuando Tom Towers puede explicarnos la verdad sin el menor esfuerzo?”, *The Warden*, Londres, 1936, pp. 126 y 127.

381 Cita también a Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, pp. 32, 34 y ss.

por el nivel anterior. El tercero de estos niveles es el relativo a la conversión de dicha posibilidad de conocimiento y de la existencia de un sujeto nuevo en un carácter propio del Estado, en un valor o principio constitucional.

Este análisis parece excesivamente formalista, ya que no se percibe si estos niveles son simultáneos o existe algún tipo de prioridad lógica u ontológica entre ellos. En realidad, parecen diferentes maneras de expresar una misma idea y no tres ideas distintas. Porque si existe la posibilidad de conocer, dicha posibilidad es simultánea a la existencia de su sujeto que conoce. Si algo es conocido es porque alguien lo conoce. Igualmente, si lo conocido es la actividad política, puede predicarse de dicha realidad el principio de publicidad. De la división en tres aspectos diferentes no se obtiene mayor información sobre la ausencia (que denuncia Smend) de dicho carácter en el derecho alemán.

Smend parece afirmar que dado que en Francia y en “los países latinos” [sic] existía un pueblo organizado, fue posible desarrollar un concepto valorativo de la publicidad y que, faltando en Alemania, ha sido más compleja su evolución. Sin embargo, la extrema vaguedad de los términos empleados no permite distinguir en qué medida están más o menos organizados los “pueblos” alemán y “latino”. Parece que lo esencial es, precisamente, determinar en qué tipo de organización se hace necesaria esta distinción y en cuál no. De hecho, no se trata de que una determinada organización permita después el desarrollo de la idea de publicidad, sino de que existen organizaciones *estructuradas con criterios* de publicidad.

Como se deduce del estudio histórico de los capítulos II y III de la primera parte, no es sorprendente que Alemania, hasta tanto mantuvo una organización tardofeudal no desarrollara un concepto de publicidad o, para ser más exactos, que dicho principio no entrase en su organización o no resulte compatible con ella. Sobre todo ello, véanse las consideraciones que se harán después al hablar del modelo alemán.

Smend se mueve con una gran ahistoricidad al predicar la “publicidad” desde Roma hasta el siglo XX como si se tratara de una categoría unitaria, lo que obscurece notablemente su pensamiento. Aunque parece referirla preferentemente a un “ideal ilustrado” no renuncia a aplicarla a situaciones que poco tienen que ver con él.

Con todo, como tratará de exponerse en la sección siguiente, existe una verdad que subyace al presente escrito de Rudolf Smend. La construcción de la idea de publicidad se ha realizado de otra forma en las diferentes escuelas jurídicas, como consecuencia, naturalmente, de la distinta realidad material con que han tenido que enfrentarse. Y no sólo se ha realizado de manera distinta, sino que no todas resultan igualmente compatibles con una serie de valores propios de la modernidad (democracia, libertad, independencia, etcétera).

La dogmática alemana a la que R. Smend dedica duras observaciones construyó, efectivamente, un concepto que no dejaba gran margen de actuación al ciudadano que se veía sometido a una esfera pública todopoderosa. La conceptualización tomó como elemento central al Estado, en torno al cual se construyeron el resto de categorías, desde la de los derechos a la de los ciudadanos, etcétera. Este Estado, además, era un Estado con una legitimidad parcialmente predemocrática, en la medida en que contaba con un Ejecutivo monárquico de carácter dinástico. Aunque la situación, en la práctica, no difirió a veces gran cosa de la propia de otras naciones europeas, la falta de penetración de los ideales revolucionarios, con la carga utópica que conllevan, permitió a los juristas alemanes expresarse en unos términos que no hubieran resultado admisibles en otros Estados.

En conclusión, Smend plantea con agudeza un doble problema. De un lado, la importancia de la categoría de publicidad en la estructuración de los Estados contemporáneos y, de otro, la existencia de diferencias nacionales en lo que se refiere a su comprensión y desarrollo en los distintos Estados europeos. Sin embargo, el carácter ecléctico y ahistórico del razonamiento empleado no le otorgan solidez suficiente como para fijar una hipótesis convincente tanto respecto de las causas u orígenes de estas diferencias como respecto del contenido de las mismas. Estas razones oscurecen a veces tanto el razonamiento que llega a ser, en ocasiones, difícilmente comprensible.³⁸²

Este trabajo de Smend deja, pues, abierta la investigación a las que aquí se denominan “aportaciones implícitas”, es decir, a las que subyacen a los diferentes sistemas jurídicos y a sus teorizaciones doctrinales.

³⁸² Como su opinión acerca de Stahl al que, inicialmente, parece colocar entre el “sector conservador y antirrevolucionario” (p. 282), para después afirmar que “ningún otro jurista alemán, por muy demócrata que fuese, se ha atrevido a ir más allá de esta definición” (de la que ofrece el propio Stahl), lo que parece colocarlo en la posición de máximo demócrata (p. 286).

2. LAS APORTACIONES IMPLÍCITAS

Como ya se ha señalado (*vid* pp. 25 y ss.), el hecho de que no exista una literatura científica específica que aborde de manera directa la definición y consecuencias del ámbito de lo público, no presupone, en absoluto, que no exista dicho concepto. En otras palabras, al tratarse de un elemento básico para la comprensión del sistema jurídico (incluyendo aquéllos que niegan su existencia)³⁸³ debe aparecer siempre como trasfondo de cualquier construcción jurídica del derecho público.

Por ello, en las páginas siguientes se trata de indicar cuáles son aquellos elementos que consituyen este concepto implícito pero detectable en las tres construcciones del derecho público por excelencia de Europa, la del sistema alemán, la del sistema francés y la del sistema inglés.

El hecho de que estos sistemas sean más modelos teóricos que reflejo de ordenamientos jurídico positivos realmente existentes hace que estas caracterizaciones no deban considerarse como mutuamente excluyentes, sino como diferentes posibilidades de entendimiento de la realidad positiva. Por esta misma razón, a cada uno de ellos se le ha caracterizado (simplificando al máximo) como respuesta a tres diferentes planteamientos: el del Estado (caso alemán), el de la nación (caso francés) y el del reino (caso inglés), sin por ello prejuzgar la existencia de otro tipo de componentes en cada uno de ellos.

Además, aquellos ordenamientos que más tardíamente han configurado la estructura de su derecho público (y en esta categoría entra decididamente el español) son más proclives a tomar elementos de uno u otro sistema, componiendo diferentes combinaciones, la procedencia de los cuales resulta más fácil desvelar habiéndolos aislado previamente en sus modelos originales, contribuyendo, además, a aportar criterios de juicio sobre la conveniencia y coherencia de las mismas.

Además, las secciones que siguen ofrecen otra posibilidad de lectura. Si toda la primera parte ha sido un intento de extraer los elementos para una configuración histórica del objeto de estudio, no cabe duda de que su análisis se ha desarrollado en un nivel muy alto de abstracción, es decir, sin dar entrada a la especificidad histórico-concreta de los diferentes contextos históricos, sino como un panorama general de su

383 *Cfr.* Kelsen, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, especialmente, pp. 288 y ss. y toda la literatura que de él se deriva.

desarrollo en los Estados europeos. Pues bien, el estudio de las diferentes teorías implícitas introduce un elemento de concreción mucho mayor, y puede, por ello, interpretarse como un replanteamiento del mismo tema en un ámbito de abstracción menor, en la medida en que pretende no limitarse a ofrecer una descripción de las teorías enunciadas en diferentes trabajos, sino una exposición crítica y causal de las mismas. De esta forma, las posiciones defendidas en la primera parte adquieren un campo de verificación más concreto en el que es posible valorar más significativamente sus capacidades explicativas.

Expresado en otros términos, el estudio de los sistemas *concretos* deberá, idealmente, dar como resultado el descubrir la presencia de los elementos *abstractos* de que se habla en la primera parte, en la forma *histórica* en que se presentan en las diferentes formaciones sociales.

A. *Lo público como rasgo del Estado (la doctrina alemana)*

Jurídicamente, suele caracterizarse al II Reich como de Estado dual,³⁸⁴ con lo que quiere destacarse la particular situación constitucional a que arrastró en Prusia la persistencia de un Ejecutivo de legitimación hereditaria hasta bien entrado el siglo XX. Efectivamente, en la Prusia del II Reich conviven (como lo harían antes, en el siglo XIX, en buena parte de Europa) un Legislativo con legitimación más o menos ampliamente democrática y un Ejecutivo encarnado en la persona de un monarca. La presencia de estos dos poderes simultáneos hace que muy difícilmente pueda considerarse a la Constitución como verdadera norma suprema emanada del poder constituyente.³⁸⁵ La primera conse-

³⁸⁴ Estévez Araujo, José A., *La crisis del Estado de derecho liberal, Schmitt en Weimar*, Barcelona, 1989, p. 42.

³⁸⁵ El principio del poder constituyente exige su consideración como un poder ilimitado que toma forma jurídica en la redacción de un texto constitucional y que desaparece de la vida político-jurídica del Estado, no dejando más vestigio de su existencia que su obra legislatora. A partir de ese momento, no quedan más poderes que los constituidos. Si esto es así, es obvio que hasta la excepcionalidad debe ser una excepcionalidad jurídica en el sentido de que no existen situaciones dentro de la Constitución que reclamen soluciones fuera de ella por la sencilla razón de que el poder al que hipotéticamente se pudiera reclamar no existe (*está latente*) y, si existe, lo que no existe es la vieja Constitución sino un procedimiento *revolucionario no jurídico* que, eventualmente, conducirá a una nueva Constitución. Si, por el contrario, se trata de construir un sistema dual de poderes, cada uno de los cuales apoyado en un principio de legitimación distinto (uno de los cuales [el hereditario], además, no participa del conjunto de presupuestos en que se basa el otro: la igualdad, la democracia, etcétera) lo que sucede es que el texto constitucional constituye un pacto, un contrato que puede ser roto por cualquiera de las partes alegando frente a la otra la *exceptio non adimpleti contractu*. O, lo que es lo mismo, la resolución de las situaciones de excep-

cuencia, pues, de esta situación, es la menor relevancia de la Constitución en la medida en que no supone un marco creador de los poderes y sus relaciones, sino sólo un instrumento por el que poderes preexistentes acuerdan relacionarse en una forma concreta. La situación sociopolítica, con su escaso desarrollo de la economía de mercado capitalista, se traduce, confirmando lo expuesto anteriormente, en un desplazamiento de la Constitución como clave del ordenamiento jurídico y, en relación con el tema aquí estudiado, como sistema de relaciones entre el Estado y la sociedad, entre lo público y lo privado.

Este Estado dual implica, por otra parte, que existe toda una esfera de actuación política que queda excluida del control parlamentario y que realiza (con mayor o menor legitimidad consuetudinaria) directamente el Ejecutivo. Y ello en razón de la teoría del “poder residual” del monarca, según la cual todo aquello que no hubiera sido explícitamente cedido por aquél a los representantes de la nación seguía dentro de su exclusivo arbitrio.³⁸⁶ Esta concepción tradicional se prolongó luego en el artículo 48.2 de la Constitución del II Reich, al conferir poderes al presidente del Reich, que fueron interpretados de forma muy amplia y como discrecionales dentro de su competencia. El texto decía:

Cuando en el Reich alemán el orden y la seguridad públicos estén considerablemente alterados o amenazados, puede el presidente del Reich tomar aquellas medidas que sean necesarias para su restablecimiento, apelando a la fuerza armada si el caso lo requiere. A este objeto puede suspender provisionalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales consignados en los artículos 114, 115, 117, 123, 125 y 153.

ción no encaja dentro de este contrato y se interpreta como causa de fuerza mayor, a partir de la cual desaparece todo comportamiento jurídico, y no queda más que un comportamiento político (es decir, de *facto*). Esta concepción del poder constituyente aparece brillantemente expuesta en Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985, pp. 24-38.

³⁸⁶ Tesis ésta que no es, en absoluto, privativa de la monarquía prusiana, sino general. Vid., por ejemplo, lo expuesto en Wade, E. C. S. y A. W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, 10ª ed., Londres, 1992, pp. 236-243. Para Blackstone, la prerrogativa es “la especial preeminencia de que disfruta el rey, por encima del resto de las personas, y fuera del curso ordinario del derecho común, en razón de su dignidad real” (Blackstone, sir William, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1803, I, p. 239).

La Constitución preveía en el apartado siguiente (artículo 48.3) la comunicación al *Reichstag* y su derogación en caso de desacuerdo. El control era, pues, sólo *a posteriori*.³⁸⁷

Sin embargo, la práctica política llevó a considerar que la referencia del artículo 48.2 a “medidas” era en realidad el reconocimiento de una capacidad legislativa residual general.

Fue en el intento de elaborar una construcción jurídica que diera respuesta a esta situación de hecho del Estado prusiano donde llegó a forjarse la diferenciación entre leyes materiales y leyes formales, y donde reaparece, mediada ahora por la decisión estatal directa, la conceptualización de las esferas de lo público y lo privado. Como veremos, tratará de encerrarse toda la realidades con relevancia jurídica dentro del Estado, es decir, no de establecer un sistema de interrelación entre dos realidad distintas a las que se considera (al menos parcialmente) públicas, sino de limitar dicho carácter al Estado. En terminología de Habermas, la construcción jurídica de la dogmática alemana excluyó la posibilidad de que existiera lo público de lo privado.³⁸⁸ Además, la forma de su fijación concreta no resulta tanto de un razonamiento que parta de conceptos abstractos (nación, ciudadano, etcétera) y fije, deductivamente, su extensión, sino del ejercicio práctico de la acción legislativa (y estatal, en general) del II Reich. Su racionalización e inclusión en un sistema dogmático es siempre posterior a la fuerza de los hechos.

Para ello, para salvar esta doble capacidad (y legitimación legislativa) se va a acuñar la diferenciación entre leyes en sentido material y leyes en sentido formal. Esta división proviene inicialmente de las obras de Paul Laband y Georg Jellinek.³⁸⁹ Ambos emplean el término ley formal en dos sentidos: en primer lugar, como sinónimo de ley correctamente elaborada y promulgada y, en segundo lugar, ya dentro de la distinción entre “ley formal” y ley material, lo que conviene no olvidar, porque si bien el segundo de los conceptos excluye a las leyes formales de la

³⁸⁷ Por contra, en el caso inglés, la *Petition of Right* de 1628 ya incluía una prohibición (cuyo alcance, por otra parte, no está muy claro) de emitir “despachos de ley marcial otorgando el poder militar sobre los civiles” salvo en caso de guerra declarada. En todo caso, la última vez que se invocó esta doctrina en Inglaterra fue en 1800.

³⁸⁸ Incluso en lo que aquí se han considerado —siguiendo la terminología del profesor Pedro de Vega García— requisitos formales del surgimiento de la opinión pública (consecuencia, según Habermas, de este ámbito de publicidad). *Vid.* los artículos sobre la libertad de prensa de Carlos Marx.

³⁸⁹ Especialmente, en *Gesetz und Verordnung*, Freiburg, 1887.

categoría de las verdaderas leyes, el primero de ellos incluye, sin embargo, también a las leyes materiales.

Estos autores parten de la idea de que el derecho está formado por una serie de proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*) que sirven para fijar los límites de lo lícito en las relaciones entre los particulares o, lo que es lo mismo, para especificar su libertad natural³⁹⁰ o para aquellas partes de sus relaciones con el Estado que afecten a esta libertad, es decir, aquellas normas que alteran el mundo jurídico “creando, modificando o extinguiendo sus facultades y deberes”.³⁹¹

Según esta teoría, leyes materiales serían aquéllas que contienen proposiciones jurídicas o, lo que es lo mismo, que actúan sobre el ámbito de los individuos. Por el contrario, las normas que no les afectan, es decir, que se refieren a la organización del Estado, sólo serían leyes formales, leyes formales no en el sentido de *formalmente válidas* que también les atañe (pues, de otro modo, se trataría de un problema de validez, es decir, de apariencia de derecho), sino en el sentido de que sólo tienen *forma de leyes* por haber sido aprobadas a través del mecanismo previsto constitucionalmente (en su caso, el acuerdo de las Cámaras y el presidente del Reich).

Sucede, además, que partiendo de esta definición de ley material, no puede limitarse su extensión a las normas parlamentarias que incluyan normas de derecho, sino que debe extenderse también a los reglamentos, ya que éstos vienen, igualmente, clasificados en *Rechtsverordnungen* (reglamentos jurídicos) y *Verwaltungsverordnungen* (reglamentos administrativos), siendo los primeros los que incluyen proposiciones jurídicas y, los segundos, los que carecen de ellas. Esta clasificación se subsume en la anterior de forma tal que también son leyes materiales los reglamentos del Ejecutivo que contiene proposiciones jurídicas.

Esquemáticamente, pues, podemos decir que:

³⁹⁰ De este arranque presuntamente iusnaturalista se llega, sin embargo, a conclusiones totalmente diversas (de hecho, hasta el positivismo más extremo), lo que parece indicar un uso ideológico de estos presupuestos. Ya que, aparentemente, el Estado estaría excluido del ámbito del derecho, salvo como garante externo. Sin embargo, la realidad es que no es que las leyes vayan a actuar como *límites* a la libertad natural, sino que no van a existir más ámbitos de libertad que los que *crean* las leyes. En este sentido se construye la teoría de la “posición jurídica”, según la cual, es un determinado enclave en el orden jurídico el que determina las facultades y derechos que corresponden a un particular que, en este sentido, podemos decir que no los tiene por derecho propio, sino en cuanto se los reconoce el derecho, con la mutabilidad que ello encierra.

³⁹¹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho administrativo*, I, Madrid, 1991, p. 519.

1) Según un primer concepto, son leyes formales todas las aprobadas por el Parlamento. Ley formal se opondría así a reglamento y al resto de normas de inferior rango. Esta definición es puramente descriptiva y prescinde del concepto de *Rechtssatz*.

2) Según un segundo concepto, son leyes materiales las que contienen *Rechtssätze*, es decir, las leyes del parlamento y los reglamentos que afectan a la esfera de los individuos.

3) Aquellos preceptos que no son leyes materiales, según 2), pueden ser bien leyes formales, es decir, con sólo la forma de la ley o reglamentos administrativos.

Se trata, pues, de dos clasificaciones que se entrecruzan sin ser mutuamente excluyentes ni dividir la totalidad del ámbito a que se refieren, lo que hace necesario la utilización simultánea de ambos criterios, origen de no poca confusión en todo este tema.

La interpretación que del reparto de competencias que se deriva de esta construcción suele hacerse es la siguiente:

el concepto de ley material es equivalente al de objeto de la competencia del poder legislativo; cualquier proposición jurídica es, por naturaleza, materia de ley, y no puede ser dictada, por tanto, más que por el órgano legislativo. Las disposiciones del ejecutivo, los reglamentos, no tienen otra posibilidad que dictar reglas relativas a la organización y funcionamiento de los órganos del Estado (prescripciones no jurídicas, pues); o bien proposiciones jurídicas (leyes materiales), pero sólo en ejecución de la ley, esto es, cuando el ejecutivo reciba de una ley del Parlamento una habilitación expresa para ello.³⁹²

Si bien, se advierte,

el concepto de ley formal no es necesariamente equivalente al de competencia del poder ejecutivo: su función es indicativa, no limitativa de la competencia parlamentaria. Lo que [...] puede expresarse en tres proposiciones: primera, si la Constitución guarda silencio sobre el modo de regular una determinada materia, los conceptos de ley material y formal actúan como criterios delimitadores; si la regulación que ha de dictarse es "jurídica" (ley material), deberá hacerse por el Parlamento; si no lo es, corresponde en principio a la competencia del poder ejecutivo. Segunda, esto no obstante, el silencio de la Constitución no impide la acción del legislativo, cuya potestad no tiene límites implícitos, de tal manera que puede atraer a sí cualquier materia que desee regular (aunque no sea "materia de ley"); con ello dicha materia queda incorporada al ámbito de

392 *Ibidem*, pp. 519-520.

la legislación, sustrayéndola de la acción de la potestad reglamentaria (ésta sólo puede operar, pues, en los campos que la inactividad del legislador deje libres). Y tercera, en todo caso la Constitución puede establecer, claro está, que un mandato sin contenido jurídico sea dictado por el Parlamento (siendo por tanto, una ley formal en sentido, estricto).³⁹³

Frente a esta interpretación más racionalizada, algunos de los autores³⁹⁴ (y textos legislativos) que desarrollaron estas ideas, que pueden considerarse “patrimonio común de la doctrina germánica”,³⁹⁵ especificaron más claramente la tesis de Laband de la ley como regla “que afecte de algún modo a la esfera jurídica del individuo o de la comunidad política”, explícitamente en el sentido con que aquí va a interpretarse esta distinción entre ley material y formal, pues la asimilaron con la de las normas que afectan a la libertad y propiedad de los súbditos. Por ejemplo, la Constitución de Baviera de 1818, según la cual, “sin consulta y aprobación del Estamento del Reino no podrá dictarse ninguna ley general que *afecte a la libertad de las personas o a la propiedad de los nacionales*”.

Se establecía así un paralelismo jurídico “de rango legal” entre la rígida división entre Estado y sociedad civil, el primero encarnado en la persona del rey, el segundo representado por los parlamentos electivos (en mayor o menor medida). La sociedad civil no ha alcanzado el grado de interrelación con el poder público que presupone la unificación del principio de legitimación en la sola democracia, por lo que el Estado aparece como algo ajeno a la sociedad y que no puede intervenir jurídicamente sobre ella. La sociedad se autorregula mediante el parlamento que, en este sentido, no se considera como parte del Estado. El escaso nivel de desarrollo de las relaciones sociales (en comparación con las de la Francia revolucionaria) hace que la articulación política de las esferas de lo público y lo privado sea todavía muy pobre, lo que se reflejará en una deficiente articulación jurídica de las mismas, estructurada más en competición que en colaboración y más a través de una práctica política (que la gran doctrina alemana trató de justificar) que de una interpretación y aplicación sistemáticas del orden jurídico.

393 *Idem*

394 D. Jesch, por ejemplo, diferencia tres conceptos de ley material distinguiendo la postura de Laband y Jellinek que identifican ley y proposición jurídica, la de Anchíz, que atribuye a la ley la función de establecer los límites a la libertad y a la propiedad, y la de Thoma, que define a la ley como regla general y abstracta (*Ley y administración*, IEA, Madrid, 1978).

395 *Ibidem*, p. 521.

De ahí también que la dogmática filogermanista suele realizar afirmaciones del tipo de que “el derecho público es el que tiene al Estado como objeto”,³⁹⁶ etcétera. Afirmaciones que, pudiendo ser ciertas, no resultan particularmente explicativas en cuanto no se aclare la extensión misma que se otorga al concepto de Estado pero que, si se aplican queriendo decir lo mismo que querían decir los grandes juristas de la escuela alemana (Thoma, Mayer, Laband, Pzifer, etcétera), son definitivamente erróneas en tanto que hacen referencia a un Estado, centralizado al margen de la sociedad burguesa de la que obtiene, sin embargo, la posibilidad de subsistir.

Esta falta de interrelación entre lo público y lo privado característico del sistema (y la dogmática) alemana se refleja, igualmente, en la peculiar versión alemana de la representación a través de la teoría del órgano. Los representantes no son otra cosa que órganos del Estado y, en cuanto tales, creadores de la opinión del mismo y no reflejo de una voluntad popular preexistente. El Estado sigue presentándose como algo ajeno a la sociedad con diferente origen y reglas de funcionamiento. No se trata de que la sociedad se organice (contractualismo) y establezca una división de funciones y ámbitos de actuación (públicos y privados) sino, aparentemente, de la existencia de dos realidades separadas marcadas por dos diferentes principios legitimadores. Lo público, el Estado y el rey aparecen así como realidades superiores que adquieren su legitimidad final en un principio dinástico (llevando las cosas a su expresión última, a la propia voluntad de Dios), la sociedad, por el contrario, se desenvuelve en el ámbito de libertad que determina el Estado.

En resumen, en Alemania, por la peculiar situación del Estado dual, la Constitución, como instrumento máximo de fijación del ordenamiento jurídico, posee una menor relevancia, en la medida en que es más fácilmente vulnerable a los incumplimientos de los actores jurídicos que se presentan como soberanos.

Esta situación es reflejo de la posición de la burguesía, igualmente menos desarrollada en Alemania, lo que, en su momento, provocó que el movimiento dinamizador de la situación se apoyase en la maquinaria estatal contribuyendo, indirectamente, a reforzarla.

³⁹⁶ Vid., por ejemplo (aunque no sea alemán de nacionalidad, sí lo es de formación), las afirmaciones citadas de Raneletti (pp. 235 y ss.).

En este contexto, la delimitación y conceptualización de lo público no se realiza con un razonamiento dogmático deductivo a partir de un concepto central —la nación— sino, empíricamente, mediante la efectiva actuación efectiva del aparato estatal. Ello hace que la publicidad como rasgo del Estado se sobreponga a cualquier otra modalidad.

El instrumento concreto que, en Alemania, emplea el Estado para la delimitación de lo público y lo privado es la doble concepción de la ley material y formal. Esta ley la dictan órganos del Estado encargados de la función legislativa y no “representantes de la soberanía nacional” (con la conceptualización correspondiente a la teoría del órgano).

La ley, así formulada, no resulta de sus caracteres de generalidad, igualdad, abstracción, etcétera, sino que responde a unas determinadas materias.³⁹⁷ Estas materias, se dice, son las que quedan excluidas de la actuación directa de la administración, y precisan de una concreción jurídica en forma de leyes. Estas materias marcan los límites de la intervención por parte del Estado. Es decir, las materias en las que el Estado se autolimita³⁹⁸ son las que constituyen el ámbito de lo privado: la propiedad y la libertad (es decir, el mercado/sociedad). Se ve aquí con toda evidencia la construcción de lo privado desde lo público y el carácter de “término fuerte”³⁹⁹ del que habla Bobbio.

El esquema jurídico formal conforme al cual la esfera de lo público está concentrada exclusivamente en torno a la actuación estatal y sus funciones parte de la consideración de que existe una prioridad lógica entre Estado y derecho. El Estado precede al derecho, en la medida en que no cabe la existencia de derecho fuera del Estado (o sin Estado que lo ampare). Sin embargo, la creación del derecho que es una actuación inicialmente libre para el Estado, arrastra en éste la pérdida de dicha libertad en la medida en que, aprobado, es también obligatorio para él.

En este orden de ideas, el Estado, que es por principio la instancia máxima de poder y, en este sentido, soberano, se autolimita⁴⁰⁰ a través

³⁹⁷ Cfr. Stark, Christian, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

³⁹⁸ Para la teoría de la autolimitación, vid. Jellinek, G., *Teoría general del Estado*.

³⁹⁹ Vid. p. 248. También Hegel había insistido en la prioridad de lo público sobre lo privado, en relación con su teoría de la *totalidad ética* (*sittliche Totalität*), atendido al carácter ético del Estado (y, por ello, de lo público, frente a la esfera del egoísmo de las relaciones privadas). Por ello mismo, Hegel se lamenta de la utilización del contrato (institución privada) dentro de la “absoluta majestad de la totalidad ética”. Cfr. Bobbio, N., “Hegel e il giusnaturalismo”, *Studi hegeliani, diritto, società civile, Stato*, Turín, 1981, pp. 13 y ss.

⁴⁰⁰ Cfr. nota 398.

de la creación del derecho. El derecho, una vez creado es obligatorio para el Estado, pues extrae su capacidad de obligar del propio mandato incondicionado estatal. Aunque siempre es posible modificarlo, en tanto no se haga, se impone su cumplimiento.

A este ordenamiento jurídico se le considera además omnicompreensivo, sin lagunas. Es un derecho que, mediante diferentes técnicas de integración abarca cualquier actuación autorizándola o prohibiéndola. No existen, por tanto, actuaciones neutras, ajurídicas. Las actuaciones libres de los particulares provienen de una autorización, de un marco de libertad que crean las leyes (en sentido material).⁴⁰¹ Por ello, cualquier división del derecho (en público y privado, por ejemplo) es una división interna al mismo, no una división que refleje otra existente en el mundo de los hechos. El Estado, en el ejercicio de su autoridad, establece la dimensión de los campos correspondientes tanto a la sociedad como a los poderes públicos.

Pero este carácter “envolvente” del derecho respecto de la actuación del Estado (en el sentido de que “toda” esta actuación debe realizarse conforme al mismo) plantea otras exigencias; y es que todo derecho es relación entre sujetos de derecho, de manera que para que las relaciones en las que intervenga el Estado sean relaciones jurídicas, es necesario que los términos o miembros de la misma sean sujetos de derecho; es decir, la juridización de la actuación del Estado lleva a su consideración como sujeto, a reconocerle personalidad jurídica.⁴⁰²

Porque “sujeto de derecho” no es una cualidad real, “natural”, que deba forzosamente referirse al hombre, sino un concepto jurídico, una capacidad creada por voluntad del orden jurídico. El hombre es normalmente el supuesto de esa capacidad jurídica, pero nada exige que lo sea exclusivamente si se reúnen los requisitos que capacitan para la subjetividad jurídica y

401 Por ello “la función del jurista es determinar las consecuencias jurídicas de los hechos jurídicamente relevantes, para lo que debe realizar la subsunción de los hechos en las categorías correspondientes y cuando no existan, ‘construirlas’ a partir de las conocidas. Esto supone que la función de ‘construcción’ realizada por el jurista, es puramente deductiva, lógica y al margen, por tanto, de cualquier referencia valorativa. Y el derecho (y el derecho político por tanto) se configura como un sistema formal, abstracto y científicamente autónomo, es decir, separado de la sociología o de la ciencia política” (Estévez Araujo, J. A., *La crisis del Estado de derecho liberal*, *Schnitt in Weimar*, Barcelona, 1988, pp. 74 y ss.); Cabo Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. II, p. 260. Vid. lo expuesto en relación con el carácter “fetichista” de la forma legal en las pp. 137 y ss.

402 Jellinek, G., *Teoría general del Estado*, prólogo y capítulos XII y XIV.

que, en el caso del Estado, proceden de la característica unidad estatal. Es la unidad estatal la que fundamenta su subjetividad jurídica.⁴⁰³

Y más aún, tal como se ha expuesto en las páginas 122 y ss., no sólo es un concepto que no necesariamente se aplica al hombre, sino que, desde las posiciones allí mantenidas, es negador de su esencia misma, en la medida en que sustituye su especificidad humana por una falsa abstracción. En relación con el Estado, por su parte, la realidad es hasta cierto punto inversa a lo que afirma la teoría, ya que no es la subjetividad estatal la que se apoya en la unidad del Estado (conceptualmente, sí, naturalmente), sino que en la medida en que fue concibiéndose como persona jurídica se predicó de él su unidad, y se implementaron diferentes mecanismos para garantizarla.⁴⁰⁴

Como el Estado pasó a ser el instrumento fundamental de transformación social consiguió, en su reconocimiento como sujeto de derecho, el poder plantear sus exigencias a los ciudadanos como deberes jurídicos.⁴⁰⁵

En esta actuación estatal, convertido ya el Estado en una sola entidad, se debían integrar, sin embargo, elementos de muy diferente naturaleza sin alterar en cambio la estructura general. Para lograrlo, se diseñó la doctrina del órgano.

Entendido así el Estado como persona jurídica, su actuación tiene lugar a través de “órganos” que expresan su voluntad. El Estado, pues, se estructura a través de órganos que actúan según la jerarquía y competencia que les atribuyen las normas. *Jerarquía y competencia* se convierten en los dos principios que ordenan la actuación del Estado.⁴⁰⁶

403 Cabo Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. II.

404 La unidad de caja, la unidad de jurisdicción, la responsabilidad como una sola persona jurídica, los principios de coordinación administrativa, etcétera.

405 Al tiempo que los ciudadanos también pueden “plantearlas al Estado, es decir, permite la aparición de los derechos públicos subjetivos”. Se invierte así todo el mecanismo revolucionario donde, como es sabido, las declaraciones de derechos eran previas a la Constitución Política del Estado e implicaban, por parte de éste, un reconocimiento de dicha prioridad. En el nuevo esquema, una persona jurídica (el Estado) acoge (facultativamente, en cuanto se autolimita) pretensiones jurídicas de otras personas (los particulares). La sociedad se ve desprovista de la dimensión pública revolucionaria que le permitía ser la verdadera creadora de los derechos del hombre y del ciudadano. La juridización de los derechos que los hace más eficaces en la realidad, se realiza a costa de una notable transformación de su raíz conceptual.

406 Cabo Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. II, pp. 261 y 262.

A través del principio de jerarquía se incorpora al monarca al Estado; el monarca es un órgano del Estado, en este caso su órgano supremo, al que corresponde, exclusivamente, la manifestación de la soberanía y, por tanto, la expresión de la voluntad del Estado (de acuerdo con el “principio monárquico”). De aquí surge un sistema jurídico político totalmente distinto al que idearon los revolucionarios franceses (al margen de su práctica posterior) y al efectivamente instaurado tras la revolución norteamericana.⁴⁰⁷ Al establecerse dentro del Estado un órgano soberano, ello implica que no existe poder alguno superior a él ni limitación que no sea una autolimitación. Las Constituciones, en este sentido, son la manifestación de la autolimitación de un órgano del Estado que no renuncia a modificarla si así lo estima conveniente. Por ello, “la no distinción, a nivel político entre poder constituyente y poder constituido, se traduciría jurídicamente, en la paralela indiferencia entre Constitución y ley ordinaria”.⁴⁰⁸ De esta forma, la ley, una vez que se vuelve obligatoria (una verdadera ley, como consecuencia de la sanción del monarca que le da valor imperativo y obligatorio y la convierte en ley del Estado),⁴⁰⁹ puede prevalecer sobre el anterior texto constitucional, ya que ambas obtienen su capacidad de obligar de una misma fuente: la autoridad del Estado manifestada en su órgano soberano, el monarca. Por ello, escribe Laband,

La afirmación de que las leyes ordinarias deben estar siempre en armonía con la Constitución y no resultar incompatibles con ella, constituye simplemente un postulado de la práctica legislativa, no un axioma jurídico. Aunque resulte deseable que el sistema de derecho público y privado no aparezca en contradicción con el acto constitucional, la existencia de una contradicción entre ambos es posible de hecho y admisible en derecho, de igual manera que pueden existir divergencias entre el Código penal, el de Comercio o el de Procedimiento criminal y una ley posterior a ellos.⁴¹⁰

Finalmente, será apoyándose en el principio de competencia como se fijará esa distinción —antes expuesta—, característica del modelo alemán que está en la base misma de la de delimitación intraestatal de

407 Cfr. Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985, pp. 38 y ss.

408 *Ibidem*, p. 45.

409 Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1948, pp. 358 y ss.

410 Laband, *Le droit public de l'empire allemand*, París, 1901, t. II, pp. 314 y ss.

las esferas de lo público y lo privado: la de ley material y ley formal. Siendo la ley material la única en la que se manifiesta la legislación como función del Estado y que tiene por objeto la regulación de los derechos y deberes de los ciudadanos (lo que afecta, fundamentalmente, a su propiedad y libertad), y cuya competencia corresponde a la actuación conjunta de dos órganos: el rey y el Parlamento (que es órgano del Estado y no representación del pueblo).

Se crea así un ámbito sustantivo exclusivo de la ley material (es la llamada reserva de ley), entendiéndose que todas las demás normas, cualquiera que sea la forma que revistan,⁴¹¹ son, en realidad, administración, y pueden regularse por el Ejecutivo (es decir, por el monarca) exclusivamente. La esfera de la ley material determina, de este modo, el ámbito y funcionamiento de lo privado. Estableciendo, para lo demás, una competencia general de los órganos y poderes públicos que actúan sin más restricción que la que ellos mismos se han impuesto a través de estas leyes materiales.⁴¹²

B. Lo público como carácter de la nación (la doctrina francesa)

La construcción jurídica francesa del concepto de lo público viene marcada (como, por otra parte, lo están el resto de sus instituciones políticas y sociales) por el hecho revolucionario.⁴¹³

411 Vid pp. 290 y ss.

412 “De esta manera, la llamada dogmática alemana crea —a partir del derecho privado— las bases del derecho público moderno mediante esta construcción formal que es el Estado de derecho. Porque si bien en sentido amplio puede llamarse Estado de derecho a la configuración del Estado que establece el constitucionalismo moderno con una serie de elementos compartidos por los diferentes modelos (división de poderes, reconocimiento de derechos, actuación a través del derecho) en sentido estricto, esa expresión debe reservarse a esta creación alemana que, por otra parte, no es sino la respuesta a la nueva problemática política planteada por la Revolución francesa. Es bien conocida en este sentido la peculiar capacidad de la cultura alemana para recibir, pero también para transformar y adaptar a sus circunstancias las influencias francesas. Así, cuando a consecuencia del revolucionarismo francés se pone en marcha, junto a la caída y crítica del absolutismo, las nuevas formas de legitimación democráticas del sistema político, en Alemania se responde a través de esa creación del Estado de derecho: una construcción abstracta, jurídico-formal, que tiende a la legitimación de un Estado, que permanece dominado por el monarca, a través del derecho. El impulso político revolucionario francés se elude, convierte y transforma jurídicamente en Alemania”, Cabo Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. II, pp. 263 y 264.

413 La interpretación que a continuación se expone recoge materiales bien conocidos de Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers-État?*; Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, *ibidem*, *La loi expression de la volonté générale*, París, 1984; Pièrre, Eugene, *Traité de droit politique, electoral et parlementaire*, París, 1902, Duguít y Hauriou. No se ignora que esta construcción tuvo una vigen-

La configuración estatal desarrollada a partir de 1789, es el intento de transformación revolucionario de un sistema político basado sobre presupuestos totalmente distintos y que, en buena medida, determina, negativamente, las ideas que impondrá el nuevo régimen.

Así pues, el movimiento revolucionario se enfrentará a los dos pilares básicos en los que estaba montada la sociedad absolutista tratando de sustituirlos por otros nuevos en los que la idea de publicidad desempeña un papel prioritario. Los revolucionarios franceses se enfrentan, por un lado, al poder jurídicamente ilimitado del monarca absoluto y, por otro, al control de las clases nobiliarias sobre la sociedad mediante las corporaciones y poderes intermedios (gremios, colegios, etcétera).

Esta situación, heredera de la vieja configuración feudal, aunque permitió la acumulación de capitales necesaria para el surgimiento del propio tercer Estado, se había hecho, por las razones expuestas en la parte primera, sección III, 2, B, 1),⁴¹⁴ incompatible con el desarrollo de la sociedad burguesa.

Contra ambos principios se va a proceder a una nueva construcción doctrinal que constituye el núcleo central de la teorización jurídico-política francesa y la clave para la comprensión de la nueva interrelación entre las esferas de lo público y lo privado. Dicho concepto es el de nación.

El primer uso que se hizo de dicho concepto fue antes y durante el proceso revolucionario como elemento unificador del enfrentamiento con la nobleza y la monarquía. El carácter común entre las nuevas burguesías y las clases trabajadoras que debía empujar a éstas a participar en la transformación social, era la pretensión de “liberar a la nación”. La nación se convierte en el nexo común entre los ciudadanos al margen del nexo “burocrático” o “nobiliario” que une a los dife-

cia reducida y que, como señala el profesor Pedro de Vega García (*La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, pp. 42 y ss.) en manos del llamado liberalismo doctrinario (Guizot, Thiers) sufrió una notable transformación, alterando buena parte de sus supuestos básicos en una línea notablemente más conservadora. Sin embargo, la exposición se realiza en estos términos porque parece que en todo momento el impulso utópico de la Revolución se mantuvo cuando menos como horizonte ideal, y no permitió construcciones como las de la dogmática alemana, aunque sus realidades hubieran empezado a aproximarse en lo político. Cfr. Cabo Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. II, pp. 265 y 266, también, Burdeau, G., “Préface”, en Carré de Malberg, R., *La loi expression de la volonté générale*, Paris, 1984.

414 Pp. 119 y ss.

rentes sectores del bloque del poder. La burguesía se muestra en su momento universalizador como la encarnación de las aspiraciones del conjunto de la población y representante del destino histórico de Francia. Se trata, pues, de un enfrentamiento en que no se dirimen diferencias o intereses personales sino un interés común que está por encima de todos, el de la nación.

La otra cara de esta afirmación es el uso deslegitimador de esta misma idea de nación contra el poder reinante. Se afirmará que corresponde a la nación el decidir sobre su propio destino y que éste no puede estar supeditado a ninguna voluntad externa. La nación debe manifestar su voluntad sobre la forma en que quiere organizar su gobierno. Un monarca que carece de este sufragio popular, de la necesaria aceptación popular, no es el monarca de la nación francesa, sino un tirano que puede ser derrocado. La universalización de la burguesía en el concepto de nación se corresponde con la extinción del espacio político y social para el resto de los estamentos. Lo que legitima el impulso revolucionario burgués, sirve para deslegitimar el gobierno absolutista.

Junto a estas funciones de legitimación/deslegitimación provenientes de la idea de nación, se encuentran otras igualmente importantes y relevantes al tema aquí considerado. Funciones que podríamos denominar de inclusión/exclusión. En la organización efectiva del gobierno de la nación, la burguesía, naturalmente, trató de asegurarse un papel dirigente que garantizase que la nueva disposición social favoreciese (o, al menos, no resultara incompatible con) sus propios intereses. Sin embargo, su propia legitimación, en los términos vistos, impedía un monopolio simple y directo de la acción política. En lugar de ello se construyó, basándose precisamente en la idea de nación, una tesis más compleja de inclusión y exclusión de la soberanía. Conforme a ella, el gobierno se ejerce en nombre de la nación, y no existe vinculación directa alguna entre dicho gobierno y sectores concretos de la población, toda vez que la única relación posible es la que vincula al mismo con el conjunto de la nación. Si esto es así, nadie puede sentirse a priori excluido de la acción de gobierno, en cuanto miembro de la nación. El gobierno persigue no el progreso de ningún sector concreto sino el interés nacional. La nación sirve, así, para operar la inclusión de todos los intereses encontrados en la esfera pública. Si esto es así, si de lo que se trata es de servir al interés nacional, el paso siguiente

que necesariamente debe darse es el de la determinación de dicho interés nacional, el de su especificación concreta.

Pues bien, de igual manera que la nación actuaba como elemento deslegitimador del viejo orden absolutista, actuará también como elemento de exclusión de las clases inferiores. El concepto demuestra así su virtualidad, pues sirve simultáneamente para legitimar una actuación concreta haciéndola pasar por común al tiempo que se asegura el control de la misma. Como se trata de determinar el interés nacional, y dada la consideración racional de la política propia del liberalismo, conforme a la cual se trata de encontrar la “mejor” solución a cualquier problema que se plantee mediante el ejercicio de su consideración intelectual,⁴¹⁵ dicha especificación deberá provenir de quienes se encuentren mejor capacitados para lograrlo. Por ello, las normas que restringen la posibilidad activa o pasiva de sufragio no tienen como misión limitar la participación o representación (que, por otra parte, es imposible, ya que es, por definición, de la nación), sino mejorar la calidad de la acción de gobierno con el correspondiente beneficio para todos los sectores afectados, para toda la nación.

De esta forma, es a partir del concepto de nación como se va proyectando el carácter de publicidad sobre el resto de los elementos jurídico-políticos. A la nación corresponde esencialmente la consideración de público porque es el resultado abstracto de los intereses y deseos comunes. A dicho interés público se corresponde estructuralmente un determinado modelo de organización que es también público, primero, porque procede de la voluntad de la nación, y segundo, porque resulta adecuado a estas exigencias de la misma. Y ello porque respeta la publicidad como principio básico de toda la organización del sistema.

Lo público se concibe así como una interrelación entre lo público de la sociedad y lo público del Estado. La sociedad es la encargada de trasladar y especificar el interés nacional a la esfera estatal, y a ésta se encomiendan aquellas misiones que, decididas en el seno de la sociedad, ésta no puede llevar a cabo. Pero también para estas actuaciones se prevé la publicidad (de los procedimientos, de las sesiones, la publicación, etcétera).

La nación envía sus representantes al Parlamento, y éste no es tanto un órgano del Estado como la encarnación misma de la nación. Es la

415 Vid pp. 100 y ss.

pieza que sirve para la articulación jurídica de lo que debe dejarse al arbitrio de los particulares y aquello que la nación exige sea gestionado por una entidad superior.

Partiendo de este planteamiento, se comprende que la posición del Estado como determinante de las relaciones entre lo público y lo privado adquiera una menor relevancia (al menos conceptual), porque es a través, primero, de la Constitución, y, luego, de la ley, como se opera esta distribución. La sociedad, en primer lugar, como poder constituyente, procede a la creación del sistema jurídico que da lugar a la existencia misma del Estado. El Estado no preexiste como una realidad exterior, sino que es el resultado de una actividad concreta de los ciudadanos, de su pacto social y político.

La limitación a la actuación estatal sobre la sociedad no procede así de una autolimitación estatal, sino del reconocimiento por parte del Estado de unos valores del individuo superiores y previos a él: las declaraciones de derechos. Igualmente, la ley no es el marco en el que el Estado fija los límites de lo lícito en la sociedad y el mercado, sino las normas de que se dota esta propia sociedad mediante la representación política. La ley no es un mandato del Estado, promulgado por el monarca; la ley representa el reconocimiento por parte del Estado de la existencia de una comunidad social a la que debe su propio surgimiento. La ley es, pues, la expresión de la voluntad general.⁴¹⁶

Porque esto es así, porque la ley es el instrumento jurídico a través del cual la sociedad interviene en la gestión de las cosas públicas para garantizar el interés de la nación, aquella no se definirá sólo en términos materiales (de manera tal, que la distinción entre ley formal y ley material es, en principio, contraria a la teoría jurídica revolucionaria), sino también en términos formales. La ley debe reunir aquellos caracteres que garantizan el cumplimiento de estos fines y su adecuación al modelo de sociedad deseado, la ley debe ser general, abstracta, etcétera. Reaparece así la idea de Kant en relación con la fórmula trascendente del derecho público: “Cualquier acción relativa al derecho de otros hombres, cuya máxima no es susceptible de publicidad, es injusta”⁴¹⁷ o, lo que para un revolucionario francés es lo mismo, no puede

416 Carré de Malberg, R., *La loi expression de la volonté générale*.

417 Kant, Immanuel, *La paz perpetua*, apéndice II. Vid. Eisler, Rudolf, *Kant-lexicon*, Georg Olms Verlag, 1984, s. v.

ser una ley. Porque, en realidad, para este primer pensamiento jurídico revolucionario la sola imposición de unos sistemas de aprobación y formación de mayorías (la democracia y la publicidad) debían garantizar que la ley fuese también ley en sentido material (general, abstracta, etcétera). Tanto la dogmática posterior (Carré de Malberg), como la realidad jurídica desmentirían esta hipótesis.

En resumen, la situación francesa, en que una clase social nueva se plantea un cambio radical en las relaciones sociales en las que no se pretendía sólo hacerse con los instrumentos de poder tal como existían en la fase anterior, sino transformarlos para que resultasen compatibles con las nuevas exigencias del mercado, trajo como consecuencia un replanteamiento general de las relaciones entre la sociedad y el poder público. El Estado como instancia de poder representaba, históricamente, la forma de poder de las clases nobiliarias, por lo que no podía hacerse de él el elemento central que estableciese el nuevo sistema de relaciones. Por ello, hubo de buscarse un concepto nuevo del que predicarse la publicidad y que se proyectara sobre todos los ámbitos jurídico-políticos de la nueva organización social. Dicho concepto fue el de nación.

Con él se logró transformar tanto el ámbito del poder político como la propia sociedad. Pues fue también en su nombre en el que se abolieron,⁴¹⁸ por contrarias a los intereses de la nación (y a los derechos individuales), las estructuras intermedias de poder como gremios y asociaciones en que estaba basado buena parte del control de la sociedad.

A partir de él se estableció el sistema de participación de la sociedad en la vida pública, es decir, lo público de lo privado, mediante las dos vías estudiadas de la participación electoral y la opinión pública, en la que se hacía coincidir lo común, lo general de la sociedad, con el interés nacional para cuyo servicio se establecía los poderes públicos. También, con relación a la categoría de nación, se fija el marco de actuación de los ciudadanos, ya que la Declaración de Derechos es para el hombre y el ciudadano (para el miembro de la comunidad nacional). La nación, por su parte, se hace también titular de derechos respecto de otras naciones, y surgen los principios de autodeterminación y no injerencia típicos del derecho internacional liberal.⁴¹⁹

418 Primero con su no reconocimiento en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y, luego, con su prohibición expresa en la Ley Le Sapelier.

419 Cfr. Aguilar Navarro, Mariano, *Derecho internacional privado*, vol. I, t. I, Introducción y fuentes, Madrid, 1982.

Además, desde esta nueva óptica se comprende la redefinición (y surgimiento) de conceptos tales como el demanio público o los servicios públicos, que son públicos no sólo por su mera relación con el Estado, sino por su vinculación con el interés público o nacional. Por idénticas razones, puede considerarse a las libertades políticas, libertades públicas en cuanto que de su ejercicio depende que la interrelación entre la sociedad y el poder político funcione en los términos deseados.

Esta interrelación entre la nación (entendida, en lo económico, como mercado de individuos) y el poder político, base de la nueva articulación de lo público y lo privado a partir de las revoluciones burguesas, no haría más que hacerse cada vez más intensa en fases posteriores del desarrollo histórico, tal como se expone en la primera parte.⁴²⁰

C. *El caso inglés (el reino)*

Por último, en este punto se realizará una breve consideración de estos mismos temas en relación con el caso inglés. Como en tantos otros aspectos, la realidad inglesa es ampliamente divergente respecto de las ideas dominantes en el continente, por lo que puede servir de esclarecimiento de las capacidades explicativas de los argumentos habitualmente empleados en la dogmática jurídica de éste.

Como se indica en el título de la sección, se ha caracterizado el sistema de publicidad inglés con el reino como nota más específica. Y es que, en la práctica, las notas indicadas para el sistema alemán o francés muy difícilmente podrían haber servido para interpretar el caso inglés, ya que, en primer lugar, el Estado como personalidad jurídica independiente es un concepto extraño al sistema tradicional inglés de derecho público y, segundo, porque nos encontramos ante un caso de plurinacionalidad evidente cuyo nexo de unión es la Corona, no en vano el nombre oficial de dicho *Estado* es *United Kingdom of Great Britain and Northern Island*⁴²¹ que, según la *Commission on the Constitution*⁴²² contiene “diferentes países, naciones y regiones”.⁴²³

420 Pp. 134 y ss.

421 Cfr. Wade, E. C. S. y A. W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, Londres, 1985, pp. 37 y 38.

422 1969.

423 Gran Bretaña, por su parte, designa a Inglaterra, Escocia y Gales, unidos en un solo reino por el artículo 1 del *Treaty of Union* entre Inglaterra y Escocia de 1707.

Como es sabido, la temprana centralización del sistema feudal inglés determinó que el conjunto de éste quedara bajo el control de la monarquía normanda. Este hecho resulta especialmente relevante porque hacía coincidir la posesión (aunque después dada en feudo) del conjunto del territorio, con la unión de lazos de fidelidad de este mismo. Es decir, que coincidían un elemento material y otro espiritual unificadores (lo que no sucedía, por ejemplo en Francia, donde aun existiendo una cierta vinculación de fidelidad respecto del rey, muchos nobles no habían recibido de él sus feudos y los consideraban como solares propios). Desde ese momento se abría la posibilidad de considerar a la Corona como un factor de unidad de todo el territorio. Al ser del rey todas las tierras,⁴²⁴ ninguna lo era ya de forma privada, sino todas con un tipo de titularidad nueva, especial, resultante del poder político.

La Corona pudo considerarse una *universitas*, una corporación,⁴²⁵ una “unidad corporativa del rey y de los estamentos políticos”. Centralizó así el elemento material (el territorio, en propiedad), la coacción (el mando de la flota, fundamentalmente) y el elemento personal a través del conjunto de relaciones vasalláticas sublimadas en la idea de corporación.

La ulterior objetivación de la misma se produjo al considerarse verdadero titular del derecho al trono a la dinastía. Se separaba así a la persona del rey de la institución de la Corona, en torno a la cual se estructuraría la comunidad política.

La perpetuidad de la cabeza del reino y el concepto de *rex qui nunquam moritur*, un “rey que nunca muere”, dependía principalmente de la interacción de tres factores: la perpetuidad de la Dinastía, el carácter corporativo de la Corona y la inmortalidad de la Dignidad real.⁴²⁶

La peculiaridad del sistema inglés y lo que explica el no surgimiento del Estado como persona jurídica independiente, es la temprana unión de Corona y estamentos y la forma en que ésta se realizó. Sobre el modelo de las viejas relaciones vasalláticas, la Corona institucionalizó su inte-

424 Las *Crown Lands*, como se denomina todavía a las de dominio público.

425 García Pelayo, M., “La Corona. Estudio sobre un símbolo y un concepto político”, *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político, hoy*, en *Obras completas*, Madrid, 1994, p. 1,068.

426 Kantorowicz, Ernst H., *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, Madrid, 1985, p. 299.

racción política con los estamentos mediante la instauración de un Parlamento,⁴²⁷ donde se reunía el “Reino”. Las dignidades seculares (vasallos), las dignidades religiosas (cuya cabeza, finalmente, también sería el rey, y cuya denominación coincidiría con la del país) y las ciudadades⁴²⁸ con privilegio real. De esta forma, se producía una íntima interrelación entre la Corona y lo que, en el futuro, sería la representación de la ciudadanía que contribuyó a la identificación entre la misma y el poder público genéricamente considerado. Además, en esta unión, las Cámaras del Parlamento consiguieron imponer su capacidad de decisión sobre la Corona, impidiendo el desarrollo del absolutismo presupuesto tanto del panestatismo alemán como, *a contrario sensu*, de la Revolución francesa. De hecho, como resultado del *Convention Parliament* de 1689, el Parlamento proclamó definitivamente su potestad para regular la sucesión a la Corona, como así lo hizo en el *Act of Settlement* de 1700⁴²⁹ al disponer que la Corona “permanecerá y continuará en la citada excelentísima Princesa Sofía y sus propios herederos mientras sean Protestantes”.⁴³⁰

Faltan, por tanto, los supuestos para la construcción de lo público a la francesa o a la alemana. Para la versión francesa, porque la ausencia del proceso revolucionario hizo que nunca se produjera una ruptura general en el orden político legal, que nunca existiera por tanto un poder (ni un proceso) constituyente en el que se manifestara la nación como sujeto activo de la vida constitucional y, a partir del cual, pasara a identificarse a la misma como centro de imputación del bien común. Para la alemana, porque al no haberse desarrollado una monarquía absoluta encargada de dictar el derecho, sino una monarquía sometida al Parlamento que se encarga de la definición constitucional y legal del derecho, faltaba el supuesto básico (el de la personalidad abstracta) para el desarrollo del resto de elementos en los que se basa la consideración del Estado como centro de la publicidad (derechos públicos subjetivos, personalidad jurídica del Estado, etcétera).⁴³¹

427 Significativamente llamado *King in Parliament*.

428 *Franchised Counties and Boroughs*.

429 Con las enmiendas de 1707 y 1800 (*Acts of the Union*).

430 Vid. Taswell-Langmead, T. P., *English Constitutional History* (T. F. T. Plucknett ed.), 1960, pp. 443-448 y 504; Maitland, F. W., *The Constitutional History of England*, 1908, pp. 283-285.

431 Cabo Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. II, pp. 224 y 225.

El resultado de esta situación es que en Inglaterra no se ha producido una fusión completa entre los distintos ámbitos de la publicidad, ya que aunque ésta se ha concentrado en la Corona (en el sentido de que los poderes públicos son los de la Corona, los bienes públicos los de la Corona, la responsabilidad pública la de la Corona, etcétera), los ámbitos de publicidad de la sociedad, es decir, la proyección de la misma sobre la vida política mediante sus derechos políticos de participación (voto) y mediante sus derechos en relación con la formación de la opinión pública no están absolutamente incorporados a la actuación ni de la Corona ni del Parlamento, pues buena parte de ellos lo son de *Common Law* y proceden del progresivo reconocimiento judicial, verdadero poder independiente y creador de derecho (constitucional) incluido⁴³² en el Reino Unido.

⁴³² “El Poder Judicial, que también desde época muy temprana se afirma no sólo como realmente independiente, sino con pretensiones de superioridad sobre los otros dos como encargado no ya del *ius dicere* (de aplicar el derecho) sino del *ius dare*, es decir, sancionar el derecho a que deben someterse aquéllos. Aunque tal posición (defendida desde comienzos del siglo XVII por el juez Coke) no llega a consolidarse, el lugar que ocupan los tribunales de justicia sigue siendo fundamental en el constitucionalismo inglés, tanto por su función interpretativa del *statute law*, que desarrollada con amplia libertad implica una función creadora del derecho, como por su papel en la fijación del *Common Law*”, Cabo Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. II, p. 229.