

## CAPÍTULO II TEORÍAS SECTORIALES DEL CONCEPTO DE “LO PÚBLICO”

1. Publicidad material o por el contenido . . . . .	208
Nota sobre la “publicidad” de los poderes públicos .	213
2. La publicidad formal . . . . .	215

## CAPÍTULO II

### TEORÍAS SECTORIALES DEL CONCEPTO DE “LO PÚBLICO”

Junto a las teorías generales sobre la “publicidad” en el ámbito jurídico a las que se ha hecho referencia en la sección anterior, existe también una doctrina que se ha ocupado de diferentes manifestaciones de esta publicidad en diferentes ámbitos o sectores de esta misma realidad jurídica.

Si las primeras teorías a las que se ha hecho referencia no se destacan por la abundancia de las aportaciones que a las mismas hayan realizado los diferentes autores, no sucede lo mismo con las aquí denominadas “teorías sectoriales”, por lo que, si respecto de las primeras, se ha adoptado un criterio de cierta amplitud, para las segundas se impone necesariamente un criterio selectivo. Y ello, no sólo porque resultaría excesivo a los fines del presente trabajo una enumeración detallada de las diferentes posturas, sino porque buena parte de estas reflexiones no afectan al núcleo central de reflexión que aquí se plantea, sino que giran más bien en torno a su diferente regulación positiva para cada caso, las consecuencias y régimen de la declaración de su publicidad o a su diferente evolución histórica, sin atender a un criterio orientador global en relación con el establecimiento de un ámbito general de lo público o de la publicidad.

En este sentido, se estudian a continuación cuatro aspectos que se consideran esenciales para una mejor comprensión y verificación de las tesis anteriormente expuestas. En primer lugar, se hace referencia a la problemática de los bienes públicos, en especial en lo que se refiere a su naturaleza y encaje dentro del modelo del Estado de derecho. Después, se analiza la publicidad de los llamados poderes públicos o, más sencillamente, el problema de la definición del poder público y sus diferentes manifestaciones. En tercer lugar, se estudia la publicidad parlamentaria como uno de los principios vertebradores del moderno parla-

mentarismo y, en definitiva, de todo el Estado liberal. Por último, se considera la publicidad de los actos del Estado en su vertiente normativa, es decir, la publicidad de las normas y su repercusión en la forma de entender la estructuración social de los Estados actuales. Los dos primeros aspectos se agrupan bajo el epígrafe denominado “Publicidad material o por el contenido” y, los dos últimos, bajo el de “Publicidad formal”. En la medida en que, en los dos primeros casos, público es parte constitutiva de la definición (no puede haber, por ejemplo, bienes públicos no públicos, pero sí normas no publicadas, o actos secretos del parlamento) y, en el segundo, un atributo formal que se le atribuye.

Como es obvio, la bibliografía sobre todos estos temas es inabarcable;<sup>433</sup> sin embargo, no es tan amplia en lo que se refiere al enfoque aquí seguido, por lo que se ha optado por una presentación muy selectiva de las diferentes tesis, tratando de articular más un discurso coherente que una exposición razonada de las opiniones de otros autores.

Esta exposición sirve para completar el marco que haga posible aproximarse a un estudio de lo público en la Constitución española vigente de 1978, e, hipotéticamente, en otros sistemas constitucionales actuales.

## 1. PUBLICIDAD MATERIAL O POR EL CONTENIDO

Un tema clásico del derecho público (y del administrativo, en particular) es aquél que se ocupa de los llamados bienes públicos (o de dominio público, o demaniales, etcétera). No se trata aquí, obviamente, de exponer las diferentes aportaciones doctrinales que se ocupan de su régimen, declaración, privilegios, etcétera (y que, por otra parte, pueden localizarse fácilmente en cualquier manual o monografía sobre el tema),<sup>434</sup> sino de exponer los diferentes conceptos de “publicidad” que

433 Pueden consultarse, especialmente, para la publicidad de los bienes públicos, el trabajo de Cammarano, Guido, *Saggio sulla pubblicità dei beni pubblici, un'analisi introduttiva*, Padua, CEDAM, 1972, pp. 35-120; sobre los poderes públicos, Giannini, Massimo Severo, *Il pubblico potere, Stati e amministrazione pubbliche*, Boloria, 1986, y Gaspare, Giuseppe di, *Il potere nel diritto pubblico*, Padua, CEDAM, 1992; sobre la publicidad parlamentaria, el artículo del profesor Vega García, Pedro de, “El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 43, enero-febrero de 1985, pp. 45-65; y para la publicidad y publicación, sobre todo el capítulo primero, Rago, Doménico di, “Il rapporto tra pubblicità e pubblicazione nel diritto pubblico”, *La pubblicazione nel diritto pubblico*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, pp. 7-20, además, de la muy amplia bibliografía que figura en la *Enciclopedia del diritto*, s. v.

434 Por ejemplo, Giannini, M. S., *I beni pubblici*, Roma, 1963.

subyacen a la declaración o consideración de un bien como público, y de ver si dichas aportaciones pueden incluirse dentro de un marco de reflexión general sobre la publicidad.

En este sentido, siguiendo sobre todo a Guido Cammarano,<sup>435</sup> puede decirse que la publicidad de los bienes públicos que sostienen las diferentes concepciones puede resumirse, en vía de principio, en dos diferentes líneas.

La primera es la de aquéllos que hacen depender la publicidad de un bien de su propia naturaleza, lo que implicaría que existen unos rasgos *a priori* que hacen de un bien un bien público de por sí, al margen de las disposiciones concretas de un determinado ordenamiento (son públicas, se dice, por su propia naturaleza, las aguas del mar). Existiría así una esfera de lo público que el derecho vendría a reconocer, no a crear. Partes de la realidad, por tanto, son públicas o privadas y nunca pueden dejar de serlo.

La segunda es la de aquellos otros que hacen depender esta consideración del hecho de que se encuentren así definidos (y, eventualmente, “declarados” por un acto concreto) por parte del legislador, su publicidad derivaría por tanto de su subsumibilidad en una categoría creada por el legislador positivo o de ésta más un acto concreto de declaración o afectación. La categoría sería, desde este punto de vista, intrajurídica y podría ampliarse o restringirse tanto como estime oportuno el legislador ordinario de cada momento.

En cualquiera de los dos casos, la mera enunciación de una u otra opción no permite avanzar gran cosa en la determinación de en qué

<sup>435</sup> Cammarano, G., *Saggio sulla pubblicità dei beni pubblici. Un'analisi introduttiva*, Padua, CEDAM, 1972. Este ensayo de Cammarano constituye el tratamiento más extenso y detallado del tema, y recoge, además, con amplitud, toda la doctrina al respecto, por lo que la presente sección es necesariamente deudora del mismo; sin embargo, la metodología ultrapositivista basada en un método neokantiano particular hace que sea difícil compartir (y hasta comprender) sus conclusiones. La conclusión de su estudio es que “público y privado cuando se usan en consideración a su significado jurídico, pueden definirse como nombres de valores de disciplina (la circunstancia de que el comportamiento contenido en el enunciado normativo sea calificado bien de obligatorio, bien de prohibido, bien de permitido o facultativo) de un enunciado normativo o de un conjunto de enunciados normativos (segmento de lenguaje jurídico que contenga la calificación deóntica de uno o más comportamientos subjetivos) abstractamente considerado”. Por ello, “por bien público debe entenderse: toda entidad que sea objeto actual o potencial de comportamientos calificados de obligatorios o prohibidos, o: toda entidad que sea objeto de comportamientos resultantes de enunciados normativos, calificados como obligatorios o prohibidos; o bien: todo bien jurídico del que los comportamientos relativos al mismo resulten, de los enunciados normativos en que el bien se resuelve, calificados de obligatorios o prohibidos”, *ibidem*, pp. 168-170.

consista su publicidad. Toda vez que, en el primero de estos casos, nos encontramos con una afirmación de carácter autoprobatorio,<sup>436</sup> y, en el segundo, porque la declaración de un bien como público por parte del legislador lo que en realidad viene es a indicar la voluntad del mismo de que se le aplique un determinado régimen,<sup>437</sup> el de los bienes públicos, pero no para aclarar en qué consista su publicidad (igual que el declarar una conducta como delictiva, no aclara qué es un delito).

Tanto en el caso de la postura que convencionalmente podemos llamar iusnaturalista como en el caso de la positivista, es posible resumir las razones que suelen alegarse para predicar la publicidad de un bien público de la siguiente forma:

1) Conforme a este primer criterio serían bienes públicos aquéllos que resultan aptos para la satisfacción un interés público.<sup>438</sup> Esta definición reclama inmediatamente la aclaración de aquéllo que se considera un interés público, y no hace sino desplazar el problema de un campo a otro.

2) El segundo criterio no se fija en el interés a que puedan servir los bienes, sino en su finalidad, es decir, que serían bienes públicos los que cumplen la condición de instrumentalidad respecto de un fin público. Respecto a este segundo criterio cabe hacer las mismas observaciones que ya se han hecho en el punto uno. La diferencia fundamental con el primero es que aquél incluye categorías enteras de bienes, mientras éste las restringe a aquéllas de sus instancias que, efectivamente, satisfacen dicho fin. Toma así importancia decisiva el acto de afectación.

3) En el tercer caso, se consideran bienes públicos aquéllos a los que les comunica su carácter público la publicidad del sujeto a que pertenecen, de forma tal que su condición dependería de la declaración previa de publicidad para un determinado órgano.

Por lo general, quienes defienden alguno de estos tres criterios anteriormente enunciados suelen predicar de ellos su validez para todo

<sup>436</sup> Se trata de un argumento circular, ya que si se predica una cualidad de un sujeto por estar "en su misma naturaleza" es porque ambos coinciden, pero quedando ambos igualmente inexplicados. *Vid.*, por ejemplo, Sandulli, "Beni pubblici", *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1959, p. 284. "Existen bienes que, pertenecen institucionalmente al Estado, y que no podrían pertenecer, por título alguno, *uti dominus* por ningún otro sujeto: dichos bienes son los bienes patrimoniales indisponibles por naturaleza". Es la vieja doctrina francesa de Ducroq o Berthelemy.

<sup>437</sup> Es la tesis de Hauriou, al definir los bienes públicos como "aquellas propiedades administrativas afectadas a la utilidad pública y que por consecuencia de esta afectación resultan sometidas a un régimen especial de utilización y protección".

<sup>438</sup> Por ejemplo, Cassarino, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milán, 1962, p. 24.

tipo de bienes públicos, por lo que constituirían una aproximación a un concepto general de publicidad. Por el contrario, hay quien mantiene que tales criterios exhaustivos no existen, y que se dan determinadas categorías de bienes públicos<sup>439</sup> para los que es preciso acuñar criterios propios que se adapten más precisamente a sus perfiles específicos.

Dentro de estos criterios especiales para determinadas clases de bienes públicos podemos destacar los siguientes como más comúnmente empleados en su caracterización.

4) Según este cuarto criterio existirían determinados bienes públicos cuyo carácter derivaría del uso exclusivo o el disfrute o utilidad colectiva; sería la necesidad de abordarlos en cuanto a su disfrute humano de forma colectiva y no individual, la que marcaría su rasgo distintivo.<sup>440</sup>

5) Dentro de la quinta categoría de bienes públicos se incluirían aquellos que están adscritos o destinados a un uso o servicio público, al margen de que estos mismos bienes puedan no ser públicos cuando se mantienen al margen de las citadas actividades; la condición de servicio público se proyectaría así sobre dichos bienes comunicándoles su condición de publicidad.

6) Bienes públicos por la actividad de la administración pública es la tesis extrema que deriva toda publicidad del Estado, comunicándose en este caso por la sola actividad de la administración sobre ellos, al margen del título jurídico por el cual lo haga.<sup>441</sup>

7) Bienes públicos por su carácter necesario para una determinada función pública. Fijada una determinada función pública, existen bienes tan íntimamente ligados a la misma que deben, necesariamente, ser bienes públicos. La publicidad vendría determinada por la relación de autoimplicación entre la función y el bien como medio de obtenerla.<sup>442</sup>

8) Bienes públicos por ser de propiedad pública

439 Demanio fluvial, marítimo, minero, aéreo, natural, del Estado o de las entidades locales, de uso público o de servicio público, etcétera.

440 Esta categoría se aproxima a la de bienes indivisibles.

441 Es la tesis “sostenida por Mayer (*Deutsches Verwaltungsrecht*, München, Leipzig, 1917; *idem*, “*Öffentliche Sachen*”, en Stengel, Fleischmann, *Wörterbuch des deutschen Staats und Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1911-1914) [que] afirma que son *öffentliche Sachen* aquellos respecto de los cuales el ente público ejerce la actividad de administración pública por el solo hecho de poseerlos y mantenerlos dentro de su ámbito”, citado en Cammarano, Guido, *Saggio sulla pubblicità dei beni pubblici, un'analisi introduttiva*, p. 75, n. 47.

442 Es la tesis de Guicciardi, *Il demanio*, Padua, 1934.

esta explicación de la publicidad de los bienes públicos se distingue de la [...] basada en la publicidad del sujeto al que pertenecen los bienes, porque en ésta a diferencia de aquélla, no es sólo el elemento subjetivo el que viene tomado en consideración, sino el contenido del derecho real de propiedad en su totalidad, que, por tanto, se aprecia como diferenciado y caracterizador del régimen jurídico de los bienes públicos. Con todo, para la correlación existente entre ambas explicaciones, los autores que defienden la tesis objeto de examen, para explicar la publicidad de los bienes han puesto, por lo general, un especial énfasis en la tesis del elemento subjetivo.<sup>443</sup>

Examinadas estas teorías, podemos poner la problemática de los bienes públicos en relación con el esquema propuesto en la segunda parte de este trabajo del siguiente modo.

En la medida en que el mundo de lo privado desbordó la mera propiedad y la convirtió en mercancía, pasó a depender de un mecanismo complejo: el mercado capitalista. Dicho mercado capitalista precisa de ciertas condiciones para la satisfacción de sus fines (distribución de bienes y recursos, fijación de precios, producción y distribución del excedente, etcétera). Entre ellas se encuentra la necesidad de que un poder exterior garantice la accesibilidad a ciertos recursos y servicios que el mercado no puede proporcionar (o gestionar equilibradamente); por ello, deben retirarse del mercado ciertos bienes que pasan a ser de dominio público. El dominio público tiene así una doble función: la de darle al Estado la posibilidad de ofrecer determinados servicios y la de excluir del control privado ciertos bienes o recursos que, de poseerse, harían imposible el propio mercado (por ejemplo, por la posición de dominio que otorgan [como es el caso del control de los estrechos o de los puertos o de las aguas fluviales o los recursos mineros, según el contexto nacional]).

Al haberse encomendado estas funciones ajenas al mercado fundamentalmente a una instancia externa a él, al Estado, tiende a confundirse la función que lo singulariza con la titularidad de los mismos. Simplificando, se dice que son bienes públicos los del Estado (o, algunos de los del Estado), aunque luego al definir su función reaparezca una

443 Cammarano, Guido, *Saggio sulla pubblicità dei beni pubblici, un'analisi introduttiva*, pp. 102 y 103, n. 65. También, Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, París, 1930.

relación directa con la sociedad al margen (a veces, totalmente)<sup>444</sup> de su implementación por parte del Estado.

Se comprende así la distinción entre bienes patrimoniales del Estado y bienes demaniales. Los bienes patrimoniales del Estado son los que emplea para obtener recursos o los que emplea en la prestación de servicios como medio *posible* para la satisfacción de estos fines. En principio, podría sustituirse tal sistema por otro, como por ejemplo, la tributación. Estos bienes que forman parte del patrimonio público participan, en realidad, de buena parte de las condiciones del mercado (al margen de la cuestión citada<sup>445</sup> de producción de valores de uso, si bien se trata, en todo caso, de valores de uso producidos con bienes que también se encuentran en el mercado y que, en ese sentido, no pueden ignorarlo totalmente [por ejemplo, en cuanto a su estructura de costos]). Los bienes del dominio público son los bienes *necesariamente* excluidos del mercado porque desempeñan funciones vitales para éste, que él mismo no puede sustituir o porque su presencia en él amenazaría su supervivencia.

Su determinación, por tanto, es funcional. No existe nada en su naturaleza como tal que los haga necesariamente públicos o privados, sino que en un contexto dado de interrelación entre el mercado y las funciones públicas, entre el intercambio de particulares y las condiciones que éstos necesitan para hacer posible este intercambio, se impone la separación de ciertos bienes del régimen general. No tanto porque dejen de ser propiedad (porque se afirma que lo son del Estado), sino porque lo que dejan de ser es mercancías. Esta peculiar situación de estos bienes es la que ha provocado las dudas doctrinales en torno a si la relación del Estado para con los bienes de dominio público es de *imperium* o de propiedad, y está igualmente en el origen de la teorización de la llamada propiedad administrativa (prácticamente, una *contradictio in adiecto*).

*Nota sobre la “publicidad” de los poderes públicos*

El hecho de que suela emplearse la expresión “poderes públicos” en plural ha determinado que se trate de aclarar, en primer lugar, cuáles

444 Como, por ejemplo, aguas fluviales sobre las que nunca llega a recaer actividad alguna pública (e incluso que, en la práctica, son objeto exclusivamente de explotación o disfrute privado [por estar en el interior de un fundo]).

445 Cfr. pp. 157 y ss.

de todos los poderes que existen en una determinada sociedad pueden incluirse en tal categoría,<sup>446</sup> y, en segundo lugar, cuál es el nexo que se puede establecer entre todos ellos.<sup>447</sup> Ahora bien, en realidad, la publicidad de los poderes públicos se suele estudiar en unión con la del Estado, por lo que es, en la práctica, subsumible en la publicidad de aquél. Resultan, por ello, de aplicación aquí todas las consideraciones realizadas en la parte primera, sección III, 1, A.<sup>448</sup> Por eso, sólo se incluyen aquí algunas observaciones más sobre el uso del término y la delimitación del mismo.

Con el término “poderes públicos” se suele hacer referencia simultáneamente a dos consideraciones del Estado de diferente origen y naturaleza. De un lado, se refiere a todo lo relativo a la división de poderes y se habla así de los Poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo como poderes públicos.<sup>449</sup> De otro, también se consideran “poderes” públicos a aquellos órganos del Estado que aparecen dotados de “imperio”, de capacidad de ordenación sobre los ciudadanos. Desde la concepción de la personalidad jurídica del Estado y de su manifestación de la voluntad a través de órganos se deriva esta consideración de cada uno de ellos como un poder.<sup>450</sup>

Hay que indicar, por último, que la compleja interrelación entre las funciones tradicionalmente “estatales” y el funcionamiento de la sociedad ha dado lugar al nacimiento de numerosos entes, comisiones, *committees*, *boards*, etcétera, cuya calificación se hace cada vez más difícil en el sentido de que sus decisiones resultan muchas veces de obligado cumplimiento, pero el mecanismo de adopción de las mismas no responde a procedimientos administrativos clásicos, sino que es el resultado del acuerdo de los propios agentes que en él participan. Estos

446 Por ejemplo, Druésne, Gérard, “Réflexions sur la notion de pouvoirs publics en droit français, II, La liste des pouvoirs publics”, *Revue du Droit Public*, t. XCII, núm. 5, pp. 1,202-1,215.

447 Di Gaspare, Giuseppe, *Il potere nel diritto pubblico*, capítulo I, L'apparizione di un'autonoma concezione del potere giuridico nel diritto pubblico, pp. 1-90.

448 Pp. 75, 233 y ss.

449 En la Constitución española, como se verá después, se ha reservado la voz “poder” exclusivamente para el “Poder Judicial” (título sexto), el que más veces se ha puesto en duda que sea un verdadero “poder”, dudas que, hasta cierto punto, ha venido a despejar la importancia que en acontecimientos recientes ha tomado la magistratura tanto en Italia como en España.

450 Para un tratamiento amplio de toda la materia constitucional española desde el punto de vista de los diferentes poderes y que no se limita a la consideración de los tradicionales, sino que la adecúa a la complejidad de las sociedades modernas (en concreto, a la española) puede consultarse Esteban Alonso, Jorge de y Pedro González-Trevijano, *Curso de derecho constitucional español*, Madrid, 1994 (especialmente, vol. III).

poderes o administración paralela se ocupan de aspectos cada vez más importantes de la vida social (control de la publicidad, de la competencia, de la seguridad de los productos, de los derechos de los consumidores, etcétera), siendo objeto de discusión si el resultado de su actuación es un control de dichas actividades, es la objetivación de las mismas por la participación de un poder público como árbitro neutral, o la progresiva toma de poder público por parte de los poderes privados allí representados que lo emplean como legitimador de sus propios intereses.<sup>451</sup>

## 2. LA PUBLICIDAD FORMAL<sup>452</sup>

El principio de publicidad tuvo uno de sus primeros reconocimientos dentro de la esfera de la actuación de los poderes políticos en el marco de la actividad parlamentaria. El principio de publicidad pasó, así, en buena medida, a ser sinónimo del principio de publicidad parlamentaria. Y se le considera uno de los pilares de la moderna democracia representativa y tan unido a la institución parlamentaria que desaparecido aquél no podría concebirse ésta.

Sin embargo, y demostrando que pese a la continuidad semántica e institucional entre los viejos parlamentos medievales (y en parte del Antiguo Régimen) y los parlamentos actuales la esencia misma de la institución quedó totalmente alterada con la llegada de las ideas liberales, este principio tiene un origen histórico concreto y unas causas específicas de aparición.

En primer lugar, por la desaparición de la necesidad de mantener el secreto como protección de un órgano que ya ha alcanzado la soberanía y que puede defenderse por medios propios.<sup>453</sup>

<sup>451</sup> Vid. Schmitter, P. y G. Lehmbruch, *Trends Toward Corporatist Intermediation*, Londres, 1979.

<sup>452</sup> La publicidad parlamentaria ha sido objeto de tratamiento por parte del profesor Pedro de Vega García en diferentes foros y congresos internacionales, en el curso de doctorado “Publicidad y representación” del bienio 1992-1994, y en su artículo “El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 43, enero-febrero de 1985, pp. 45-65. Todas las ideas vertidas en estos trabajos están en el origen mismo de la presente tesis doctoral, por lo que la referencia a ellos es obligada. En esta sección se sigue de cerca lo expuesto en el citado artículo poniéndolo en relación con el esquema más amplio aquí trazado.

<sup>453</sup> Desde el *Right to Commit for Contempt* a la imposición de sanciones pecuniarias, *Writs Orders*, etcétera.

En segundo lugar, por los problemas de índole práctica a que dio lugar la imposibilidad material de mantener el secreto en la medida en que éste se veía sustituido no por la información, sino por la desinformación interesadamente provocada.

Y, en tercer lugar, por la incompatibilidad entre el sistema del secreto y las aspiraciones y convicciones ideológicas de la burguesía liberal. La publicidad parlamentaria servía para transformar el carácter básico de dos realidades de especial relevancia para los liberales: la propia actividad política y la relación representativa. La actividad política porque suponía salir de la política de los *arcana imperii*, del secreto de la Cámara regia, para entrar en una política en la que, para la formación del interés general, se requiere el concurso de la nación. Y, en lógica consecuencia, supone transformar la representación: el mecanismo por el que (junto con la opinión pública) se transforma dicha actividad. Mediante la publicidad de las sesiones se trata de acercar a representantes y representados.<sup>454</sup>

Si el caso inglés refleja los caracteres generales de su constitucionalismo no lo hace en menor medida el del continente y, singularmente, el de Francia. Si el constitucionalismo inglés es un constitucionalismo evolutivo y no formalista en el que la norma de derecho hay que comprenderla en una compleja y rica realidad política, el constitucionalismo francés marcado por su sello revolucionario, es un constitucionalismo de ruptura, de final y comienzo de etapa. Un constitucionalismo que aboga, además, por una legalidad estricta.<sup>455</sup> La ley, expresión de la voluntad general, se considera el único mecanismo válido de ordenación de la vida social. Por ello, Francia, que conoció mucho más tardíamente la publicidad parlamentaria (y lo mismo cabría decir de las inmunidades),<sup>456</sup> contó, sin embargo, antes que Inglaterra, con una legislación específica y terminante sobre la misma. De forma, lo que había sido

<sup>454</sup> Como se sabe, esta cercanía es tradicionalmente muy intensa. El *speaker* llama a los diputados por el nombre de su circunscripción y no por el suyo propio. El recurso al diputado como mecanismo de relación con el aparato estatal es, todavía hoy, una práctica corriente. *Vid.* Cabo de la Vega, Antonio de, *El derecho electoral en el marco teórico y jurídico de la representación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

<sup>455</sup> Precisamente, las tendencias dictatoriales tomaron la forma de abandono de la misma (*il faut sortir de la légalité pour rentrer dans le droit*).

<sup>456</sup> *Cfr.* García López, Eloy, *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos*, Madrid, 1989, pp. 28 y ss.

una práctica en Inglaterra se hizo derecho en Francia de donde se exportaría al resto de sistemas jurídicos europeos.

Al igual que se ha hecho en secciones anteriores, lo que interesa ahora es ver la forma en que esta interpretación de la publicidad encaja dentro del esquema general planteado a lo largo del presente trabajo, es decir, de incluir los resultados de este caso particular en la construcción general de un concepto de publicidad, y ello, además, porque “tanto la recepción legal de la publicidad como su apologética en el plano del pensamiento y de la ideología, quedarían sin la conveniente explicación, al margen de la *Weltanschauung* liberal que es quien, a fin de cuentas, les sirve de fundamento”.<sup>457</sup>

Si reconsideramos, desde este punto de vista, algunos de los hechos que propiciaron las modificaciones citadas al comienzo de esta sección, es decir, los enfrentamientos existentes entre los *reporters* privados y su actividad hacia el conjunto de la sociedad y las pretensiones de secreto de las Cámaras, se advierte que en ellas late en realidad la progresiva separación de Estado y sociedad, pero, junto a ello, la otra causa básica de enfrentamiento, como es la posibilidad de una injerencia negativa por parte de la Corona, muestra que el secreto está en realidad actuando como mecanismo de equilibrio entre dos poderes del Estado. La situación será totalmente diversa cuando el Parlamento adquiera progresivamente carácter de órgano social, cuando comience a ser el representante por excelencia de lo público de lo privado, cuando constituya, en definitiva, el mecanismo privilegiado de articulación política de lo público estatal y lo público social.

La Cámara, dirá Lorenz von Stein, “es el órgano mediante el cual la sociedad domina al Estado”.<sup>458</sup> Ello quiere decir que es desde la confrontación sociedad-Estado, y desde la incardinación en la órbita de la sociedad de la institución parlamentaria, desde donde habrá que plantear y entender su nuevo significado.<sup>459</sup>

Como ya se ha expuesto, las clases burguesas veían en la reglamentación estatal de los diferentes sectores económicos (desde las fábricas

457 Vega García, Pedro de, “El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional”, p. 50.

458 Schmitt, C., *La defensa de la Constitución*, Madrid, 1983, p. 130.

459 Vega García, Pedro de, “El principio de la publicidad parlamentaria y su proyección constitucional”, pp. 50 y 51.

reales, hasta las imposiciones tributarias y arancelarias) el principal obstáculo al normal y eficaz desarrollo de la vida económica de la nación. Para evitarlo, tratarán de forjar una construcción teórica en la que quede el menor espacio posible a la actuación de aquél. Por ello, los fisiócratas, la expresión más pura de este pensamiento antiestatal, realizarán una inmediata identificación entre lo estatal y lo condenable; Mercier de la Rivière dice que todas las sociedades estatales pueden caracterizarse como “esta multitud de desórdenes que, en todo tiempo, han cubierto la faz de la tierra”.<sup>460</sup> Frente a la pretensión monárquica de la defensa de intereses superiores (dinásticos, espirituales, etcétera), los fisiócratas niegan toda existencia al interés público, ya que éste no es más que un “medio de ocultar ambiciones y robar por la astucia cuando no se puede robar por la fuerza”.<sup>461</sup> Los únicos intereses reales, tangibles, son los de los particulares: “es de la masa de las condiciones privadas —dirá Dupont de Nemours— de donde resulta la modificación y la aceptación recíproca de derechos y deberes del hombre de que se componen las leyes públicas de la sociedad”.<sup>462</sup>

Esta formulación fisiócrata de las aspiraciones liberales por ser la primera y la más directa, es la que manifiesta con más claridad los supuestos en que habría de basarse la teorización liberal. Efectivamente, si la pretensión era la de reducir al mínimo la intervención estatal, ello implicaba que había algún principio organizador de la sociedad que permitía que ésta funcionase por sí misma. Por eso, los fisiócratas aplicarán la doctrina del orden natural, de la racionalidad objetiva y subjetiva ya comentadas, al mundo de las relaciones entre particulares,<sup>463</sup> y, sobre ellas, defenderán los principios de libertad, igualdad y autonomía entre particulares para sus relaciones estrictamente privadas, y la construcción, como veremos, de un ámbito público de lo privado para sus relaciones políticas; por ello —como recuerda el profesor Pedro de Vega García— puede decirse “que la doctrina de la opinión pública burguesa debe a la escuela fisiocrática su primera y más rotunda formulación”.<sup>464</sup>

460 Mercier de la Rivière, “L’ordre naturel et essentiel des sociétés politiques”, *Physiocrates* París, 1846, vol. II, p. 608. Las citas provienen del artículo de Pedro de Vega García.

461 Dupont de Nemours, “Prólogo”, *Physiocrates*.

462 Dupont de Nemours, “Abrégé des principes de l’économie politique”, *ibidem*, vol. II, p. 731.

463 En forma semejante a como lo hiciera A. Smith para las relaciones económicas.

464 Heller, H., *Teoría del Estado*, México, 1961, p. 190.

## De esta forma

la distinción entre lo público y lo privado, que poseía ante todo una tradición jurisprudencial, [y] se había realizado hasta entonces sobre el texto clásico de Ulpiano (*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*), según el cual, lo público, el derecho público, es el derecho que se refiere al Estado, mientras lo privado, el derecho privado, es el derecho que regula las relaciones entre particulares, al negarse por los fisiócratas el valor de cualquier tipo de organización estatal, y admitir únicamente como reales y naturales las relaciones sociales entre los hombres, esta distinción entre lo público y lo privado cae por su base. No existe lo público referido al Estado en contraposición a lo privado referido a los particulares, sencillamente porque lo público es un mero artificio. Lo único que realmente existe es una masa de relaciones privadas. Y será de esas relaciones privadas y de las opiniones emitidas libremente por los particulares en la prensa, los libros, los salones, los clubes, etcétera, como surgirá una opinión general que es, justamente, la opinión pública burguesa. Como ha señalado Habermas<sup>465</sup> con indudable acierto, “lo público entendido de este modo es lo público de lo privado, lo que, dicho en otros términos, equivale a indicar que la opinión pública no es otra cosa que la opinión de la sociedad, forjada en el seno de la sociedad y que se contrapone abiertamente al Estado”.<sup>466</sup>

Conviene advertir, sin embargo, cómo esta esfera de la publicidad no alcanza inicialmente sino a una parte muy reducida de la sociedad, a los ciudadanos, a quienes disponen de sus derechos políticos. Si los fisiócratas acusan a la anterior organización estatal de encubrir un interés de clase nobiliario bajo la apariencia de interés general, el sistema propuesto por ellos mismos no se aleja gran cosa del anterior, en tanto que no es un sistema universalizado de creación de opinión pública, sino limitado a ciertos estratos sociales. Precisamente, la ulterior extensión de esta posibilidad vino a transformar totalmente esta inicial concepción de la publicidad parlamentaria.

En todo caso, lo que la teorización liberal heredará de esta inicial concepción de los fisiócratas es el hecho de que “a través de la opinión pública, creada como resultado de la discusión libre de los particulares en el ámbito de la sociedad” resulta posible llevar a cabo “esa gran operación histórica de racionalización del mundo social y político”. Me-

465 *Op. cit.*

466 Vega García, Pedro de, “El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional”, p. 52.

diante la opinión pública (y su complemento necesario, el sistema representativo y las elecciones) es posible introducir la racionalidad natural en el mundo de lo político y evitar, de este modo, interferencias en el desarrollo y progreso sociales.

Si la opinión pública expresa los deseos naturales y racionales de los hombres, las instituciones políticas sólo podrán legitimarse a través de ella en la medida en que en su formación y en su funcionamiento recojan y den traducción concreta a sus contenidos. De esta suerte, el Parlamento que, por un lado, se convertirá en la pieza fundamental del sistema político, por otro, sólo encontrará su razón de ser y su justificación última, en cuanto se presente incardinado en esa estructura de la opinión pública y de la publicidad (*Publizität*) burguesa.<sup>467</sup>

En conclusión, si se produce una adecuada integración del Parlamento como institución central del mundo jurídico liberal en los esquemas de publicidad y opinión pública que defienden sus teóricos, resulta posible extraer tres consecuencias de relevancia jurídica para la construcción doctrinal del liberalismo.

La primera es que el Parlamento se configura como un órgano de la sociedad y no del Estado. Es decir, que no se trata de un mecanismo por el que el Estado controla a la sociedad, sino un medio por el que aquélla establece los límites de actuación de éste. Esta creencia liberal adoptó en Francia forma jurídica en la afirmación (proveniente de la interpretación de la Constitución de 1791) de que el Parlamento es un órgano de la nación y no del Estado.<sup>468</sup>

467 *Ibidem*, pp. 52 y 53.

468 Sobre todo ello, *vid* las afirmaciones realizadas en relación con el concepto de nación y su centralidad para una concepción de lo público en la doctrina francesa en las pp. 211 y ss. También, Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, México, 1978, pp. 1,022 y ss. Es cierto que contra las concepciones del Parlamento como formación social, de Gneist, O. Meyer, Rieker que consideraban al órgano Legislativo no como órgano del Estado, sino como expresión “de las distintas fuerzas que obran en la sociedad” reacciona Jellinek en *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, 1954, pp. 438 y ss. Sin embargo, el propio Jellinek, después de reconocer que “el sistema representativo cae fuera del círculo del derecho y que el formalismo jurídico está incapacitado para comprenderlo y abarcarlo en su totalidad” (p. 440), para salvar la teoría del órgano del Estado, apela al pueblo en su totalidad —que sería la versión jurídica del concepto de sociedad— y lo define como el órgano supremo del Estado. Lo que significa que al ser el Parlamento un órgano del pueblo y al ser el pueblo el órgano supremo del Estado, el Parlamento aparece como un “órgano secundario” del órgano primario, que es el pueblo. *Vid* Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, pp. 1,022, 1,023; Jellinek, *Teoría general del Estado*, pp. 441 y ss; Vega García, Pedro de, “El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional”, p. 53, n. 22.

La segunda es que si el Parlamento es un órgano de la sociedad cuya finalidad es trasladar al aparato estatal la opinión pública, su funcionamiento debe quedar necesariamente sometido a las reglas de la publicidad. Es decir, los principios de la discusión racional, a partir de la cual se explican los derechos ilimitados en el uso de la palabra, la estructuración dialéctica de los debates, el sistema de las “enmiendas” (mejoras, subsanaciones, no establecimiento de criterios o intereses distintos), el sistema de comisiones técnicas para la ilustración intelectual de los trabajos parlamentarios, etcétera.

Y, por último, la convicción de que esa propiedad refleja del Parlamento que se expuso al referirse al parlamentario individual (los representantes conocen la acción de su representante y éste los deseos de aquéllos), también funciona en la propia estructura de la opinión pública en el sentido de que no se trata sólo de que la opinión pública “alcance” los centros decisorios a través del Parlamento, sino de que el Parlamento como síntesis depurada de la sociedad liberal se convierta en el principal creador de opinión pública. En palabras de Stuart Mill,

El Parlamento es el lugar donde no solamente la opinión de la nación, sino también la opinión de las diversas partes de la nación, y en la medida de lo posible, la de los hombres egregios del país, puede manifestarse públicamente y provocar la discusión. En él cada ciudadano puede estar seguro de encontrar a alguien que expone su propia opinión, tan bien o mejor como pudiera hacerlo él mismo, y no sólo ante amigos o partidarios, sino también ante adversarios que le hicieran sufrir la prueba de argumentaciones contrarias. En él es donde aquellos cuya opinión resulta vencida, sienten la íntima satisfacción de haber sido escuchados y contradichos, no por un capricho arbitrario, sino por razones consideradas superiores por los representantes de la mayoría de la nación.<sup>469</sup>

Como acertadamente ha recordado el profesor Pedro de Vega, “si el parlamento actúa como un órgano público es porque, previamente, se ha configurado como un órgano deliberante”. “El Parlamento del Estado burgués —escribe Schmitt— es según la idea que lo informa un lugar donde se realiza la discusión pública de las opiniones políticas. Mayorías y minorías, partidos del gobierno y de la oposición buscan el acuerdo acertado discutiendo argumentos y contraargumentos”.<sup>470</sup>

469 Stuart Mill, *Le gouvernement représentatif*, París, 1862, p. 123.

470 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, p. 365.

De esta forma, se comprende la estrecha vinculación que existe entre la opinión pública parlamentaria y la discusión como principio de obtención de la verdad. Desde la creencia liberal en la existencia de verdades objetivas que es posible alcanzar por la razón humana, debe plantearse la cuestión del mecanismo que puede llegar a la fijación de esta verdad, el mecanismo para su descubrimiento. La respuesta ilustrada a esta pregunta tendrá su repercusión directa en la forma de organización parlamentaria.

Para los pensadores ilustrados, la verdad se obtiene mediante la confrontación del pensamiento propio con las ideas y opiniones de los demás. En la misma forma que el pensador ilustrado recoge datos de las más variadas culturas, ámbitos de la realidad o épocas (al igual, en definitiva, que es enciclopédico), recaba igualmente las opiniones de los demás para obtener una visión más completa de los problemas. Kant escribirá:

Se dice habitualmente que el poder supremo puede arrebatarnos la libertad de hablar y de escribir, pero lo que no puede quitarnos es la libertad de pensar ¿Pero en qué medida y con qué rigor sabríamos pensar si no pensamos, por así decir, en comunión con los demás, a quienes comunicamos nuestros pensamientos y de quienes recibimos los suyos?<sup>471</sup>

Esta opción por la verdad dialógica se manifestará en el mundo jurídico político en una doble versión. De un lado, respecto al ejercicio de la acción del gobierno y, de otro, con relación a la concepción de la ley.

En lo que se refiere al primero de estos aspectos, se configura a partir de ella, la tesis del contraste gobierno-oposición.<sup>472</sup> Si existe un gobierno que dirige la nación, debe existir igualmente un sujeto encargado de representar otra posibilidad de gobierno, otra verdad. Es lo que se resume en la conocida expresión liberal del “gobierno por discusión”.

En relación con la ley, ésta deja de considerarse, fundamentalmente, un mandato de quien tiene el poder de imponer su voluntad para ser

471 Kant, I., y W. von Humboldt, *Antología*, Roma, 1965, p. 68. La cita procede del escrito de 1786, *Cosa significa orientarse nel pensar?*

472 Vid el artículo del profesor Vega García, Pedro de, “Para una teoría de la oposición política”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, una de las pocas aportaciones de la doctrina española a una comprensión global del fenómeno de la oposición política.

considerada un producto de razón. La ley es la respuesta normativa a un problema intelectual obtenida mediante la discusión pública. La ley carece de autor, es necesariamente anónima en la misma forma que lo son los teoremas o postulados geométricos. Se trata de verdades que cualquiera puede descubrir y que, una vez reveladas, se imponen por su misma evidencia.

Frente al entendimiento absolutista de la ley, concebida como voluntad y mandato, y que Hobbes consagra en el *Leviathan* en la fórmula clásica: *auctoritas, non veritas facit legem*, la burguesía presentará ahora un concepto racionalista de ley —resucitando la vieja expresión de la ley como *ordenatio rationis*— y que bien permite invertir los términos del lema hobbesiano en el sentido de que *veritas, non auctoritas facit legem*.<sup>473</sup>

Consecuente con estos presupuestos —como con acierto ha señalado Kelsen— el parlamentarismo democrático tendrá que presentarse desde posiciones crítico-relativistas. Se trata de un relativismo filosófico que, por partir de la imposibilidad de expresar apriorísticamente valores o verdades absolutas, y, por estar dispuesto a considerar el valor de las opiniones contrarias, no puede abandonar el método dialéctico a través del cual se sintetizan las tesis contrastantes.<sup>474</sup>

El parlamentarismo, que es por definición antidogmático, se contrapone así, como el propio Kelsen sostiene, a las concepciones absolutistas y dictatoriales de la política.

Sin embargo, el hecho de que “ningún hombre —como dijera Guizot—, ni ninguna reunión de hombres conozcan y practiquen plenamente la razón, la justicia y la verdad”, pero “que todos tengan la facultad de descubrirlas” obliga a fijar las reglas conforme a las cuales el procedimiento parlamentario debe operar para que todos, de alguna manera, participen en ese descubrimiento y asentamiento colectivo de la verdad, la razón y la justicia.<sup>475</sup> Es en este contexto en el que la democracia parlamentaria puede entenderse, histórica y teóricamente, como transposición de la idea del proceso judicial al proceso político de la legislación.<sup>476</sup> Y de igual manera que es consustancial al *ethos* jurídico el principio *auditor et altera pars*, conforme al cual todos los

473 Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, pp. 162 y 163; Habermas, *op. cit.*, p. 116; Vega García, Pedro de, *op. cit.*, p. 55.

474 Kelsen, H., *El primato del parlamento*, Madrid, 1982, pp. 200 y 201.

475 Guizot, *loc. cit.*, Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, 1990, pp. 34 y ss.

476 Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, 1980, p. 144.

que participan en un asunto deben ser oídos en el proceso político de la legislación, porque a todos afecta, todos también deben ser escuchados.

Ahora bien, la imposibilidad de participar masivamente en la discusión y decisión del proceso político, que es lo que condiciona la representación parlamentaria, plantea un dilema de notables e importantes consecuencias. Por un lado, la mecánica de la discusión y el descubrimiento de la verdad contrastando opiniones ajenas, exige la libertad de quien discute. De ahí la justificación del mandato representativo en el parlamentarismo moderno. Si la esencia de la política parlamentaria es la deliberación, y habida cuenta de que la deliberación no es posible bajo la forma del mandato imperativo, el mandato representativo constituye una exigencia ineludible del sistema.

Pero, por otro lado, en la medida en que el mandato representativo impone un distanciamiento y una separación obligada entre representante y representado, de la discusión parlamentaria quedarán marginados la práctica totalidad de los ciudadanos del Estado. Así las cosas, ¿cómo compaginar el principio *auditor et altera pars* con la exclusión en el proceso de discusión y decisión parlamentaria de la generalidad de los individuos a los que esas decisiones han de afectar directamente? Es entonces cuando el principio de publicidad de la actividad parlamentaria cobra toda su significación y relevancia. A través de la publicidad, como indicaba Stuart Mill, los ciudadanos pueden ver proyectadas sus propias opiniones en las opiniones mantenidas por los representantes. Con lo cual, la publicidad pasa a convertirse en el elemento de integración, en frase de Smend, más importante del Estado constitucional democrático, o, lo que es lo mismo, sin publicidad de la vida de las Asambleas no cabe hablar de democracia representativa.<sup>477</sup>

En conclusión, el concepto de publicidad actúa como elemento configurador del parlamentarismo como forma de gobierno, y permite operar la unificación de instituciones de diversa naturaleza en un sistema coherente con la ideología liberal y que sirva, al mismo tiempo, al control que la misma desea operar sobre las operaciones políticas de forma que éstas supongan un respaldo a su interés como clases poseedoras y comerciantes.

477 Vid. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, pp. 239 y 354; Vega García, Pedro de, *op. cit.*, pp. 55-57.

No es por ello extraño que la llamada “crisis del parlamentarismo”<sup>478</sup> haya afectado simultáneamente a todas estas instituciones. Cuando la base social sobre la que se construyó este modelo tuvo que modificarse como consecuencia de la presión ejercida por los partidos de masas de las clases no burguesas, la coherencia del sistema entró en crisis.

Crisis del mandato representativo, modificación del concepto de ley, secreto de las sesiones, trabajo en comisión, separación entre representantes y representados, inoperancia del parlamento frente a los retos de las sociedades modernas, deslegalización y legislación delegada, son problemas que tienen en su centro mismo la destrucción de la idea de publicidad burguesa que había servido para justificarlos ideológicamente y explicarlos intelectualmente.

En lo que se refiere al cuarto de los aspectos citados, cabe decir que, como es sabido, promulgación y publicación constituyen las dos últimas fases del procedimiento legislativo, superadas las cuales, los actos normativos devienen<sup>479</sup> de perfectos, en eficaces y obligatorios.<sup>480</sup>

Según la interpretación tradicional,<sup>481</sup> la promulgación de las normas es la constatación por parte del jefe del Estado de la fehaciente existencia de las mismas y el mandato de que se cumplan.

Hay que tener en cuenta que, históricamente, los parlamentos judiciales (particularmente en Francia) debían recibir la notificación de cada uno de los actos legislativos y que, una vez recibidos, procedían a su registro y a su aplicación sólo si, a su juicio, no eran contrarios a las leyes fundamentales del Reino (*droit d'enregistrement* y *droit de vérification*). La promulgación, por parte del jefe del Estado, es la centralización de esta verificación (en realidad, su supresión) y la orden de que necesariamente deben registrarse, es decir, aplicarse. Además, el rey incluía como complemento de esta orden de registro, la de su lectura en audiencia pública y la exposición en el tablón de anuncios del

478 Cabo Martín, Carlos de, “El parlamento en el Estado del capitalismo avanzado: situación y perspectivas”, *Anales de la Universidad de Alicante*, Facultad de Derecho, 1982, pp. 99-132, n. 1.

479 Según la terminología tradicional.

480 En el sistema constitucional español, por ejemplo, según el artículo 62 a) de la Constitución española, la promulgación de las leyes corresponde al rey; según el artículo 91, el rey promulga las leyes y ordena su publicación.

481 Cfr. Cabo de la Vega, Antonio de, “Promulgación y publicación”, en Lucas Verdú, Pablo (ed.), *Prontuario de derecho constitucional*, Granada, 1996, s. v.; Rodríguez Zapata, Jorge, *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1987; Solozábal, Juan José, *La sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria*, Madrid, Tecnos, 1987.

texto de la ley, o, lo que es lo mismo, una orden de publicación. La generalización de los textos impresos como medio de comunicación de las normas y su posterior refundición en una *Gaceta Oficial* suprimió en la práctica los actos de verificación y registro que venían englobados por la presencia del texto en la *Gaceta*. De esta forma, promulgación y publicación venían a coincidir materialmente, si bien formalmente siguen siendo dos actos distintos. La promulgación es la certificación del jefe del Estado, frente a todos los operadores jurídicos, de la existencia del acto normativo, y la orden a todos los ciudadanos, particulares y autoridades, de que se cumpla.

La publicación, por su parte, sería la comunicación general del contenido de la ley para que, pudiendo ser conocido por todos, por todos pueda ser cumplido. La publicación de la norma era un requisito conatural al espíritu liberal que consideraba a la ley como ente de razón y no de autoridad, y que debía alcanzar la mayor difusión posible, además de como mandato, como educadora de la sociedad. Esta publicación, inicialmente, tenía carácter material, es decir, la publicación se obtenía sin ninguna actividad por parte de los destinatarios (literalmente, *à son de trompe ou de tambour*), posteriormente, esta publicación se ha visto sustituida por una publicación formal que no busca propiamente la difusión del contenido de la ley sino sólo su cognoscibilidad.

Desde el punto de vista de la publicidad aquí expuesto, cabe relacionar estas fases finales de perfección del procedimiento legislativo<sup>482</sup> con las fases señaladas en la evolución de la articulación público-privado.

La inicial fase citada, en la que los parlamentos judiciales ejercían su derecho de control sobre el derecho es la última manifestación del particularismo jurídico tardofeudal. Diferentes poderes compiten todavía en el seno de incipiente Estado por hacerse con el control del aparato coactivo. La justicia de estos parlamentos judiciales, además, venía ejercida casi en exclusiva por la clase nobiliaria local que, a su vez, era la dueña de derecho privado de la mayoría absoluta de las tierras sobre las que ejercían su jurisdicción.

Frente a esta situación, la centralización de la promulgación completa la unificación de la creación del derecho en un solo aparato estatal. Es

<sup>482</sup> De las cuales depende, en definitiva, la obligatoriedad de las normas (artículo 2 del Código Civil).

significativo que la fórmula tradicional que aún hoy se usa de la promulgación sea la de “Mando a todos los españoles y autoridades”, donde late todavía una oposición de órganos dentro del Estado, pues no cabe duda que la potestad de la orden no depende hoy del órgano que la emite (el jefe del Estado), sino del sometimiento de estas “autoridades” al derecho,<sup>483</sup> y de la regularidad del procedimiento legislativo.<sup>484</sup>

Esta centralización de la promulgación constituye una exigencia básica de lo que sería luego el Estado de derecho, en la medida en que es garantía de la certeza en el derecho, condición imprescindible, también, para el normal funcionamiento del mercado liberal.

Sin embargo, el acto de la promulgación supone, *strictu sensu*, la comunicación del derecho a los operadores jurídicos oficiales (autoridades administrativas y judiciales), por lo que no puede resultar bastante para la concepción liberal del derecho. Si es la sociedad la que debe dotarse de leyes mediante el procedimiento parlamentario con los requisitos expuestos en la sección anterior,<sup>485</sup> estas leyes deben luego proyectarse sobre la sociedad. La labor de educación política del Parlamento se realiza básicamente mediante el conocimiento de la ley. Por ello, la publicación, tal como la concibe el movimiento revolucionario francés, es una publicación objetiva, como se dijo antes, *à son de trompe ou de tambour*. Se trata de facilitar la labor de racionalización de la vida social que pretende el derecho.

El derecho se hace así cierto, pero también socialmente conocido, lo que garantiza la unidad efectiva (no sólo formal) de condiciones jurídicas en el conjunto del territorio nacional, de forma que puede establecerse sin cortapisas sociales o jurídicas un mercado de suficiente amplitud como para que puedan desarrollarse las nuevas sociedades de capital propias del liberalismo.

Esta concepción de la publicación de la ley va a entrar en crisis junto con toda la idea de publicidad burguesa, en la medida en que se vayan transformando sus supuestos básicos. La legislación, como ya se ha expuesto, deja de ser el instrumento privilegiado de relación entre la sociedad y el Estado en la medida en que, en gran parte, las normas

483 Artículo 91 Constitución española.

484 *Cfr.* Cabo de la Vega, Antonio de, “Procedimiento legislativo”.

485 Pp. 233 y ss.

generales pasan a ser minoritarias,<sup>486</sup> y su número total incommensurable se hace imposible una publicación objetiva, por lo que pasa a hablarse de aquella “ posibilidad de que los sujetos interesados pueden, mediante una actitud autónoma propia de los mismos, llegar a su conocimiento”<sup>487</sup> de las mismas. Se reconoce, pues, que la publicación lo que abre es la posibilidad de una acción de un tercero.

De ahí que, para paliar en parte esta situación en la que las desigualdades personales vuelven a ocupar el primer plano, en la medida en que, obviamente, no todos están en las mismas condiciones de desarrollar esta *attività autonoma propria* para alcanzar el conocimiento del derecho, la denominada publicidad propaganda (la actividad estatal encaminada a garantizar un conocimiento real e igualitariamente distribuido mediante campañas selectivas en los sectores sociales de menores posibilidades) sobre aquellas medidas legislativas que más directamente afectan al conjunto de la ciudadanía (entre los casos más notables, el de la Ley de Arrendamientos Urbanos, exponente prácticamente único en que la discusión y proclamación de la misma se realiza casi en los términos del liberalismo clásico en cuanto a la participación social en la misma y en cuanto al juicio de oportunidad e influencia sobre la decisión final).

<sup>486</sup> Capo, J., *La legislación estatal en la España democrática*, CESC, 1990. En este excelente trabajo se muestra esta tendencia en todos los gobiernos y legislaturas que se analizan. Para el periodo 1977-1988 la proporción es: leyes generales de afectación ciudadana, 20%; sectoriales, 16%; microsectoriales o referidas a grupos concretos, 64%. Citado por Cabo Martín, Carlos de, “Garantismo y ley material”, *Congreso Internacional de Derecho Constitucional de Alicante*, mayo de 1995.

<sup>487</sup> Rago, Doménico di, *La pubblicazione nel diritto pubblico*, p. 18. Vid., también, Datena, Antonio, *La pubblicazione dell fonti normative*, Padua, CEDAM, 1974, y Pizzorusso, Alessandro, *La pubblicazione degli atti normativi*, Milán, Mulita Paucis, 1963.