

CAPÍTULO III

EL CONCEPTO DE LO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

1. Estudio sistemático del término “público” y sus derivados en el texto de la Constitución española de 1978 .	229
A. Lo público como especificidad orgánico-funcional .	231
B. Lo público como garantía	239
C. Lo público como ámbito	244
D. Lo público como interés	248
2. La articulación público-privado en la Constitución española	251
A. La articulación política	252
a. La opinión pública	252
b. La democracia representativa	254
B. La articulación jurídica	256
a. Estado de derecho	258
b. Estado social de derecho	260

CAPÍTULO III

EL CONCEPTO DE LO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

1. ESTUDIO SISTEMÁTICO DEL TÉRMINO “PÚBLICO” Y SUS DERIVADOS EN EL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Para tratar de aplicar el esquema desarrollado en las páginas anteriores, a la Constitución española vigente de 1978, se procederá en este momento a un estudio que se explicará en dos niveles distintos.

En las secciones iniciales⁴⁸⁸ (lo público como especificidad orgánico funcional, lo público como garantía, lo público como ámbito, lo público como interés) se procede a una clasificación de los materiales previamente seleccionados atendiendo a la conceptualización jurídica que es posible realizar de los mismos. Se trata ya, pues, de una clasificación que atiende a *categorías jurídicas* y que sirve de base para las reflexiones que se realizan en el punto.⁴⁸⁹

Por último, se expone el sistema de articulación público privado en lo político y en lo jurídico, que diseña la Constitución española, según el esquema propuesto en la primera parte.

De esta forma, el conjunto del trabajo puede entenderse igualmente como un estudio del concepto de publicidad en tres niveles distintos de extensión cada vez más reducida. En primer lugar, en general, en su desarrollo histórico global y como concepto abstracto (parte primera), después, en la forma que toma para las diferentes realidades nacionales (y para sus escuelas interpretativas) más importantes, y, finalmente, en la forma en que se contiene en un texto legal específico: la Constitución española de 1978.

Las dificultades encontradas a la hora de enfrentar el problema en su complejidad global justifican la extensión dedicada a la primera par-

488 Pp. 256 y ss.

489 Pp. 265 y ss.

te, toda vez, que sin ella, no habría sido posible iniciar el análisis del texto constitucional. También debe advertirse que la menesterosidad en este caso no sólo doctrinal sino jurisprudencial es aplicable al tratamiento dado a la regulación constitucional española de esta materia. Con todo, parece claro que este análisis podría desarrollarse más ampliamente (lo que desborda ya los límites de este estudio) para diferentes instituciones particulares del citado texto legal.

Así, pues, si nos centramos en la Constitución española de 1978, conviene comenzar advirtiendo que dicho texto legal⁴⁹⁰ tiene con un total de 17,483 palabras, que se corresponden con 2,826 términos distintos. El término “público” y sus derivados “pública, publicación, publicaciones, publicados, publicar, publicarán, públicas, publicidad, público y públicos” figuran en un total de 95 ocasiones a lo largo de todo el texto constitucional, lo que supone un 0,54% del total del texto. Este porcentaje, aparentemente modesto, no lo es tanto si consideramos que la media que a cada uno de estos 2,825 términos le corresponde no es más que del 0,035% (es decir, unas 15 veces menos). O, dicho con mayor sencillez, el término “público” y sus derivados aparecen reiteradamente en nuestra Constitución, lo que, inicialmente, e incluso desde una perspectiva puramente formal y estadística, sugiere que nos encontramos ante un vocablo de notable importancia.

Considerado, igualmente, desde un punto de vista puramente externo podemos decir que la “familia” del vocablo “público” se concentra en los títulos preliminar, primero (De los derechos y deberes fundamentales) y segundo (De la Corona) (52 ocurrencias), y en el título séptimo (14 ocurrencias) con una distribución más o menos homogénea en el resto de títulos.

En cuanto a las relaciones intratextuales del término “público” con el resto de vocablos de la Constitución, las tasas más altas se corresponden con las que lo relacionan con las voces “poderes, promoverán, sector, administraciones, garantizan, aseguran, boletín, dominio, gasto y obras”.

Ateniéndonos al esquema teórico propuesto y a la luz de los datos empíricos que nos ofrece el estudio del propio texto de la Constitución, podemos sistematizar, con vistas a su posterior conceptualización, el tér-

490 Tal como figura en la versión en CD-ROM del BOE, n. 311, de 29 de diciembre y con la modificación de 27 de agosto de 1992 (BOE, n. 207, de 28 de agosto).

mino “público” en la Constitución española dentro de cuatro apartados. El primero de ellos, directamente vinculado al, a su vez, primero de los procesos citados de surgimiento de lo público en la Edad Moderna (el surgimiento del Estado moderno), es el que se ocupa de lo público en sentido orgánico-funcional. Se trata de aquellas instituciones que, en la Constitución, están estatificadas o en vías de estatificación o, que, en sentido orgánico se dedican a realizar funciones necesarias para lo privado (para el mercado) desde fuera de él. El segundo de estos aspectos es el denominado “lo público como garantía”. Nos encontramos en presencia del segundo de los procesos citados (el de individualización de la sociedad y su proyección sobre el Estado). Aquí se hacen públicas determinadas actividades para garantizar la adecuación entre el funcionamiento de las instituciones estatales y las exigencias de la sociedad con la que se relacionan. El tercero, en cierto modo su reverso, es el de lo público como ámbito, es decir, aquellas actividades que siendo en principio privadas (no dotadas de imperio) toman relevancia pública (como el ejercicio de las libertades públicas). Por último, lo público como interés, aparece en tensión entre el interés social (ya sea de clase, formalmente democrático o de otro tipo) y el interés institucionalizado del aparato Estatal. El acercamiento entre este aspecto y uno u otro de los dos procesos citados (de aparición del Estado y de individualización de la sociedad) depende de la concreta estructuración del conjunto de instituciones definidas en la propia Constitución.

A. Lo público como especificidad orgánico-funcional

El término “público” aparece en el sentido de lo público como especificidad orgánico-funcional en los siguientes artículos constitucionales: 9.1, 9.2, 9.3, 16.3, 20.3, 23.1 y 2, 27.3, 27.7, 27.8, 27.9, 28.1, 31.1, 38, 39.1, 39.2, 40.1, 40.2, 41, 43.2, 44.1, 44.2, 45.2, 47, 47, 48, 49, 50, 51.1, 51.2, 53.1, 53.3, 94.1, 98.3, 103.1, 103.3, 127.1, 128.2 (dos veces), 129.1, 129.2, 130.1, 133.4, 134.2, 149.1 (tres veces), 159.2.

Con diferencia, el uso más frecuente del término “público” en nuestra Constitución es el de “poderes públicos” (en 28 ocasiones, de las 95 totales). Con esta expresión, la Constitución española parece querer establecer la división fundamental del ámbito jurídico, ya que el artículo 9.2 fija la extensión del mandato constitucional como norma jurídica

sobre “ciudadanos y los poderes públicos”, lo que parece querer indicar una división mutuamente excluyente del ámbito de aplicabilidad del derecho. Aunque el Tribunal Constitucional lo ha entendido así,⁴⁹¹ el mandato constitucional ignora la doble problemática que subyace a esta afirmación. Por un lado, porque, en cierto sentido, el mandato respecto de los poderes públicos es innecesario en la medida en que éstos toman su existencia del propio texto constitucional y al funcionar en el ámbito de habilitación normativa que la misma les concede, no podrían nunca no estar sujetos a la misma. Dicha posibilidad sólo se da si se considera que existen poderes públicos como realidades más o menos personales que poseen una voluntad al margen del derecho y que, por tanto, pueden o no ajustarse a él. Es el caso de una administración dependiente de un monarca con legitimación distinta de la constitucional. El monarca puede decidir acatar o no la Constitución puesto que posee una voluntad distinta de la del derecho. Los poderes públicos, tal como los concibe una Constitución moderna, son el resultado de la acción del derecho, y el solo control de legalidad al que quedan sometidos debería bastar para garantizar su sometimiento al derecho y, con mayor motivo, a la Constitución. Sucede, sin embargo, que en el caso español, pese a las pretensiones fundacionales de nuestro texto constitucional (“España se constituye en un Estado”), el Estado y sus instrumentos organizativos preexistían al nuevo orden constitucional y, en tal sentido, eran independientes de él, por lo que podían decidir o no ajustarse al nuevo ordenamiento.

Respecto de los ciudadanos, por el contrario, la norma supone el reconocimiento (e imposición) del mecanismo democrático, en el sentido de que las decisiones adoptadas por el sistema democrático que la Constitución prevé pasan a ser de voluntad de la mayoría, voluntad general (vinculante para todos). No se hace mención alguna de organizaciones o poderes privados más o menos impersonales, aunque hay que suponerlos comprendidos dentro del mandato genérico de sometimiento al derecho. Más dudoso sería, en cada caso concreto, si este

491 “La sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (artículos 30 y 31, entre otros), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma”, S.T.C. 101/1983, de 18 de noviembre, Fto. Jco. 3.

sometimiento lo es en calidad de ciudadano o de poder público (un sindicato, por ejemplo).

Igualmente, la construcción citada de la vinculación negativa de los ciudadanos al derecho responde al esquema del liberalismo más clásico. Como sucede en tantos aspectos de las llamadas “transformaciones del Estado social”, la Constitución plantea los problemas, más que resolverlos. Es dudoso que pueda seguirse pensando que existe una “vinculación negativa”, cuando el propio texto constitucional, por ejemplo, establece el sometimiento de toda la riqueza nacional al interés general. Pero, sobre todo, lo que es más dudoso es que los objetivos que fija el artículo 9.2 (“que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”), puedan conseguirse con los medios por ella señalados (la promoción, por parte de los poderes públicos, de las condiciones que lo hacen posible).

Como ya se expuso en lo relativo al Estado social, la amplitud de muchos poderes privados hace que su sometimiento “positivo” a los valores constitucionales parezca insoslayable. Como ejemplo más claro hay que señalar la existencia de una auténtica “jurisdicción privada” en todo lo relativo a los deportes con una incidencia tan grande como puedan tenerlo la jurisdicción social para el colectivo afectado.⁴⁹² Lo dispuesto en el artículo 9.3, aunque *in fine* parece referirse sólo a los “poderes públicos”, no parece que pueda razonablemente considerarse no obligatorio para estos poderes privados de tan amplia repercusión pública.

El resto de artículos del texto constitucional establecen una serie de obligaciones y finalidades de estos poderes públicos. En definitiva especifican una serie de valores constitucionales. Esta construcción no es la kelseniana según la cual fijados cuáles son los poderes y su mecanismo democrático, sus obligaciones vendrían definidas por el respeto a los derechos constitucionalizados y la obediencia a las leyes vigentes en cada momento. Los artículos 48, 49, 50, 51, etcétera fijan una serie de objetivos o finalidades, al margen de cualquier legislación concreta, para estos poderes públicos. De hecho, su definición es sólo finalística, ya que la expresión “poderes”,⁴⁹³ fuera del señalamiento de estas obli-

⁴⁹² Ello, al margen de la validez jurídica de las cláusulas de exclusión de jurisdicción de los contratos deportivos. No se trata tanto de su validez como de su eficacia, que es, al menos, tan alta como la del derecho estatal.

⁴⁹³ En sentido subjetivo, en sentido objetivo si se habla de “poderes de las cámaras”, es decir, de sus facultades.

gaciones,⁴⁹⁴ sólo vuelve a aparecer para referirse al Poder Judicial. Al margen de que se considere implícita la idea de que Ejecutivo y Legislativo son poderes, el hecho es que son estos dos elementos los que, explícitamente, han sido constitucionalizados y sirven de orientación: una especial vinculación al derecho (9.1 y 53.1 y 3.) y unos deberes o finalidades (artículo 9.2 y todas sus concreciones particulares en el resto de artículos citados).

El elemento subjetivo de estos “poderes públicos” aparece, pues, muy escasamente dibujado. Una parte de la explicación de esta indefinición⁴⁹⁵ proviene de la peculiar organización territorial española. “Poderes públicos” parece funcionar también como término que engloba al Estado y a las Comunidades Autónomas (y, acaso a los municipios),⁴⁹⁶ ya que, a su vez, “Estado” remite unas veces a todo este conjunto (“España se constituye en un Estado”) y, a veces, sólo a la organización central (“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias”).

Algo semejante ocurre con las referencias a la administración o administraciones públicas. La determinación fundamental de la Constitución se refiere al marco de actuación de la misma, más que a su vertiente subjetiva. La Constitución se limita a insistir en la vinculación al derecho de la administración (en general, artículo 103.1 y, en relación con su financiación, artículo 133.4), su finalidad (servir con objetividad el interés general) y unos mecanismos (eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación). De nuevo, dada la preexistencia de la administración, a ésta se le supone ya la existencia previa a la aplicación a la misma del texto constitucional. Con todo, la falta de concreción no deja de ser problemática. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha declarado que “la administración municipal es una administración pública en el sentido del antes referido artículo

494 Y del artículo 53.1, que es, en su primera cláusula, una especificación del artículo 9.2. Del que, igualmente, pueden hacerse las mismas observaciones, en la medida en que cabe preguntarse si no existe una obligación de vinculación mayor con los derechos y libertades para las organizaciones (o particulares) privadas que condicionan la vida social.

495 Que, por otra parte, es de la máxima importancia, ya que para que existan las obligaciones que fijan estos artículos debe haber un sujeto obligado.

496 El artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional habla de poderes públicos “del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional”. Si la terminología es precisa, parece que serían poderes el Estado y las Comunidades y “entes” los demás citados.

103”⁴⁹⁷, sin embargo, no es claro que pueda aplicársele todo lo dispuesto en dicho artículo en todos los casos (“principio de jerarquía” en concejo abierto, descentralización y desconcentración, etcétera que parecen referirse sólo a la administración central). En todo caso, la determinación fundamental que se obtiene de la doble referencia de fines y medios (artículos 103 y 133) supone un sometimiento de la administración pública a las decisiones parlamentarias, en la medida en que el interés general,⁴⁹⁸ aunque no se explica cómo se determina, dependerá de la capacidad de financiarse y emplear recursos, lo que se somete no genéricamente al derecho, sino, en particular, a la ley.⁴⁹⁹ Con todo, el uso de la legislación delegada puede venir a modificar sustancialmente este esquema.

Respecto de los funcionarios y la función pública, al margen de imponer condiciones a su acceso y estatuto, la Constitución remite a la ley⁵⁰⁰ para todo lo relativo a ellos.⁵⁰¹

Las referencias a organismos públicos del artículo 129.1 no es por sí misma muy clara. La legislación de desarrollo de este precepto (Consejo Social de Universidades, el Consejo Escolar del Estado, del FORPPA, de la Junta Superior de Precios, del Instituto Social de la Mariana, del Fondo de Garantía Salarial, etcétera) aunque fragmentaria, y la jurisprudencia constitucional parece aclarar que, en buena medida, este artículo supone el reconocimiento legal de una “administración corporatista” en parte paralela a la administración tradicional. Aunque el Tribunal Constitucional ha afirmado que

dicho precepto entiende por participación la desarrollada en el seno de organismos públicos, fuera de la cual, otras formas de participación no están prohibidas por la Constitución, pero tampoco reguladas por ella [...]. Esto es, existe una estrecha vinculación entre la participación prevista en el artículo 129 de la Constitución y la estructura organizativa de la

497 S.T.C. 22/84, de 17 de febrero, Fto. Jco. 4.

498 *Vid. infra* sección 4.

499 “El artículo 133.4 de la Constitución remite ‘en blanco’ al legislador la posibilidad de limitar la asunción de obligaciones financieras por parte de las Administraciones Públicas”, S.T.C. 4/1981.

500 “Esta materia [el Estatuto de los funcionarios públicos] queda así sustraída a la normación reglamentaria, mas no en el sentido de que las disposiciones del Gobierno no puedan, cuando así lo requiera la Ley, colaborar con ésta”, S.T.C. 99/1987. La generalización de la “legislación motorizada” también aquí altera hasta cierto punto este supuesto.

501 De hecho, no existe un solo concepto jurídico de funcionario público, hay al menos, uno “penal” y otro “administrativo”.

Administración pública, o de “entidades y organismos” de naturaleza pública que se cualifican por su naturaleza y su adscripción orgánica y no tanto por la mayor o menor trascendencia que puedan tener;

en algunos de los casos concretos que afirman desarrollar este precepto no aparece tan clara la vinculación con la estructura orgánica de la administración y sí precisamente con su “mayor o menor trascendencia”; además, el propio Tribunal parece abrir esta misma posibilidad al afirmar que

todas las fórmulas de participación, incluso las que puedan reconducirse al artículo 129 de la Constitución (S.T.C. 37/83, Fto. Jco. 2 y 118/83, Fto. Jco. 4), quedan remitidas por el propio texto constitucional a la normativa legal, a la norma que la crea, a quien quedan confiadas sus condiciones de funcionamiento. Por lo anterior, es posible que queden fijadas por ellas condiciones razonablemente estrictas para integrarse en los órganos de representación porque la Constitución le habilita para hacerlo, sin fijar un cuadro de derecho *indisponible* en esta materia.⁵⁰²

Lo que interpretado al pie de la letra parece querer decir que la extensión que deba darse a “organismos públicos” debe ser hasta cierto punto flexible.

Los entes públicos de los artículos 20.3 y 47 parecen ser una nueva denominación para el conjunto de administraciones existentes en el Estado español, es decir, estatales (corporativas o institucionales), de las Comunidades, provinciales y locales.⁵⁰³ Es más dudoso si en el artículo 20.3 hay que incluir a los “poderes” (respecto del Legislativo sería imposible) Judicial o Ejecutivo.

La clasificación del artículo 23.2 en esta sección o en la tercera depende de la interpretación que del mismo se haga. Si se sigue la habitualmente mantenida por la doctrina,⁵⁰⁴ hay que entender que las “funciones públicas” a que se refiere este artículo coinciden con la “función pública” o administración del artículo 103. En tal caso, este artículo 23.2 sería, nuevamente, una especificación de una obligación genérica

502 S.T.C. 38/1986, de 31 de marzo, Fto. Jco. 4.

503 Con todo, la palabra “entidad” también figura en el artículo 137, refiriéndose tan sólo a las de base territorial.

504 En todo lo relativo a este punto destacan los trabajos de García Roca, Javier, *El concepto de cargo público representativo y su función delimitadora de uno de los derechos fundamentales del artículo 23.2 de la Constitución*, borrador no publicado (al que se sigue en su caracterización del “cargo público”) y el libro de Pulido, Manuel, *El acceso a los cargos y funciones públicas (Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución)*, Madrid, 1992.

para los poderes públicos, la de la igualdad del artículo.⁵⁰⁵ La posibilidad de entender que las funciones públicas de las que habla este artículo puedan darse en organismos no pertenecientes a la administración pero sí dotados de funciones públicas (como las cajas de ahorros⁵⁰⁶ o colegios profesionales) ha sido explícitamente excluida por la jurisprudencia constitucional (por ejemplo, en S.T.C. 23/1984 y muchas posteriores).⁵⁰⁷ Respecto a los “cargos públicos”, en una interpretación que, en parte, es muy coincidente con la caracterización general aquí ofrecida del fenómeno publicitario, el profesor García Roca ha señalado que en nuestro texto constitucional deben entenderse por cargos públicos “aquéllos que se ejercen en las administraciones públicas de base territorial, creados por los ciudadanos en virtud de una relación de representación política y mediante elección directa o indirecta”. Serían públicos no tanto porque la publicidad de los órganos a los que pertenecen les comunique tal condición, como por la especial relación de representatividad política en que se sustentan.

La única referencia constitucional a la “Hacienda pública”, en el artículo 94.1, no ofrece información alguna sobre la misma. De hecho, en ese artículo parece equivaler, sencillamente, a “Estado español”, ya que se trata de tratados que impliquen obligaciones financieras. Obviamente, la referencia a la Hacienda no puede interpretarse restrictivamente como obligaciones para el “Ministerio de Hacienda” y, por el principio de unidad de caja, cualquier obligación financiera es de Hacienda. Salvo que se haya querido excluir los tratados que sólo afecten a organis-

505 “El artículo 14 C. incluye el principio de igualdad en la aplicación de la Ley por parte de los poderes públicos y, en particular, por parte de la Administración. No hay duda, además, acerca de la estrecha conexión existente entre ese principio general y lo dispuesto en el artículo 23.2 de la propia Constitución”, S.T.C. 47/1989.

506 “Aquel carácter público, que es el presupuesto para la aplicación de dicho precepto, no concurre en el caso, puesto que las cajas de ahorros [...] son fundaciones privadas, aunque por su finalidad social y pública requieran una intervención de esa naturaleza”, S.T.C. 160/1990.

507 Con todo, parece que aquí se han mezclado dos problemas distintos. Uno de si debe concederse la protección específica del amparo constitucional y, otro, si existe el derecho o no existe. Porque no parece que la jurisprudencia citada pueda querer decir que los ciudadanos no tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a esa naturaleza”, S.T.C. 160/1990.

507 Con todo, parece que aquí se han mezclado dos problemas distintos. Uno de si debe concederse la protección específica del amparo constitucional y, otro, si existe el derecho o no existe. Porque no parece que la jurisprudencia citada pueda querer decir que los ciudadanos no tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a esas funciones públicas que se desempeñan fuera de la administración. La interpretación más amplia (aunque podría poner en riesgo la eficacia del recurso, en la medida en que, por lo general, la ampliación del contenido de un derecho va en detrimento de las posibilidades [reales] de defenderlos en amparo constitucional) conectaría con un enfoque del constitucionalismo de la igualdad tal como defiende Pedro de Vega García en “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, en Garrorera Morales, Ángel (ed.), *Homenaje al profesor R. Fernández Carvajal*.

mos autónomos o con presupuesto propio. En todo caso, esta Hacienda pública aparece en la Constitución como un concepto cuya definición hay que buscar en buena medida fuera de ella. Al referirse en otros artículos a Hacienda general y Hacienda estatal, su publicidad proviene, en principio, de su conexión con el Estado, de su inclusión en la administración pública.

Respecto del sector público de los artículos 128 (y la iniciativa pública), 134 y 136 tampoco se nos ofrece una identificación del mismo, sino una serie de obligaciones a las que queda sometido (inclusión en presupuestos, fiscalización por el Tribunal de Cuentas, etcétera). La definición legal de dicho sector público se encuentra en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.⁵⁰⁸ Lo más importante, sin embargo, es la afirmación del artículo 128.2, ya que supone una cierta confirmación de lo dicho respecto de los bienes públicos: que se trata de una categoría instrumental que se especifica para cada coyuntura histórica. Efectivamente, este artículo viene a reconocer la necesaria interdependencia entre el mercado y la existencia de un poder estatal y ello en ambos sentidos. Puesto que la reserva “al sector público de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio” y la intervención “de empresas cuando así lo exigiere el interés general”, no implica sólo que el Estado pueda necesitar el control de un determinado sector para su subsistencia económica sino también la posibilidad de que haya que excluir de dicho mercado la gestión de determinados bienes por no ser compatibles con el mismo y deber, necesariamente, explotarse en régimen de monopolio público. Este artículo demuestra una concepción más compleja de las relaciones entre la economía privada y las funciones estatales que la que postula de éstas la condición de guardián externo de aquélla.

Por último, la única referencia a “fondos públicos” es un buen ejemplo de la virtud expansiva de esta característica. Ya que, aquellos centros educativos del artículo 27 privados por su titularidad, pero sostenidos con fondos públicos (del Estado), se hacen públicos en el sentido de que pasan a estar sometidos a las exigencias de participación y control propios del concepto de “publicidad”.⁵⁰⁹

508 Que dio origen a diferentes problemas ante el Tribunal Constitucional, entre otros, por la inclusión de las corporaciones locales en el sector público (S.T.C. 187/1988, de 17 de octubre).

509 Vid. los artículos 54 y ss. de la Ley Orgánica 8/1985 de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, sobre “centros concertados”.

B. *Lo público como garantía*

El término “público” aparece en el sentido de “público como garantía” en los siguientes artículos constitucionales: 9.3., 22.1, 24.2, 80, 82.3, 91, 96.1, 120.1, artículo 164.1 (dos veces) y disposición final. Y, en parte, el artículo 23.1.

La publicidad en todos estos artículos constitucionales viene entendida como un principio garantizador del recto funcionamiento de diferentes tipos de instituciones.

Esta publicidad garantía no se predica en nuestra Constitución exclusivamente del Estado y sus organizaciones dependientes, sino también, parcialmente, de la sociedad, ya que el artículo 22 establece la obligatoriedad de dar “publicidad” a las asociaciones que se creen. De este modo, la publicidad que, históricamente, es una conquista de la sociedad sobre el Estado, se vuelve ahora, sancionada por éste, sobre aquella. Esta interpretación se confirma, además, con las palabras del Tribunal Constitucional, ya que “el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 no comprende el de constituir asociaciones cuyo objeto sea el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo relativas a un sector de la vida social”.⁵¹⁰ Es decir, que se refiere sólo a las asociaciones voluntarias de carácter *privado*.⁵¹¹ Esta exigencia de publicidad se ha puesto casi exclusivamente en relación con las tendencias autoritarias de la parcialmente derogada (por inconstitucionalidad sobrevenida) Ley 191/1964, de 24 de diciembre, General de Asociaciones. La jurisprudencia constitucional se ha ocupado, en relación con las asociaciones, sólo de dos problemas estrechamente conexos con la publicidad, y de los que ya se ha hablado anteriormente: la delegación de funciones (o asunción espontánea) públicas por parte de organismos privados (el corporatismo) y la destrucción de la autonomía de la voluntad por la imposición social (o legal) de la obligación de asociarse.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que la

intervención [del Estado] en los diversos sectores de la vida social a través de la regulación de asociaciones privadas de configuración legal, a las que se confiere el ejercicio de funciones públicas de carácter adminis-

510 S.T.C 67/1985, de 24 de mayo Fto. Jco. 3 b).

511 Sobre el tema en su conjunto, *vid* el artículo de 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. 887-918.

trativo relativas a todo un sector [...] respondería a unos principios de carácter corporativo, aun cuando fuera de modo encubierto, incompatibles con el Estado social y democrático de derecho.

Sin embargo, añade

Afirmación que no excluye la posibilidad de que se utilice excepcionalmente, siempre que se justifique su procedencia en cada caso por razones acreditativas de que constituye una medida necesaria para la consecución de fines públicos y con los límites necesarios para que ello no suponga una asunción (ni incidencia contraria a la Constitución) de los derechos fundamentales de los ciudadanos.⁵¹²

El problema estriba en la medida que se otorgue a esta “excepcionalidad”, pues dichas asociaciones no parecen disminuir en la práctica, sino aumentar, aunque se vean privadas del privilegio de la asociación obligatoria. De ella se ocupó el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias: “el derecho de asociación reconocido por nuestra Constitución en su artículo 22.1 comprende no sólo en su forma positiva el derecho a asociarse, sino también en su faceta negativa el derecho de no asociarse”.⁵¹³ El problema estriba, sin embargo, en que la coacción a la asociación es en buena medida social y no legal y, al contrario, donde ésta falta, aquélla apenas logra imponerse (es el caso de las cámaras de comercio a las que la grandes empresas en flagrante y declarado incumplimiento de la ley [reformada con la sola intención de obligarlas] se niegan a inscribirse y a abonar sus cuotas).⁵¹⁴

La publicidad penal, sobre la que, como se indicó, se construyó buena parte de la posterior publicidad parlamentaria, viene recogida por dos veces en nuestro texto constitucional, en los artículos 24 y el 120. Conviene destacar el distinto significado de ambos artículos en su sistemática constitucional. Mientras el artículo 24 se incluye dentro de la sección I, del capítulo II, del título I “De los derechos y deberes fundamentales”, el 120 se incluye en el título VI “Del Poder Judicial”. De este modo, el artículo 24 es, fundamentalmente, una garantía individual que el Tribunal Constitucional ha incluido dentro del concepto de “tutela judicial efectiva” y que da, por tanto, acceso al recurso de

512 S.T.C. 67/1985, de 24 de mayo, Fto. Jco. 3 b).

513 S.T.C. 5/1981, de 13 de febrero, Fto. Jco. 19 y, después, S.T.C. 45/1982, 21/1983, 67/1985, 115/1987, 218/1988, 89/1989, 122/1989, etcétera.

514 El incumplimiento es de un 50%, aproximadamente.

amparo para los posibles perjudicados, y que tiene, naturalmente, ciertas limitaciones.⁵¹⁵ Por ello, en relación con los temas aquí planteados, alcanza especial relevancia constitucional el artículo 120, ya que en él lo que se establece es una “publicidad judicial” general (de sus actuaciones), con lo que se obliga al Poder Judicial a insertarse en la misma esfera de publicidad del resto de poderes del Estado. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha dicho que

el principio de publicidad estatuido por el artículo 120.1. de la Constitución, tiene una doble finalidad: Por un lado proteger a las partes de una justicia sustraída al control público [lo que en realidad fija el 24] y, por otro, *mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de derecho.*⁵¹⁶

Conviene destacar cómo esta publicidad judicial no existe sólo respecto de la “comunidad”, sino que es también un límite al Poder Judicial en relación con el resto de poderes del Estado.⁵¹⁷

El artículo 80, por su parte, establece la publicidad de las sesiones parlamentarias y las posibles restricciones a la misma: sobre ambos extremos apenas existe jurisprudencia constitucional⁵¹⁸ por tratarse de un asunto que difícilmente puede acceder a la justicia constitucional. Por ello, valen las consideraciones realizadas en la parte segunda, II, 3, y en la bibliografía que allí se cita.⁵¹⁹

Respecto a la publicidad de las normas como garantía del Estado de derecho, la Constitución contempla, además del principio general de publicidad normativa del artículo 9.3., dos casos generales y dos particu-

515 Así, en S.T.C. 62/1982, sobre la limitación por “razones de moralidad” que establece el artículo 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. O la S.T.C. 176/1988, según la cual el secreto sumarial tiene por objeto impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos y constituye una limitación del derecho de defensa, que no implica indefensión, en cuanto que no impide a la parte ejercerlo plenamente cuando se deja sin efecto el secreto tras haber satisfecho su finalidad.

516 S.T.C. 96/1987, de 10 de junio, Fto. Jco. 2.

517 En su sentido más obvio, la publicidad de las actuaciones asegura el cumplimiento de las leyes aprobadas por el parlamento. Con todo, su función de garantía va más allá. Cabría recordar las insistentes peticiones del Ejecutivo para que se levanten los secretos del sumario en los diferentes procesos en que se halla envuelto.

518 Sólo, indirectamente, S.T.C. 30/1982 y 101/1983.

519 Fundamentalmente, 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.

lares. Los dos casos generales son la publicación de las leyes aprobadas por las Cortes en el plazo de quince días (artículo 91) y la de los tratados internacionales del artículo 164. La publicación de las leyes es un requisito de eficacia frente a terceros.⁵²⁰ Aunque la Constitución no establece ninguna forma especial de publicación, la adoptada es la de su inserción en el *Boletín Oficial del Estado* (es decir, publicación como cognoscibilidad,⁵²¹ en parte por analogía con lo dispuesto en el artículo 164 para los tratados y en la disposición final).

Los dos casos particulares son el de la delegación legislativa del artículo 82.3 que termina con la “publicación” de la norma correspondiente (luego debe publicarse para ser válida) y la de la disposición final, que prescribe la propia publicación de la Constitución. La publicación del resto de actos normativos también está prevista, como condición necesaria de eficacia, por el artículo 2 del Código Civil⁵²² entendido como especificación de la cláusula de “Estado de derecho” del artículo 1 constitucional.⁵²³

Por último, el artículo 164, que recoge la publicación de las sentencias del Tribunal Constitucional, ocupa una posición intermedia entre la publicidad de las actuaciones judiciales y la de las leyes. Por su doble condición de “jurisdicción de la libertad” y de “legislador negativo”, se fija la garantía de la publicación de sus decisiones tanto por lo que hace a la resolución de casos concretos en amparo (garantía de

520 A.T.C. 434/1990.

521 *Vid* pp. 243 y ss.

522 “Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, si en ellas no se dispusiera otra cosa”. En parecidos términos para las disposiciones administrativas el artículo 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración y Procedimiento Administrativo Común.

523 “La Constitución, en su artículo 9.3, garantiza el principio de la publicidad de las normas. Esta garantía aparece como consecuencia ineluctable de la proclamación de España como un Estado de derecho, y se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el mismo artículo 9.3: pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de sus existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento”, S.T.C. 179/1989, de 2 de noviembre. Como se sabe, el desarrollo del derecho comunitario y la incidencia de los reglamentos sobre la vida nacional han hecho que los operadores jurídicos más importantes hayan trasladado parte de sus sedes a Bruselas para tratar de obtener noticias de esta parte del derecho, que parece podría incluirse dentro de las normas de “imposible o muy difícil conocimiento” para los ciudadanos ordinarios. *Vid* Cabo de la Vega, Antonio de, “Publicación”, en Lucas Verdú, Pablo (ed.), *Prontuario de derecho constitucional*, Granada, 1996, s. v.

tutela judicial) como por lo que hace a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley (certeza del derecho).

Conviene insistir, finalmente, en que todas estas instituciones de publicidad como garantía, fragmentariamente recogidas en la Constitución,⁵²⁴ deben interpretarse en relación con la cláusula de apertura constitucional que sirve para darles coherencia, y que, según la sentencia citada, hace de esta garantía *uno de los pilares del Estado de derecho*.⁵²⁵ Por ello mismo, su aplicación debe hacerse a la luz de la construcción doctrinal de este concepto y de conformidad con la convicción social que lo ampara en cada circunstancia histórica, y no de una forma exclusivamente positiva.

Se toma, por último, en consideración el artículo 23.1, ya que por la rica problemática que encierra afecta simultáneamente a los diferentes puntos de vista aquí seleccionados. Efectivamente, el artículo 23.1 es el que establece para la Constitución española lo que aquí se ha denominado articulación política. En particular, en lo relativo a la representación y a la democracia. Este artículo 23 fija, en primer lugar, un ámbito en el que puede darse la participación de los ciudadanos: “el de los asuntos públicos”. En segundo lugar, esta participación es, obviamente, una garantía para el funcionamiento general de todo el sistema jurídico político en la medida en que se traduce en la posibilidad de acceder a las Cortes Generales, pieza central de todo el orden constitucional. En tercer lugar, la apertura a la participación a los “ciudadanos” presupone que existe una vinculación entre dicha condición y la posesión de un determinado interés en las cosas públicas. Se permite participar en los asuntos públicos porque se entiende que éstos son de interés para los ciudadanos. Por último, en relación con el artículo 23.2, la participación modifica igualmente la condición del ciudadano que participa como representante en el proceso representativo, toda vez

⁵²⁴ Por ejemplo, en cuanto a la propia publicidad normativa, la concreción de la misma puede dar lugar a muy diferentes criterios sobre lo que se considera una norma publicada. Por ejemplo: “no cabe considerar que constituya publicación suficiente la inserción del Reglamento de la Cámara en un boletín de carácter interno”, sino que será necesaria su inclusión en el instrumento oficial previsto para la publicación de las normas generales de la Comunidad Foral, esto es, el *Boletín Oficial de Navarra*, S.T.C. 179/1988, de 2 noviembre. Sucede, sin embargo, que esta forma “prevista” es, aparentemente, modificable ya que no se alega insuficiencia de “publicidad” sino irregularidad de la misma.

⁵²⁵ S.T.C. 96/1987, de 10 de junio, Fto. Jco. 2.

que pasa de ser ciudadano a ocupar un cargo (orgánico funcionalmente) público.

Esta participación se predica, en principio, sólo de los españoles (artículo 13), aunque dicha previsión puede verse modificada (como ya lo ha sido) si continúan los procesos de integración internacional.

Este artículo puede considerarse desde tres transformaciones de la vida política del Estado social y en su crisis. En primer lugar, tampoco en este artículo se ha hecho referencia a los partidos como vehículos de esa participación, manteniendo la interpretación tradicional de que “la representación política consiste en una unidad de voluntad entre representantes y representados que imputa a éstos los actos de aquéllos”.⁵²⁶ En segundo lugar, la participación se sigue considerando exclusivamente individual, ya que “el artículo 23 de la Constitución tiene como únicos destinatarios de los derechos consagrados en el mismo a los ciudadanos y no a otros entes o sujetos, como en este caso los Sindicatos”.⁵²⁷ Y, en tercer lugar, sigue conservando una visión tradicional de la extensión de los “asuntos públicos” como limitados a los discutidos parlamentariamente porque

el derecho de participación en los asuntos públicos es, en primera línea, el que se realiza al elegir a los miembros de las Cortes Generales, que son los representantes del pueblo [...] y [...] no se trata, como es manifiesto, de un derecho a que los ciudadanos participen en todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole o condición, pues para participar en los asuntos concretos se requiere un especial llamamiento o una especial competencia, si se trata de órganos públicos, o una especial competencia, si se trata de entidades o sujetos de derecho privado.⁵²⁸

C. *Lo público como ámbito*

El término “público” aparece en el sentido de lo público como ámbito en los siguientes artículos constitucionales: 4.2, 13.1, 15 (título, sección), 16.1, 21.2, 30.4, 41, 43.2, 81.1, 106.2, 132.1, 132.2, 135.1, 135.2, 148.1, 149.1 158.1.

De las diferentes manifestaciones de lo público como ámbito; es decir, como esfera de actuación diferente de la de la vida privada o ín-

526 S.T.C. 10/1983.

527 S.T.C. 23/1983.

528 S.T.C. 51/1984.

tima, de la de los intereses exclusivamente particulares, la más importante de todas es la que se refiere a las “libertades públicas” que menciona el artículo 13.1, el título de la sección primera del capítulo segundo del título primero, y el artículo 81.1.

Tal como se expuso al referirse al Estado de derecho liberal, la nueva concepción liberal de lo político se basaba en dos ideas fundamentales: la de la delimitación del poder estatal (mediante su división, etcétera) y la de la fijación de un ámbito de interrelación entre la sociedad y el Estado (democracia y opinión pública). El nexo de unión entre ambos lo constituyen, en este sentido, las libertades públicas, aquellos derechos que, por un lado, suponen un límite a la injerencia estatal y, de otro, sirven para hacer posible esta participación e interrelación entre el mundo de lo privado y el mundo de lo público.

Aunque muy aligerada, en la medida en que la titularidad de unos y otros viene ya a coincidir en la práctica, sigue latiendo, en parte, la distinción entre derechos del hombre y del ciudadano. Los primeros, como límites absolutos e incondicionados a la actuación del poder exterior; los segundos, como mecanismos de participación en ese mismo poder, y, en tal sentido, sometidos a la necesaria coordinación con los derechos del resto de la ciudadanía. Surge así el binomio libertad pública, orden público como límites recíprocos. La libertad pública, la libertad que permite participar en un determinado orden estatal, no puede extenderse hasta el punto de hacer peligrar ese mismo orden público. Así, el artículo 16.1 expone, de forma extraordinariamente sintetizada, todas estas ideas para el caso típico sobre el que se construyó casi toda la teoría liberal de los derechos (la libertad religiosa). El artículo comienza reconociendo un derecho interior del ciudadano (la libertad ideológica o religiosa) de forma ilimitada o incondicionada, el Estado reconoce su ilegitimidad para imponerse en cuestiones que afectan a la sola interioridad de cada individuo.⁵²⁹ Inmediatamente después, pasa a

⁵²⁹ “El principio de libertad religiosa reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales, de manera que el Estado se prohíbe así mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso y, el principio de igualdad, que es consecuencia del principio de libertad en esta materia, significa que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico”, S.T.C. 24/82, de 13 de mayo, Fto. Jco. 1. Desde una interpretación respetuosa con la idea de poder constituyente, la expresión “se prohíbe a sí mismo” no parece particularmente adecuada. Más bien no se le otorga competencia en esa materia. *Vid.*, también, S.T.C. 101/83, de 18 de noviembre, Fto. Jco. 5 sobre “la libertad ideológica [...] en el ejercicio de un cargo público”.

lo que ya no es un derecho del hombre sino del ciudadano (una libertad pública), a “sus manifestaciones” externas, a los actos sociales sobre los que se proyecta esta libertad interior y, en ellas, determina una serie de limitaciones “para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

Algo semejante ocurre en el artículo 21.2, pero ya exclusivamente en el ámbito de las libertades políticas, las manifestaciones “en lugares de tránsito público”, es decir, en cuanto afecten a la comunidad,⁵³⁰ pueden ser prohibidas cuando “existan razones fundadas de alteración del orden público”.

Los artículos 13.1 y el 81.1 se refieren, fundamentalmente, a la relación entre las fuentes del derecho y los derechos y libertades públicas. Tal como se ha expuesto al hablar de la articulación jurídica del mundo liberal, existe una clara conexión entre la creación de un ámbito social de lo público y su regulación a través de la ley, como “expresión de la voluntad general”, como precepto emanado de un “órgano de la sociedad”, sometido a las formas de la publicidad burguesa. Nuestra Constitución respeta esta vinculación, al fijar la forma de ley orgánica para lo que afecte a estas libertades públicas, al tiempo que es consciente de la creciente interrelación de los sistemas jurídicos, por lo que abre la posibilidad de su regulación en un plano internacional (tanto por el origen de las normas, como por los destinatarios de las mismas).⁵³¹

En relación con el dominio público al que se refiere el artículo 132, la Constitución, al margen de establecer reserva de ley⁵³² en lo relativo a su régimen, utiliza dos criterios distintos para su determinación: unos, por naturaleza (las playas, mar, etcétera) y otros como consecuencia de la declaración como tales por la ley. Esta determinación por la ley

530 “El derecho de reunión, como todo derecho fundamental, tiene sus límites, por no ser un derecho absoluto e ilimitado. Es, indudablemente, un derecho subjetivo de ejercicio colectivo, que al ser realizado incide en el derecho y en los intereses de otros ciudadanos y en la utilización exclusiva de bienes públicos, posibilitando, a veces, la alteración de la seguridad ciudadana y del orden general, que corresponde garantizar y salvaguardar al poder público”, S.T.C., 36/1982, de 16 de junio, Fto. Jco. 6.

531 “Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física [...] corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de ellos en relación con los españoles”, S.T.C. 107/1984.

532 “Lo que establece, junto a la asignación directa y expresa de algunas categorías genéricas de bienes al dominio público estatal, es una reserva de ley”, S.T.C. 227/88, de 29 de noviembre, Fto. Jco. 11.

no especifica si la ley debe fijar una categoría de bienes que, *eo ipso*, pasan al dominio público⁵³³ o una categoría dentro de la cual puede procederse a su declaración.⁵³⁴ El Tribunal Constitucional opina, de un lado, que el “ artículo 132.2 de la Constitución ofrece una clara pauta interpretativa para determinar los tipos de bienes que al legislador estatal corresponde en todo caso demanializar, si así lo estima oportuno en atención a los intereses generales” (misma sentencia, Fto. Jco. 14). Y, de otro, que la incorporación de un bien al dominio público es “ una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado” (*ibidem*). Aunque no ha puesto, estrictamente, en relación ambas afirmaciones, en su conjunto parecen apuntar en la dirección señalada en la consideración general de la publicidad de los bienes públicos en la parte segunda, sección II, 1 (*in fine*).

Las referencias constitucionales al tránsito público, calamidad pública o salud pública (y, hasta régimen público de la Seguridad Social), de los artículos 21.2, 30.4, 43.2 y 41 reflejan la existencia de un ámbito público social al margen de la publicidad propia del Estado. Obviamente, se trata de cuestiones que, pese a ser, en principio, propias de la sociedad, trascienden el nivel particular de cada uno de sus integrantes, y adquieren un contenido público en la medida en que afectan al conjunto del sistema (incluido el Estado). La relevancia de estos hechos, globalmente considerados, hace que salgan de la esfera de la autonomía de la voluntad, pasando al área de intervención estatal en virtud de esta genérica consideración de “ publicidad” .⁵³⁵

Las referencias constitucionales a los edificios públicos, obras públicas y servicios públicos no dejan traslucir información alguna sobre su naturaleza, etcétera. Lo único que se desprende claramente es que no se consideran públicos exclusivamente los relacionados con el Estado central, sino también los de las comunidades autónomas (“ Éstas [las

533 “ El artículo 132.2, al tiempo que excluye directamente la titularidad privada de algunos géneros de bienes, permite al legislador declarar la demanialidad de otros”, S.T.C. 227/88, de 29 de noviembre, Fto. Jco. 7.

534 “ Normalmente deberá bastar el correspondiente acto administrativo adoptado en virtud de una genérica habilitación legal”, S.T.C., *cit.*, Fto. Jco. 14.

535 No existe jurisprudencia constitucional específica sobre estos aspectos, salvo en lo relativo al régimen público de seguridad social y su interrelación con los sistemas privados de salud “ Del artículo 41 se deriva una necesaria separación entre el régimen público de la Seguridad Social y las prestaciones complementarias ‘libres’ basadas en una lógica contractual privada y, en consecuencia financiables en principio con fondos privados y a cargo de los asegurados”, S.T.C. 253/1988 y muchas posteriores (S.T.C. 65, 66 y 67/1990, etcétera).

Comunidades] [...] en sus edificios públicos”). Ello no aclara, sin embargo, el problema central de estas instituciones en cuanto a la posibilidad de ser asumidos por particulares, si se prestan en el mismo régimen legal que los servicios y obras privados, etcétera.

Existen, finalmente, dos referencias más que es posible clasificar dentro de esta categoría: la de la deuda pública del artículo 135, y la de registros e instrumentos públicos del artículo 149.1.8^a. El carácter público de la deuda viene reforzado en el texto constitucional por su necesaria autorización por ley, de forma que existe una vinculación más estrecha entre la nación y dicho instrumento de política financiera, que con un simple empréstito, etcétera. Los registros e instrumentos públicos están también en la necesaria interrelación entre el mundo del mercado y el de la potestad estatal, lo que explica su diferente configuración en los distintos sistemas jurídicos.

D. *Lo público como interés*

El término “público” aparece en el sentido de lo público como interés en los siguientes artículos constitucionales: 33.3, 76.1, y 124.1.

Sólo en tres ocasiones aparece recogido el adjetivo “público” dentro de esta faceta de lo público como interés. Dos veces como interés público y otra como utilidad pública.

En el artículo 33.3 se nos habla de la “utilidad pública o interés social” como límite a la propiedad privada. Este artículo recoge, inicialmente, la situación del liberalismo clásico⁵³⁶ que siempre previó la posibilidad de alterar los derechos de los particulares mediante una intervención estatal (“de conformidad con lo dispuesto por las leyes”) en el marco que establecían las Cámaras legislativas. Éstas encarnaban, precisamente, el ámbito público de las clases burguesas y estaban en condiciones de fijar la necesidad de alterar los derechos de propiedad mediante una actuación administrativa (la expropiación) previa determinación en una ley de qué se debía entender como interés público (en principio, sólo para obras públicas). Este interés era así público en un doble sentido: público, porque servía a finalidades ajenas al interés de un privado concreto, ajenas a los agentes del mercado, y favorables al

536 “La expropiación forzosa se concibe en los orígenes del Estado liberal como último límite del derecho natural, sagrado e inviolable, a la propiedad privada”, S.T.C. 166/1986, de 19 de diciembre, Fto. Jco. 13.

mercado en su conjunto (creación de comunicaciones y de instituciones necesarias para su funcionamiento o legitimación), y público, además, porque venía fijado a través del instrumento básico de publicidad burguesa, el procedimiento parlamentario de aprobación de las leyes. Dado que el Estado liberal se construyó en buena medida enfrentado a un aparato administrativo heredado del Antiguo Régimen, esta publicidad constituía una doble garantía. Garantía de respeto entre particulares de bienes y derechos salvo concurrencia de un interés superior, y garantía frente a la administración de que no se emplearía un procedimiento arbitrariamente contra un particular, ya que la *causa expropriandi* se había fijado, previamente, en el seno de la publicidad parlamentaria.

Este esquema no parece, sin embargo, tan mantenible desde las transformaciones del Estado social. Y ello ateniéndose a dos consideraciones: la primera de las cuales es la compatibilidad del artículo con lo establecido en el 128 que subordina la riqueza del país al interés nacional. Si se da verdadera eficacia a este artículo 128 no se tratará tanto de que se prive o no de sus bienes y derechos a nadie, sino de que haya que reconsiderar la noción misma de derechos y bienes. En segundo lugar, la modificación de las fuentes ha alterado en la misma medida el sistema de garantías que transcribe aún el texto constitucional. Ya que

la garantía del artículo 33.3 de la Constitución, consistente en que la expropiación se realice de conformidad con lo dispuesto por las leyes, es aplicación específica del principio de legalidad en materia de expropiación forzosa, dirigida principalmente frente a la Administración, y en razón de ello puede sostenerse que las leyes formales, incluidas las singulares, cubren por sí mismas esa garantía, cualquiera que sea el procedimiento expropiatorio que establezcan.⁵³⁷

La ampliación de la intervención estatal en la economía y en el funcionamiento del mercado, la ampliación del concepto de interés público por la transformación misma de la idea de derecho subjetivo, es decir, la ampliación de dos ámbitos de publicidad se presenta así como una amenaza a la publicidad parlamentaria de la fijación de la norma expropiatoria como posibilidad de discusión abstracta y libre, como condición para el hallazgo de la verdad y no para la selección del interés.

La referencia del artículo 76 al interés público es bien distinta de la anteriormente considerada. Nos encontramos aquí con un interés públi-

537 S.T.C. 166/1986.

co que lo es por referirse a asuntos que trascienden el interés privado, no por ser contrarios al interés privado. Al referirse a asuntos de interés público, la Constitución ha querido contemplar no sólo la posibilidad de investigar al Estado, sino también aquellos ámbitos que tienen la doble condición de ser privados por su titularidad pero públicos por las funciones ejercidas o intereses defendidos; es decir, por trascender un interés exclusivamente privado hasta ser también un interés público.⁵³⁸ Visto desde el ángulo contrario, esta norma garantiza la no intromisión en asuntos exclusivamente privados por parte de la Cámara, si bien la decisión acerca del interés público o no de un determinado asunto es competencia exclusiva de la Cámara y no existe ningún trámite por el que oponerse a su formación.⁵³⁹

Por último, la referencia a la defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público por parte del fiscal (artículo 124.1) expresa el reconocimiento constitucional de esa situación contrapuesta entre los derechos expresados como límites a la actuación estatal y la consecución de los fines objetivos del mismo. El fiscal, como defensor del derecho, está por tanto obligado a atender a ambas consideraciones: al interés particular que son derechos subjetivos y al interés público que expresan las leyes (“tutelado por la ley”). La estrecha interrelación entre derechos e interés público también ha encontrado acogida en la jurisprudencia constitucional cuando afirma que “el interés público explica por qué el Ministerio Fiscal es parte en el proceso de amparo, en atención a las funciones que le atribuye el artículo 124”.⁵⁴⁰

Estos tres casos de publicidad como interés se proyectan sobre los tres poderes del Estado. Sobre el Poder Ejecutivo, estableciendo un límite a su potestad expropiatoria sobre el Poder Legislativo, en la medida en que delimita el ámbito en que puede ejercer sus competencias de control, y sobre el Poder Judicial (aunque sea por vía del Ministerio Fiscal), en la medida en que recuerda el carácter contradictorio de límite recíproco de derechos subjetivos e interés público.

538 Cfr. Cabo de la Vega, Antonio de, “Comisiones parlamentarias”, en Lucas Verdú, Pablo (ed.), *Prontuario de derecho constitucional*.

539 La Ley Orgánica 5/1984 de 24 de mayo de comparecencia ante las comisiones de investigación del Congreso y del Senado o de ambas Cámaras no recoge ninguna causa alegable para justificar la ausencia a las mismas, y la tipifica, además, como delito (artículo 4.2 en relación con el 237 del Código Penal).

540 S.T.C. 65/1983.

2. LA ARTICULACIÓN PÚBLICO-PRIVADO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Tal como se ha expuesto en la primera parte de este trabajo, no es posible comprender en su integridad la existencia de una esfera de publicidad en las sociedades contemporáneas si ésta no se concibe como un sistema complejo de relaciones entre dos polos (público y privado) cuya determinación y extensión recíproca es histórica (al igual que lo es su amplitud conjunta y el hecho de que dividan o no el conjunto de la realidad de cada formación social).

Se indicó anteriormente que la inicial distinción entre poder y propiedad se institucionalizó en torno al Estado. El Estado pasó, pues, a integrar el aspecto subjetivo de la publicidad. Es público, en sentido subjetivo, lo que tiene que ver con el Estado. Este sentido subjetivo, inicialmente claro para un Estado reducido de modelo liberal, se vuelve más difuso para la situación actual en que el Estado participa en muy diferentes niveles en prácticamente todos los aspectos de la realidad social. De otro lado, lo público, en sentido objetivo, es decir, lo público que satisface las condiciones de participación, interés colectivo, discusión, etcétera, tampoco coincide ya con el ámbito estatal, pues éste actúa también fuera de él (en una empresa pública, por ejemplo), y existen otros entes que sí actúan en alguno de los ámbitos citados y que no pertenecen a aquél.

Frente a la inicial situación marcada por la mutua correspondencia entre la propiedad como derecho y el poder como expresión institucionalizada del control de la producción por parte de las clases terratenientes, la aparición del mercado determinó una situación por entero nueva, ya que el mercado, siendo como es, el lugar en que los particulares se encuentran para realizar el intercambio (privado, por tanto), sólo es mercado (en sentido burgués) si además satisface una serie de requisitos que sólo un poder ajeno al mercado puede facilitar (igualación jurídica, certeza en el derecho, etcétera); de esta forma, el mercado es a la vez público y privado, o, dicho en otros términos, la actividad pública pasa a tener una incidencia directa sobre la existencia y desarrollo de la actividad de intercambio privada. Por ello, a partir del momento liberal, la relación entre el mundo de lo privado y de lo público se convierte en una interrelación compleja en la que existen

influencias recíprocas (la articulación política) a través de diferentes instrumentos legales (la articulación jurídica).

Esta nueva situación, a su vez, ha entrado en conflicto y se ha vuelto (parcialmente) contradictoria, al estar sometida a una doble tensión. De un lado, la satisfacción de las necesidades de funcionamiento cada vez más complejas del mercado hacen que el Estado deba multiplicar y diversificar su actividad, en ocasiones poniendo en riesgo la dimensión legitimadora de la institucionalización del interés público en el Estado y las propias convicciones liberales sobre la libertad e independencia humanas. Y, de otro, por las tensiones que introduce en el sistema la propia dinámica política al incorporar sectores no burgueses a la vida jurídico-política (mediante la ampliación del derecho de sufragio y resto de derechos políticos), que acaba teniendo su expresión jurídica más clara en la constitucionalización del trabajo como derecho, justamente, lo que nunca puede ser dentro de una economía de mercado.

El actual texto constitucional se enmarca, por la fecha de su redacción, en toda esta difícil situación de crisis político-jurídica, por lo que, al margen de la consideración simplista de que es público en la Constitución española de 1978 lo que al Estado se refiere (incluso suponiendo que ésta fuera una definición unívoca), conviene estudiar los diferentes modos de articulación según el esquema propuesto en la primera parte.

A. *La articulación política*

a. La opinión pública

El tratamiento que la Constitución da a la opinión pública, a su formación y eventual control no es ni muy extensa ni muy acorde con las dificultades que el tema ha suscitado en tiempos recientes. La Constitución parte del conjunto de derechos recogidos en el artículo 20, y que son los “presupuestos” necesarios para la existencia de una opinión pública. Establece, igualmente, la garantía de no injerencia de la administración al prescribir la intervención judicial en materia de secuestro de publicaciones, etcétera. Todo ello se corresponde con la concepción más clásica de la opinión pública como de formación espontánea en la sociedad con la sola desaparición de la coacción estatal.

Existen dos preceptos que sí apuntan, sin embargo, a una concepción más desarrollada de esta opinión pública. Los que se refieren a los medios de comunicación social dependientes de los poderes públicos y

el artículo 51.2. Efectivamente, la Constitución constata que la opinión pública no surge ya sólo en la sociedad, sino que tiene como uno de sus factores fundamentales los medios de comunicación insertos en el aparato estatal (en la práctica, la televisión pública). Dada la función de control que la opinión pública ejerce sobre el poder público, ésta trata de garantizarse sometiendo dichos medios de comunicación al órgano básico de la participación política (el Parlamento), además de garantizar el acceso a los diferentes “grupos sociales y políticos” (lo que nos habla ya de una sociedad muy distinta de la de ciudadanos independientes del liberalismo).

Pero, quizá el precepto que más claramente señale la transformación de la concepción de la opinión pública y muestre cómo ésta ha pasado también a interrelacionarse con el propio aparato estatal sea lo dispuesto en el artículo 51.2, en el que se establece una obligación positiva para el poder público de contribuir a formar la opinión pública en materia de consumidores y usuarios. Aunque no se mencione, se reconoce aquí implícitamente que, al menos en este ámbito, la sociedad moderna no es capaz de formar por sí misma una opinión pública, sino que tiene amplias probabilidades de caer bajo la influencia interesada de los grandes grupos productivos. Por ello, el Estado debe contrarrestar dicha influencia promoviendo “la información y educación” de consumidores y usuarios.

Aunque la libre formación de la opinión pública frente a la existencia de grupos privados que dominen las telecomunicaciones no ha recibido una especial defensa constitucional (por el sistema del artículo. 41.2 de la LOTC en relación con el 53.2 constitucional), dicha exigencia parece, sí, estar incluida, si no en un plano jurisdiccional, sí en cuanto al derecho sustantivo que se dicte en desarrollo de la Constitución en la proclamación de “pluralismo” del artículo 1. Así, se han fijado los límites de participación en las televisiones privadas exponente máximo del sistema de comunicación e información actual⁵⁴¹ y la obligación de

541 Con todo, es éste un caso claro en que se muestra la contradicción entre los objetivos y fines constitucionales y el sistema jurídico tradicional como instrumento. Resulta casi imposible establecer el porcentaje de participación en una televisión sin pasar por encima de los principios de anonimato, patrimonios separados, etcétera en que se basa todo el derecho mercantil. Las sociedades interpuestas, las participaciones en grupos, sociedades dominantes, etcétera no son realidades accesorias al sistema de mercado, sino sus instrumentos más característicos. Si realmente quedaran obligadas a la transparencia que pretenden las normas del artículo 19 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo de televisión privada, dichas sociedades quedarían prácticamente fuera de él.

“garantizar una expresión libre y pluralista de ideas y de corrientes de opinión”.⁵⁴² Ambos preceptos demuestran una desconfianza recíproca, puesto que, de cumplirse, uno u otro deberían ser suficientes para la libre formación de una opinión pública no dirigida.

b. La democracia representativa

Respecto del sistema de articulación política institucionalizada entre el mundo de lo privado y de lo público que diseña la Constitución española, cabe, desde el punto de vista aquí adoptado, realizar dos observaciones en parte coincidentes con lo ya visto en relación con la opinión pública. Por un lado, la superposición de normas que corresponden a diferentes concepciones de este espacio público y, por otro, su ampliación más allá de los límites inicialmente defendidos por los pensadores liberales.

Como es sabido, la Constitución española refleja dos concepciones distintas de la participación política. La primera, típica de un Estado liberal tradicional, es la que proclama el carácter democrático del Estado español y la soberanía nacional en el pueblo (artículo 1), reconoce el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (artículo 23) y concreta dicha participación en la elección de los miembros de las Cortes Generales,⁵⁴³ cuyos miembros no están sometidos a mandato imperativo. Este sistema de democracia representativa se complementaría con la participación “en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general” y “en la Administración de justicia mediante la institución del Jurado”, así como en las diferentes modalidades de referéndum.

Sin embargo, ésta es sólo una faceta del sistema, pues junto a ella, y sin que se establezca muy claramente su relación con la anterior, hay otra que resulta de los artículos 6, 9.2 y 48. El artículo 6 afirma literalmente que son los partidos los que “concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular”. Si esto es así, si son los partidos los que expresan la voluntad popular, es más dudoso que pueda hablarse de mandato de partido como uno de los mandatos prohibidos por la

⁵⁴² Artículo 9.1.a) del texto legal citado en la nota anterior.

⁵⁴³ Ver n. 530 (S.T.C. 51/1984).

Constitución. Existe una cierta tensión entre las Cortes Generales que “representan al pueblo español” y los partidos que manifiestan “la voluntad popular” que parece imponer la interpretación de que el “pueblo español” no es sólo el conjunto de los ciudadanos sino también (acaso, principalmente) los grupos sociales y políticos en que se integra.

El segundo aspecto de esta comprensión alternativa del sistema representativo es el que se deduce de los artículos 9.2 y 48. Estos dos artículos hablan de “promover la participación”, sea de todos los ciudadanos, sea de la juventud. Ello supone que la Constitución no concibe que la democracia se produzca por la sola retirada del aparato coactivo estatal que facilite un espacio de libertad en que puedan expresarse libremente las opiniones, sino que aun en ese marco legal, la participación debe “promoverse”, que no es un resultado espontáneo de la dinámica social. Además, aunque sólo muy parcialmente, reaparece una distinción dentro de la categoría abstracta de ciudadanía, en la medida en que se reconoce igualmente que existen sectores de la misma que precisan de una especial promoción, en concreto, la juventud.⁵⁴⁴

En cuanto a la extensión de este principio democrático a ámbitos distintos de la esfera pública propiamente dicha, la Constitución contempla el caso de los partidos políticos, los sindicatos y asociaciones empresariales (artículos 6 y 7), el de los centros educativos (artículo 27), el de los colegios (artículo 37) y organizaciones profesionales (artículo 52). En estos casos, la exigencia democrática se ha ampliado a entidades no incluidas estrictamente dentro del aparato estatal pero que, sin embargo, por ejercer funciones de relevancia pública se ven sometidas a estas exigencias.

El supuesto de más difícil encaje de ampliación del principio democrático es, sin duda, el del artículo 129. En él se combinan, en primer lugar, el papel activo de los poderes públicos (“promoverán”) con la ampliación del principio democrático más allá de la esfera de funcionamiento estatal. Pero, además, en este caso, se lleva también más allá del ámbito de lo “público” para entrar de lleno en lo privado. No se trata aquí del mantenimiento de las condiciones externas del mercado, sino de la actividad interna (libre, privada) dentro de él. Este precepto,

544 Como es sabido, el artículo 9.2 de haber seguido su modelo italiano habría sido un ejemplo mucho más claro, con su referencia a los trabajadores. Cfr. Basso, L., “Giustizia e potere. La lunga via al socialismo”, *Quale Giustizia*, 1971.

junto con la constitucionalización del derecho al trabajo de la que se trata en la última sección, constituyen las rupturas más importantes con el modelo democrático liberal que incluye nuestra Constitución. La democratización de las decisiones de las empresas (el acceso a los medios de producción) y la concepción del trabajo como un derecho, rompen con todo el esquema de publicidad liberal del resto de la Constitución y reflejan el carácter contradictorio del texto constitucional fruto del sistema de pactos con que se redactó.⁵⁴⁵

B. La articulación jurídica

El modelo de articulación jurídica que diseña nuestra Constitución se basa, en principio, en el estudiado como “modelo francés” en la sección I, 2, B de la segunda parte. Se parte de la existencia de una entidad denominada *nación* (palabras con las que se abre la Constitución: “La Nación española”) a la que se hace titular de intereses, fines, etcétera (“deseando establecer”) en función de los cuales existe (esto es, que sirven para delimitar su ámbito) el aparato estatal (artículo 1.2) y que suponen, a su vez, también un límite para los derechos individuales (artículo 33.3).⁵⁴⁶ Precisamente, el partir de la nación y no del Estado como origen de la publicidad explica que sus límites subjetivos sean más borrosos que en el caso alemán.⁵⁴⁷

Además, la Constitución española cuenta con el problema peculiar de no haber aclarado suficientemente cuál es esa nación. Pese a las afirmaciones del artículo 2 de indisolubilidad y unidad, este mismo artículo introduce la existencia de “nacionalidades” dentro de España. Nacionalidad es la condición de nación (y así la emplea la propia Constitución en el artículo 11) y no un sustantivo que se refiera a una realidad

⁵⁴⁵ La jurisprudencia constitucional se ha limitado, por el momento, a ignorar el problema o a negarlo con afirmaciones que no parecen fáciles de defender, como que “Como ya ha dicho este Tribunal Constitucional, los órganos de representación de los trabajadores en la empresa no tienen reconocimiento constitucional, sino que son creación de la ley y poseen sólo una indirecta relación con el artículo 129.2”. Lo que parece negar la literalidad del precepto (“las diversas formas de participación en la empresa”) constitucional y su desarrollo en el Estatuto (“sin perjuicio de otras formas de participación, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en este Título”).

⁵⁴⁶ La Constitución, en este sentido, no es tanto el “estatuto jurídico del Estado” frente al de la sociedad (que serían los Códigos Civil de Comercio, etcétera), cuanto el estatuto jurídico de la nación que estructura, a su vez, a los otros dos.

⁵⁴⁷ *Vid* las dificultades ya estudiadas para delimitar “el sector público” o “los poderes públicos”, etcétera en las secciones II, 1 y 2.

tangible como municipio o provincia. La palabra “nacionalidad”, en definitiva, o quiere decir “nación” o carece absolutamente de significado, y bastaría el reconocimiento del hecho regional (en la forma que lo hace, por ejemplo, la Constitución italiana). El problema, aunque pretenda no abordarse directamente, reaparece sistemáticamente en la práctica constitucional. Son ejemplos evidentes el problema del uso de las lenguas oficiales (que lo es “del Estado”), el alcance de la obligatoriedad de conocer el castellano, y el hecho de que esta lengua sea a la vez la lengua propia de parte del territorio y la oficial de todo él. Reaparece, también, en la problemática de la política exterior. Aunque la Constitución pretendió dejar zanjada la cuestión con la solución de que no hay más política exterior que la de España ejercida por el Ministerio de Asuntos Exteriores y con el rey como representante (artículo 56), ciertas comunidades (y una parte de la doctrina constitucional) no comparten dicho criterio.⁵⁴⁸

A través de este concepto de nación, se opera la objetivación de los intereses comunes, que pasan a ser públicos, en la medida en que entran en una órbita jurídica, y su subjetivación en una serie de órganos encargados de representarlos o concretarlos. La representación política traduce en la forma vista el vínculo entre la parte objetiva de este concepto (que se especifica en términos de publicidad, mediante la elección de representantes, discusión pública parlamentaria y publicación de la decisión adoptada) y el aparato institucional (subjetivo) que sirve para llevarlo a la práctica.

Los derechos, por su parte, guardan también una estrecha vinculación con el concepto de nación en la medida en que son titulares de los mismos los “españoles” o los “ciudadanos”.⁵⁴⁹ Los derechos de los ciudadanos y los intereses nacionales se encuentran en una compleja relación recíproca en la medida en que dicha categoría ha perdido su unidad original con la incorporación de los llamados “derechos sociales”. Los derechos, inicialmente límites a la actuación estatal, que delimitan el ámbito de lo público, se convierten en justificación de la

548 Pérez Calvo, Alberto, *Estado Autonómico y Comunidad Europea*, Madrid, 1993, pp. 17-182.

549 Aunque la Constitución emplea diferentes expresiones: “todos”, “toda persona”, “nadie”, “todos los españoles” o el impersonal “se” (se garantiza, se reconoce). En realidad, el hecho nacional sigue teniendo un carácter predominante. Por ejemplo, aunque los derechos del artículo 17 (a la libertad, sobre detención preventiva, etcétera) se reconocen a “toda persona”. En realidad, los extranjeros pueden ser “retenidos” casi por tiempo indefinido en el esclarecimiento de su entrada legal o no en el país, etcétera.

ampliación de ese mismo ámbito en cuanto supongan derecho a prestaciones. Estos mismos derechos “sociales” suponen un cierto riesgo para la noción misma de nación en la medida en que ésta sirve (a través de las de “ciudadano”, “igualdad legal”, etcétera) para abstraer las diferencias reales entre los individuos y forjar un “interés común” (real o imaginario), mientras que los derechos de prestación, por su estructura misma, reintroducen la diferencia cualitativa entre quienes reclaman su ejercicio efectivo (*vid infra*, sección b).

Como se expondrá en las dos últimas secciones, la articulación jurídica que ha ido experimentando la correspondiente evolución histórica aparece en la Constitución española (de redacción reciente) de forma yuxtapuesta. Preceptos y conceptos pertenecientes a muy diferentes realidades conviven en el interior del texto legal sin que resulte fácil aclarar su alcance respectivo. Este marco de relativa flexibilidad puede permitir evoluciones diversas según los cambios sociales, pero a costa de lo que parece un inevitable incumplimiento parcial del mismo.

a. Estado de derecho

El sistema de articulación jurídica de los ámbitos de lo público y lo privado aparece perfectamente trazado en la Constitución española dentro del modelo de Estado de derecho al que se refiere su artículo primero. El sistema parte del sometimiento de ambas esferas a los mandatos constitucionales (artículo 9.1), pero con un sentido distinto para ambas. Mientras para los particulares, para el mundo de lo privado, se crea un ámbito de libertad (artículo 17), para lo público se fija una vinculación positiva al derecho (artículo 103). Mientras para los particulares su marco jurídico es un marco que sólo delimita el borde exterior de lo lícito (artículo 25), para las autoridades es el fundamento mismo de cualquier actividad (en terminología clásica, los poderes públicos actúan siempre por causa legal o, más modernamente, actúan conforme a un principio reglado de competencia). La disposición estructural de los poderes públicos (la división de poderes o distinción de funciones) que en la Constitución no se menciona, pero que de hecho se regula en los títulos II a VI, principalmente, es un mecanismo más de esta limitación funcional del poder público.

Entre ambos y como garantía recíproca se establece el sistema judicial que, desde que incluye también al Estado como materia justiciable

(artículo 9.2), sirve para corregir tanto las actuaciones de los particulares fuera de su ámbito específico de libertad mediante la imposición de sanciones, como la no injerencia en dicho ámbito por parte del Estado mediante la declaración de ajuridicidad de tales actos (ajuridicidad que, por el carácter mencionado de comportamiento basado en norma habilitante y por tanto como “acto jurídico”, implica su desaparición [nulidad o anulación]). Esta posición intermedia tiene reflejo constitucional en la afirmación de que “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey”, es decir, que parte de las decisiones de la colectividad ciudadana, pero actúa desde el ámbito de los poderes públicos con sometimiento “únicamente al imperio de la ley”.

De esta forma, la articulación jurídica de las esferas de lo público y lo privado del Estado de derecho se basa en: 1) las declaraciones de derechos, 2) los sistemas jurisdiccionales de su defensa, 3) la ley como instrumento de concreción de las previsiones constitucionales en materia que afecte a esta relación y 4) el sometimiento de los poderes públicos al derecho y, más específicamente, a la ley.

Todos estos aspectos aparecen claramente recogidos en nuestra Constitución. El catálogo de derechos de la sección primera del capítulo II del título I es la base de existencia del sistema de publicidad liberal, junto con el sistema de defensa de los mismos (artículos 24 y 53), y los múltiples casos de reserva de ley, dentro del imperio general de la ley (artículos 9.2).

Que la ley es el instrumento jurídico básico de concreción de la articulación constitucional, se refleja también en el texto constitucional ya que las Cortes Generales no aparecen como un órgano más del Estado (de lo público), sino que, según su definición, “representan al pueblo español”, representación que se traduce en el ejercicio de “la potestad legislativa”, fundamentalmente “la elaboración de las leyes” (capítulo II, título III).⁵⁵⁰ A través de la ley se relaciona el ciudadano privado (el *bourgeois*), con el ciudadano público (el *citoyen*), relación que, a través de la abstracción de la nación, alcanza al conjunto de la población independientemente de su participación (o adhesión) real.

⁵⁵⁰ Expresamente, en el Preámbulo, la nación española proclama su voluntad de “Consolidar un Estado de derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”.

En la sección siguiente se estudia, por último, la forma en que la Constitución ha recogido las modificaciones que a este esquema teórico han impuesto las nuevas condiciones económicas, sociales y políticas.

b. Estado social de derecho

Se trata, ahora, de mostrar la forma jurídica en que la Constitución ha reflejado la transformación desde el modelo original hasta el propio del momento histórico presente en la determinación de las relaciones entre lo público y lo privado. Los cambios afectan a ambos lados de la relación, en la medida en que ni la sociedad reúne ya las condiciones para organizar un mundo de intercambios privados independientes, ni el Estado puede garantizar la continuidad de este mundo de privados (del mercado) respetando los principios de publicidad en los que se apoya todo el sistema,⁵⁵¹ además de haber sufrido la presión social que ha llevado a la constitucionalización de principios de difícil compatibilidad con el resto del sistema liberal.

En primer lugar, se ha hecho más problemático el concepto mismo de nación, no ya en la configuración constitucional a que antes se hizo referencia, sino en la medida en que (al margen de las disputas de índole nacionalista que no son relevantes a este respecto en cuanto que no se discute si es una nación o varias, sino la forma de existencia de estas naciones) aunque por estar en el nivel jerárquico más alto la norma constitucional se venía entendiendo como la forma común de existencia jurídica de la comunidad, la Constitución de la “Nación española” se ve en la necesidad de referirse a sectores concretos de la sociedad con sustantividad y reconocerles, incluso los “intereses económicos y sociales que les son propios”, como merecedores de protección constitucional. La juventud, los usuarios y consumidores, los trabajadores y empresarios (y hasta los niños). Frente a la declaración genérica del artículo 14, que impide que pueda existir “discriminación alguna por [...] cualquier otra condición o *circunstancia personal o social*”. Estas mismas circunstancias aparecen como causa de “discriminaciones” (positivas o negativas) en relación con diferentes aspectos regulados en la Constitución (hasta cierto punto una *Selbsverfassungsdurchbrechungen*).

551 Oliet Palá, Alberto, *Liberalismo y democracia en crisis*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

Sucede así, en primer lugar, que ya ni siquiera jurídicamente se produce una contraposición entre ciudadanos particulares con intereses personales (o comunes, pero que no alcanzan publicidad) e intereses nacionales que defiende el Estado, sino entre diferentes sectores con intereses comunes jurídicamente legítimos y protegidos por la propia Constitución. Tras completarse la igualación jurídica en la culminación del Estado de derecho (con la consideración normativa de la Constitución y el sistema de garantía constitucional de los derechos), reaparece la diferencia. No son sólo los ciudadanos los que conforman la nación, sino ciudadanos en diferentes posiciones sociales e integrados en diferentes estructuras sociales (“los grupos en que se integran” del artículo 9.2). El acceso de estos mismos grupos a los órganos de dirección estatal puede convertir el interés público (en el sentido del interés especificado conforme a criterios de publicidad) en el interés de alguno de estos grupos.

Resulta coherente con la situación descrita la transformación de los cuatro puntos básicos de la articulación jurídica entre lo público y lo privado del Estado de derecho clásico.

En primer lugar, la declaración de derechos de la Constitución española ya no es, obviamente, el marco que delimita lo lícito y que posibilita la creación de un estado de publicidad. Resulta obvio que el “derecho a una vivienda digna” no especifica ni el ámbito de la autonomía de la voluntad del ciudadano ni el límite a la injerencia de los poderes públicos. El interés meramente particular de “contar con una vivienda” se proyecta sobre el ámbito de lo público en cuanto que es a él a donde se acude para su satisfacción; los poderes públicos, a su vez, inciden en una cuestión tradicionalmente privada como la fijación de las viviendas y la estructura del mercado inmobiliario que permita hacer efectivo este derecho.

Pero no se trata sólo de que la inclusión de algunos nuevos derechos haga borrosa la diferenciación tradicional de los ámbitos de lo público y lo privado, sino de que la nueva configuración de estos derechos puede hacer peligrar la diferencia misma. Los dos casos extremos son los que se refieren a la propiedad privada y al derecho al trabajo, en la medida en que afectan a los dos institutos básicos del mundo privado (propiedad y mercado). La propiedad se transforma, porque pasa de ser el “límite” más clásico a la actuación estatal a convertirse en un “ins-

trumento” de esta misma actuación.⁵⁵² Y, más aún, el Estado que actuaba como garante del funcionamiento del mercado (en el doble sentido de que posibilita su existencia creando las condiciones objetivas de su funcionamiento y de que vigila el cumplimiento de sus normas mediante sus procedimientos externos de coacción), al constitucionalizar el derecho al trabajo hace desaparecer la posibilidad misma de un mercado. El trabajo no puede ser un derecho, porque si lo es, no puede ser objeto de rechazo contractual. Si el trabajador acude al mercado con “derecho” a que se le conceda un trabajo, desaparece la naturaleza misma de la relación laboral como “libre, voluntaria, sinalagmática, etcétera”, en la medida en que si para el trabajador es un derecho, para quien lo emplea es un deber su contratación.⁵⁵³

En consonancia con esta transformación de los derechos, sus instrumentos de defensa jurídica se han vuelto igualmente confusos, en la medida en que se ha roto la unidad derecho-instrumento jurídico, estableciéndose los diferentes grados de protección del artículo 53 constitucional.

La alteración de las condiciones de publicidad (de la interrelación entre lo público y lo privado) se ha producido igualmente en cuanto a la ley y al derecho, si bien estas transformaciones se han dado más en la práctica constitucional que en su inicial diseño. La Constitución sigue defendiendo una posición central de la ley “como expresión de la voluntad popular”. Sin embargo, ciertas ausencias y algunos mecanismos

⁵⁵² “[...] la función social de estos derechos delimitará su contenido” (artículo 33), es decir, que el contenido es el resultado de la actuación pública en forma de leyes, no el límite a estas mismas leyes; además, “sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general” (artículo 128), es decir, es un medio para la defensa del interés general. Con tal concepción, la barrera entre lo público y lo privado pierde la nitidez con que contó en su definición liberal.

⁵⁵³ Esta realidad ya fue advertido desde mucho antes de la constitucionalización de este derecho. “Marx analizó el destino de las peticiones de los trabajadores parisienses de 1848, que reclamaban un derecho constitucionalmente garantizado al trabajo”. “Ésta fue la primera y borrosa formulación de las demandas revolucionarios del proletariado. Desatando las furias de la burguesía que identificó del ‘derecho al trabajo’ con el ‘derecho al subsidio’, creando los Talleres Nacionales (*National Workshops*), que no eran más que los *English Workhouses* al aire libre”. Ello sucedió porque el derecho al trabajo es incompatible con la dirección capitalista, ya que su existencia implicaría la eliminación del “riesgo específicamente proletario” que es el desempleo. Como petición de los trabajadores parisienses en una situación revolucionaria, no tenía oportunidad alguna de ser aceptada como parte de un pacto y encarnada en una nueva institución”, Brunhoff, Suzanne de, *The State, Capital and Economic Policy*, Londres, Pluto Press, 1978, p. 24. Esta misma interpretación es la que prevalece hoy en día en la medida en que quien no tiene trabajo no tiene derecho a uno, sino a una indemnización, lo que desnaturaliza la esencia misma del derecho constitucional; es tanto como si se pudiera optar por dar el derecho de expresión o una “justa indemnización”.

inicialmente concebidos como excepcionales han permitido que también se den en el orden constitucional español los fenómenos descritos en la parte primera, sección III, 2, B, 2 y 3.⁵⁵⁴ Estas circunstancias son la ausencia de una caracterización de la ley al margen⁵⁵⁵ de su mecanismo de aprobación (es decir, el no haberla definido como norma general, abstracta, etcétera) y las diferentes posibilidades de alejamiento de este mismo procedimiento (artículos 75.2, 82 y 86). La Constitución tampoco ha considerado la creación autónoma del derecho por parte de diferentes instancias privadas (*incoterms*, condiciones generales de contratación, etcétera), refiriéndose exclusivamente a los convenios colectivos, cuya fuerza vinculante “la ley garantiza” (artículo 37.1). Esta falta de consideración de la existencia real de dichas fuentes (en sentido material) hace que puedan quedar fuera de las condiciones de publicidad que se exigen a las normas emanadas de las Cortes o el gobierno.

Como puede verse, no todas las transformaciones de la articulación jurídica de los ámbitos de lo público y lo privado tienen una base directa constitucional, sino que se han desarrollado, al menos parcialmente, al margen de ella. Con todo, la principal dificultad para la fijación de este sistema no estriba en que la realidad no se pliegue totalmente a él, sino en que, también en un plano exclusivamente normativo, conviven preceptos con muy diferente orientación y presupuestos. Es ésta una de las razones por las que, como se ha escrito, no quepa tanto hablar de Estado social y de su crisis como de dos hechos separados, sino que quepa afirmar que la crisis es el modo de ser del Estado social.⁵⁵⁶

554 Pp. 139 y ss.

555 Irti, Natalino, *L'età della decodificazione*, Varese, A. Giuffrè, 1989.

556 *Cf.* Cabo Martín, Carlos de, *La crisis del Estado social*, Barcelona, 1986.