

**CAPÍTULO III**  
**LA APARICIÓN DE LO PÚBLICO Y LA ARTICULACIÓN**  
**DE LO PÚBLICO-PRIVADO COMO SUPUESTO**  
**CONSTITUCIONAL**

<b>1. Elementos para la diferenciación público-privado . . . . .</b>	<b>67</b>
A. La separación propiedad-poder: aparición del Estado moderno y elementos estatales para un concepto de lo público . . . . .	70
B. La separación Estado-sociedad: la aparición del mercado y la justificación liberal . . . . .	76
C. La interpretación liberal de estos hechos: la percepción de las esferas de lo público y lo privado, su importancia relativa y la crítica marxista . . . . .	79
<b>2. La contradicción público-privado y su articulación . . . . .</b>	<b>88</b>
A. La articulación política . . . . .	88
a. Aparición e importancia de la opinión pública .	91
b. La democracia como mecanismo de configuración de lo público desde lo privado (voto, participación, representación, etcétera) . . . . .	103
B. La articulación jurídica: la Constitución como mecanismo garantizador de la necesaria coexistencia de lo público y lo privado . . . . .	109
a. Primera fase: Estado de derecho: primacía de lo privado (mecanismos de defensa frente a lo público: la división de poderes y las declaraciones de derechos) . . . . .	111
b. Estado social: equilibrio o predominio de lo público	128
c. La crisis del Estado social: nueva estructuración	142

## CAPÍTULO III

# LA APARICIÓN DE LO PÚBLICO Y LA ARTICULACIÓN DE LO PÚBLICO-PRIVADO COMO SUPUESTO CONSTITUCIONAL

### 1. ELEMENTOS PARA LA DIFERENCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADO

Según las ideas anteriormente avanzadas, cabe decir que el término “público” en su acepción habitual<sup>131</sup> se utiliza para referirse a un conjunto de realidades resultado de dos amplios procesos históricos.

El primero llevó a la concentración de “lo político” en el seno del Estado, constituyendo un sistema de relaciones al margen de la propiedad y del control directo sobre la explotación del territorio que realizaba la aristocracia terrateniente, aunque, inicialmente, sin embargo, se puso la política al servicio de esa propiedad terrateniente aristocrática. Es a partir de que se consuma esta concentración de lo político dentro del Estado cuando se empieza a hablar ya de poderes públicos o de funciones públicas.

El segundo es el que, como consecuencia de las revoluciones burguesas, va a tratar de incorporar la sociedad (es decir, a la burguesía, o, lo que es lo mismo, a aquéllos cuyas riquezas no provienen de la tierra —de la renta de la tierra—) a lo político, pero sin desmontar el aparato estatal existente como sistema burocrático. Esta incorporación de la sociedad a la política crea la segunda gran dimensión de lo público, lo público de la sociedad: el interés público, las libertades públicas, la seguridad pública o la opinión pública.

131 Por las razones que se han expuesto a lo largo del trabajo, bien escasas son las definiciones completas de este término. Por citar, inicialmente, una de las pocas definiciones directas del mismo, se entiende que “El término público [...] se refiere a la actividad, regulada tomando como base las competencias, de un aparato que posee el monopolio del uso legítimo del poder”, Habermas, “Sfera pubblica (una voce di enciclopedia)”, *Cultura e Critica*, Turín, 1980, p. 56. Cfr. también Abbagnano, Nicola, *Dizionario di filosofia*, Turín, 1977, s. v.

En realidad, como se ha expuesto en los capítulos anteriores, elementos de lo que hoy entendemos por público y privado han estado siempre presentes en toda comunidad humana políticamente organizada. Cuando aquí se habla de aparición de lo público, a lo que se hace referencia es al establecimiento de un sistema integral de interrelación entre las esferas pública y privada que exige una determinada estructuración jurídica de esta última como complemento necesario de la anterior. Según la tesis aquí mantenida, este carácter sistémico de la división sólo aparece con el liberalismo/capitalismo, y es, precisamente, desde las posiciones intelectuales del mismo desde las que, por paradójico que parezca, se define su cometido y estructuración jurídica. Sólo desde el liberalismo puede hablarse, pues, de una dicotomía (dicotomía en el sentido de Bobbio), es decir, de

una distinción de la que puede demostrarse su idoneidad: a) para dividir un universo en dos esferas, conjuntamente exhaustivas, en el sentido de que todos los entes de dicho universo pertenecen a ellas, sin excluir ninguno, y recíprocamente exclusivas, en el sentido de que un ente que pertenezca a la primera no puede hacerlo, simultáneamente, a la segunda; b) para establecer una división que es no sólo total, en la medida en que todos los entes a los que actual o potencialmente se refiere la disciplina deben poderse incluir en ella, sino también principal, en la medida en que tiende a hacer converger hacia sí otras dicotomías que son, en relación con aquélla, secundarias)<sup>132</sup> [entre público y privado].

El liberalismo/capitalismo pone, por primera vez, en relación directa un mercado de privados con unas determinadas funciones del Estado. Al exigir la reducción (o matización) de la intervención estatal sobre determinados ámbitos de la vida social, la burguesía no hace, en realidad, sino reclamar (y justificar) un determinado tipo de público desde lo privado. El liberalismo, con su asociación entre propiedad, acumulación y funciones del Estado (*vid. infra*) realiza la primera propuesta moderna de interrelación entre ambas esferas y culmina, en sede teórica, el primero de los procesos citados que el absolutismo, en cierto sentido, ya había realizado en la práctica. No cabe, por ello, exagerar la estrechísima relación que vincula recíprocamente a los conceptos de

<sup>132</sup> Bobbio, Norberto, "La grande dicotomia pubblico/privato", *Stato, governo, società*, Turín, Einaudi, 1985, p. 3; también "Pubblico/privato", *Enciclopedia Einaudi*, vol. XI, 1980, s. v.

propiedad privada y poder público o de propiedad y soberanía;<sup>133</sup> ya F. W. Maitland, en 1908, escribió: “en ocasiones parecería que todo el derecho constitucional no es otra cosa que un apéndice al derecho de propiedad. Constituiría una auténtica equivocación, al tiempo que un despropósito, limitarse a estudiar la historia constitucional sin estudiar también el derecho de propiedad sobre la tierra”.<sup>134</sup> De ahí que pasemos, en primer lugar, a ocuparnos de la relación entre ambos conceptos dentro del sistema del Estado liberal para su oportuna individualización.

De otro lado, el propio liberalismo va a ser ya consciente de que esa esfera pública que se reclama *ex definitione* separada de la vida privada puede alcanzar una cierta autonomía que la haga poco proclive a la defensa de sus intereses, y, por ello mismo, va a tratar de proyectar sobre ella una componente de dirección y garantía surgida del seno de la sociedad. La sociedad que ha definido una esfera pública y se ha configurado así como privada se proyecta sobre lo público (en especial sobre el Estado) en forma de opinión pública, libertad pública o participación en los asuntos públicos. Es lo que hemos denominado *la articulación política entre lo público y lo privado*.

Esta articulación, además, recibe forma jurídica y se convierte, así, en base misma del derecho a través de la Constitución. Codificación y proceso constituyente son los grandes movimientos jurídicos de la modernidad. La Constitución ha llegado a tener como una de sus principales características el que no sólo disciplina con la máxima jerarquía la esfera pública sino que fija (y da validez a) la delimitación entre lo público y lo privado (por ser fuente de fuentes).<sup>135</sup> Todo ello se estudia bajo el epígrafe *La articulación jurídica*.

La última sección se ocupa de la interpretación liberal de los hechos anteriormente enunciados, es decir, de la justificación de la toma de postura valorativa respecto de la distinta importancia concedida a lo público y a lo privado. Aunque en las dos secciones anteriores (A y

133 “[...] la relación entre propiedad y soberanía adquiere un carácter de necesidad y de indisolubilidad cualquiera que sea la perspectiva en que quiera considerarse”, Rodotà, Stefano, “Note su proprietà e sovranità”, *Política del Diritto*, año XXIV, núm. 2, junio de 1993, p. 171. También allí citado el conocido comienzo de Schmitt, Carl, *El Nomos de la Tierra*.

134 Maitland, F. W., *The Constitutional History of England*, Cambridge, 1908, p. 538 (la fecha es la de publicación póstuma; el texto es algunos años anterior).

135 Cfr. Cabo Martín, Carlos de, “Las fuentes del derecho: un apunte sistemático”, *Libro homenaje al profesor Juan José Ruiz Rico*, Madrid, Tecnos (en prensa).

B) también se hacen numerosas referencias a distintos pensadores liberales al hilo de la exposición histórica de las transformaciones sociales estudiadas esta sección se concentra en los presupuestos epistemológicos y axiológicos del liberalismo en relación con este tema y, parcialmente, de su proyección sobre formas más modernas de liberalismo en la medida en que siguen remitiéndose a este tipo de puntos de vista.

Dicha exposición se completa con los puntos de vista contrastantes que respecto de estos mismos temas han defendido pensadores de otras corrientes ideológicas (marxismo, fundamentalmente), especialmente, en lo relativo a la comprensión del hombre como individuo aislado o como ser social.

#### A. *La separación propiedad-poder: aparición del Estado moderno y elementos estatales para un concepto de lo público*

Como ya se ha indicado, el primer factor básico para una posible articulación de lo público y lo privado es la existencia misma del Estado. Cuando en esta sección se hace referencia a su aparición, el término se emplea, como es práctica comúnmente aceptada, para referirse globalmente a la organización política dominante en Europa aproximadamente desde el siglo XV, al que suele añadirse el calificativo de “moderno”.<sup>136</sup>

El Estado moderno viene a sustituir a las formas del poder feudal adoptando una serie de caracteres que permitirán su juridización y la construcción de un ámbito distinto de relaciones y actividades en torno a él, y que se separa del de los privados por su carácter de publicidad.

136 Para origen, significados, evolución, etcétera vid. Skinner, “State”, *Political Innovation and Conceptual Change*, Cambridge University Press, 1989, pp. 90-131. Con ello, pretende establecerse, de un lado, la idea de novedad frente a los modelos de organización anteriores (*polis*, *civitas*, monarquías feudales) y, de otro, tender un nexo de unión entre esta organización ciertamente alejada en el tiempo y la propia de nuestros días (“moderno”). Cfr. Strayer, Joseph R., *Sobre los orígenes medievales del Estado moderno*, Barcelona, 1986, especialmente, capítulo I, pp. 9-78; Crossman, R. H. S., *Biografía del Estado moderno*, Madrid, 1991, pp. 18-21; Naef, Werner, *La idea del Estado en la Edad Moderna*, Madrid, Ediciones Nueva Época, 1947, capítulo I; Heller, Herman, *Teoría del Estado*, México, 1934, parte III, capítulo I; Hintze, O., “Esencia y transformación del Estado moderno”, *Historia de las formas políticas*, Madrid, 1968, pp. 293 y ss.; Rotelli, E. y P. Schiera (eds.), *Lo Etato moderno*, Bolonia, 1971-1974; Clavero, B., “Institución política y derecho: acerca del concepto historiográfico de ‘Estado moderno’”, *Revista de Estudios Políticos* núm. 19, 1981, pp. 43 y ss.; Garin, Eugenio, *Medievo y Renacimiento. Estudios e investigaciones*, Madrid, 1981.

La sociedad medieval (que Hegel calificó de poliárquica) presentaba, junto a una acusada impresión de disgregación social y política, una cierta unificación del poder o, por lo menos, una cierta uniformidad en el sistema de dominación (aunque por medios bien distintos y con intensidad bien diferente a la que conocemos hoy en día). Este complejo sistema de poderes entrará en crisis en un largo proceso cuyas primeras manifestaciones pueden situarse ya en el siglo XIII y que durará hasta los siglos XVI y XVII, dando paso al Estado moderno.

La crisis de dominación de las clases señoriales se produce en un doble nivel, tanto dentro como fuera de cada reino. En el exterior, como consecuencia de la alteración en sus relaciones con los poderes ajenos que actuaban como potenciales integradores de la sociedad: Iglesia e Imperio. La relación con el papado, el más fuerte de estos poderes exteriores, va a pasar por sucesivas etapas de crisis que pueden resumirse en cuatro: primera, dualidad de poderes, doctrina de las dos espadas; segunda, sacralidad independiente del poder político; tercera, independencia natural del poder político (Santo Tomás); y cuarta, que es la que interesa destacar por su trascendencia en la independización de un ámbito “político”, la supremacía del poder temporal. Todo ello en relación con la separación progresiva de la política y la religión y con la polémica conciliarista.<sup>137</sup> El Imperio, por su parte, incapaz siquiera de formar un Estado cohesionado en su solar natural, fue perdiendo fuerza frente a los reinos que acertaban a cohesionarse hasta convertirse en cargo poco menos que honorífico.

En el orden interno, por su parte, el sistema feudal se va a ver abocado a la crisis como consecuencia del agotamiento de su sistema de producción. La economía feudal, básicamente primaria y autárquica, resultará incapaz de incrementar la producción de excedentes para la clase dominante. Un sistema que sólo permite la producción propia para la supervivencia sin ninguna posibilidad de acumulación o mejora no resultaba propenso a aumentar la productividad. El crecimiento natural de las clases señoriales desbordaba las posibilidades de sus súbditos. Por otra parte, y a raíz tanto de las cruzadas como de los nuevos descubrimientos geográficos, las actividades comerciales van a alcanzar una dimensión desconocida hasta entonces. La concentración de pro-

<sup>137</sup> Vid. Cabo Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. I, Formas precapitalistas y Estado moderno, Barcelona, 1988, pp. 261-265.

ductores de mercancías destinadas al intercambio y que obtenían sus beneficios en dinero actuaban como elemento distorsionador del panorama medieval de los feudos autárquicos. Junto a estos feudos, además, comenzaba a asentarse un nuevo grupo social dedicado específicamente al comercio: los burgueses. Estos burgueses con su actuación y movilidad contribuyeron a crear nuevas realidades comerciales y políticas que superaban la estrechez de los antiguos feudos; el establecimiento de mercados mayores reclamaba unidades de dominación mayores, y estas unidades no podían funcionar ya en una total descentralización y particularismo. Se requería, ahora, un Estado capaz de centralizar y unificar el poder para hacer posible el desarrollo de las nuevas formas económicas. Para todo ello, es requisito imprescindible aumentar el poder del Estado.<sup>138</sup>

Liberados los reinos de la injerencia papal e imperial, y desmantelado el antiguo sistema feudal de reparto territorial de poderes, nos encontramos ya ante el Estado moderno.

Este proceso no es simultáneo ni idéntico en todas las naciones europeas. Mientras Francia o España centralizaron el poder en el monarca con exclusión de las demás fuerzas políticas y en Italia ni siquiera se consiguió formar un Estado moderno hasta el siglo XIX, en Inglaterra la relación entre nobleza y rey se va a articular a través de una institución radicalmente distinta de las cortes continentales, el Parlamento. Este Parlamento, compuesto por el rey y sus nobles (después divididos en lores y comunes), es el que va a centralizar finalmente la soberanía. Será un poder único, pero un poder que resulta del equilibrio de fuerzas entre rey y nobles y de la preponderancia final de estos últimos; las razones de esta distinta evolución son variadas: existencia de un feudalismo centralizado, impuesto desde arriba por la conquista normanda, lo que da lugar a una nobleza también centralizada en un Parlamento, mayor seguridad del rey que le lleva a delegar las funciones legislativas al Parlamento concentrándose en las ejecutivas, inclinación de la nobleza hacia el comercio y la explotación de la tierra que hace que

138 Esta unificación, centralización y aumento del poder del Estado se ha interpretado de dos formas contradictorias: 1) como signo evidente de que la monarquía se dispuso a servir a los intereses burgueses para luchar contra los poderes intermedios; 2) como un intento de adaptación de las clases feudales. Esta última posición interpreta la imposición sobre las clases no señoriales como una renta feudal centralizada y la represión de las revueltas campesinas como una defensa del orden feudal.

no pierda poder, inexistencia de un ejército de tierra con el que imponerse a estos nobles (la defensa exterior la realiza la flota), preexistencia de ciertos caracteres en la justicia anteriores a la conquista normanda (“inmemoriales”), avatares dinásticos y enfrentamiento con Escocia, etcétera.

En lo que aquí importa, el resultado de todo este proceso es una organización política que, a diferencia de la medieval, tiene una influencia permanente sobre la organización de la vida social, que se identifica de forma más clara con un determinado territorio (la frontera se hace línea de demarcación y no zona de defensa), cuya dominación aparece como unificada e independiente en lo exterior y en lo interior, y que se sirve de medios propios para actuar.

El Estado, que anteriormente se había ocupado fundamentalmente de los asuntos de guerra y constituido un elemento de integración ideológico y una especie de última instancia judicial, pasará progresivamente a dirigir la vida religiosa (con su participación directa en las iglesias nacionales (anglicanismo, galicanismo, etcétera), a intervenir en funciones anteriormente desempeñadas por otras instituciones (educación, beneficencia) y a poner sus medios materiales y jurídicos (funcionarios, tributos y fronteras) a disposición de una determinada política económica: el mercantilismo. Es decir, a integrar un sistema especial de relaciones distinto del que se organiza entre los privados. Esta integración en una esfera independiente no puede ser todavía total, desde el momento en que falta uno de sus requisitos básicos, el de que los ciudadanos estén en un plano de igualdad horizontal entre sí y de inferioridad jerárquica frente a él. La existencia de clases nobiliarias con sus privilegios, aún a medio camino de lo público y lo privado, explica que no exista todavía una separación clara entre ambas esferas. Sin embargo, existen ya elementos que inconfundiblemente se corresponden con lo que será el ámbito público de actuaciones de la modernidad.

Las mencionadas características de centralización, unificación y fortalecimiento del poder van a acarrear la separación de las esferas de la economía y de la política. El Estado se vuelve autónomo o particularizado “formalmente separado del proceso de circulación del capital [...] toda vez que las formas de producción capitalista excluyen la coerción extraeconómica del circuito del capital (o que al menos la subordinan a la lógica de las fuerzas del mercado, expresión de la ley del va-

lor".<sup>139</sup> Además, este Estado no se corresponde exactamente con la forma de producción social, ya que va a institucionalizar formas de propiedad e imposición que no se corresponden todavía con el desarrollo de las relaciones económicas.<sup>140</sup>

Podemos agrupar estos cambios del Estado frente al anterior sistema de dominación en torno a cuatro grandes temas:

1) Las formas de representación: las cortes y parlamentos que van a vivir en permanente tensión con las monarquías, evolucionan desde poco más que consejos áulicos hasta cámaras de representación de concretísimos intereses económicos de grupo en las que se debate fundamentalmente la imposición de los tributos. En estas cámaras, además, la necesidad del monarca de lograr una decisión favorable estimulará la adopción de la regla de mayorías.

2) Las formas de intervención del Estado: a) el Estado ya no va a intervenir en la vida pública de una manera no formal o espontánea, sino que va a institucionalizar su actuación mediante una burocracia permanente que pasa a encarnar la existencia del Estado y que permitirá con su actuación racionalizada extender el control estatal sobre territorios más amplios; b) además, el Estado va a concentrar su actuación en una técnica concreta: la imposición tributaria. Se separaban así definitivamente los haberes de la Corona, de los fondos del Estado; los impuestos van a ir adquiriendo progresivamente un carácter general y abstracto, lo que permitirá una planificación más racional de la actividad económica; c) para el funcionamiento de esta burocracia se hizo necesario que el Estado abandonase sus formas erráticas de actuación y decisión y se sometiese a un solo patrón de comportamiento, en definitiva, que actuase conforme a derecho: este derecho será, lógicamente, en un ambiente de revalorización del mundo clásico, el derecho romano. Derecho que, de un lado, permitirá el libre desenvolvimiento de la economía gracias a su concepción incondicional de la propiedad (*ius utendi et abutendi*) y, de otro, sustentará al monarca en sus intentos de centralización del poder (*quod principi placuit...*).

139 Jessop, Bob, *State Theory. Putting Capitalist States in their Place*, Cornwall, 1990, p. 206.

140 Sobre la no correspondencia, Hindess y Hirst, *Pre-Capitalist Modes of Production*, Londres, 1977.

3) La articulación de los poderes en el Estado: la principal reorganización del poder dentro del Estado se encuentra en el poder en su forma más pura, en el ejército. Efectivamente, frente al ejército medieval compuesto de señores guerreros y de los hombres con que éstos respondían a los requerimientos reales. Las nuevas técnicas guerreras que hacen perder importancia a la caballería,<sup>141</sup> exigiendo una infantería con disciplina y pericia en los movimientos estratégicos y en el manejo de las armas de fuego, determinaron la aparición de un ejército profesional permanente, al que había que pagar en metálico (soldados), gasto del que pasó a ocuparse la Corona con lo extraído por la tributación, perdiendo así la dependencia militar de los antiguos señores guerreros.

4) Un nuevo proyecto global: *gloria mundi, grandeur*. Frente a las ideas de dominación pasiva y de conformidad propias de tiempos medievales,<sup>142</sup> el nuevo Estado renacentista va a proclamar un ideal de acción, de triunfo. El nuevo Estado exige nuevas formas dinámicas de actuación que le lleven al predominio internacional. El Estado requiere de sus súbditos entusiasmo, patriotismo. Petrarca lanzará el tópico en la forma “*vera virtus, dignam gloriām non recuset*” que luego conocerá incontables manifestaciones en todo tipo de exaltaciones de ciudades, naciones, regiones, caracteres nacionales, etcétera.

En resumen, podemos indicar que la construcción del Estado moderno con las alteraciones de toda índole que se produjeron durante las formaciones sociales europeas en el Renacimiento, aportaron siete elementos distintos a la conceptualización del ámbito de lo público: 1) el establecimiento de un sistema de representación ante el poder, 2) la actuación del Estado mediante un aparato especializado, 3) la generalización de la técnica tributaria como mecanismo, simultáneo, de dominación y financiación del Estado, 4) la fijación de las formas de actuación estatal en normas con vocación de permanencia: en derecho, 5) la reorganización del ejército y su pretensión de monopolio de la

141 Como ha señalado C. de Cabo Martín (*Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. I, Formas Precapitalistas y Estado moderno, pp. 303 y 304), esta transformación y la dislocación que arrastró en la forma de entender la vida de las clases señoriales, aparece magistralmente reflejada en *El Quijote*, un caballero andante en tiempos de soldados (que reciben sueldos), dos formas distintas de racionalidad que se han hecho incompatibles. Igualmente, puede ponerse este hecho en relación con la afirmación citada de Loyseau (*vid. p. 63*) sobre los soldados como “conservadores del Estado”.

142 *Non decet regiam maiestatem, suam ponere felicitatem in gloria* (Aegidio de Roma), *humanae gloriae cupido animi magnitudinem auferit* (Sto. Tomás).

violencia, 6) la creación (con mayor o menor éxito) de un espíritu “nacional”, y 7) la fijación de unos objetivos de política económica para el conjunto del Estado (inicialmente, posesión de metales preciosos).

### B. *La separación Estado-sociedad: la aparición del mercado y la justificación liberal*

Todos los rasgos citados como caracterizadores de la esfera de lo público conocieron un proceso creciente de profundización a lo largo del periodo absolutista.<sup>143</sup> Una vez concluida la labor de unificación del poder en el Estado realizada por el absolutismo, el liberalismo va a aportar el resto de condiciones necesarias para una distinción complementaria entre lo público y lo privado.

Con el liberalismo, el ámbito de lo privado se va a constituir en torno a tres elementos fundamentales: el trabajador libre, la propiedad privada y el mercado. Los trabajadores que actúan sin restricciones de cuerpos intermedios (gremios) y que, además, se presentan en el mercado despojados de los instrumentos de producción, es decir, sin propiedad privada sobre la tierra o las instalaciones de explotación de la naturaleza pueden ofrecer al libre intercambio entre privados: su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración (salario).

La propiedad privada, la apropiabilidad de la naturaleza, es el otro elemento esencial de la esfera privada, ya que es la riqueza y su acumulación la que permite obtener el trabajo de otros hombres en el libre intercambio de bienes por fuerza de trabajo.

El mercado, por último, es el punto de unión de ambos en el que se produce el intercambio primario de bienes (de dinero) por trabajo, y secundariamente de unas mercancías por otras. Este mercado es, también, un ámbito privado de no injerencia estatal en el que libremente tratan los particulares. Sigue, sin embargo, que la unión de estos elementos transforma el conjunto en una realidad muy diferente de la de formaciones sociales anteriores. Es decir, que la propiedad privada de la

<sup>143</sup> Anderson, Perry, *El Estado absolutista*, Madrid, 1989; Musi, A., *Stato e pubblica amministrazione nell'Ancien Régime*, Nápoles, 1979; Barker, E., *The Development of the Public Services in Western Europe, 1660-1930*, Nueva York, 1945. Para el caso español, la obra fundamental de Vicens Vives, J., “Estructura administrativa estatal en los siglos XVI y XVII”, *Coyuntura económica y reformismo burgués*, Barcelona, 1969, pp. 99 y ss.

que pasa a ocuparse el derecho liberal no es ya la propiedad tesoro del mundo antiguo, ni el capital por excelencia el inmobiliario, sino que a lo que debe hacer frente la realidad jurídica es a una propiedad que es mercancía y a un capital que es básicamente capital mobiliario bajo distintos instrumentos jurídicos (sociedades, acciones, participaciones, etcétera).

El adecuado funcionamiento de esta construcción exige como contrapartida necesaria la estructuración de una autoridad pública encargada de ofrecer las condiciones necesarias para este intercambio: básicamente, el establecimiento de un marco jurídico previsible, la organización de la coacción/sanción al cumplimiento/Incumplimiento de lo pactado y el mantenimiento del orden público.

Al igual que es la propia naturaleza del sistema capitalista de producción e intercambio de mercancías la que precisa de una determinada construcción de lo público (o que sólo es compatible con algunas de estas posibles construcciones), la doctrina liberal hará depender la propia organización de lo público de la naturaleza de la propiedad. Efectivamente, Locke, por ejemplo, va a defender el carácter natural de la propiedad como resultado del trabajo. Propiedad que además debe servir para la satisfacción de las necesidades no sólo presentes sino también futuras, y es precisamente en relación con esta necesidad de acumulación como se justifica la aparición misma del Estado. De las tres condiciones citadas como necesarias para el intercambio y recomendadas al Estado, la doctrina liberal va a destacar únicamente la tercera y hará sus conocidas afirmaciones en torno a su carácter de “guardián nocturno”, etcétera. Sin embargo, no conviene olvidar que es el conjunto de relaciones de producción e intercambio el que precisa de todas las estructuras calificadas como “públicas” y no sólo de su aparato represor.

La caracterización básica del nuevo Estado burgués que el ordenamiento constitucional se propone organizar, consiste, precisamente, en la separación entre las esferas del Estado y de la sociedad. Separación con la cual, se ha dicho, la sociedad hace su entrada en la historia.<sup>144</sup>

144 En Grecia o en Roma la política (propia, diríamos hoy, del Estado) y la moral (propia de la sociedad) aparecían indisolublemente unidas. No se concebía una actuación política que no lo fuera a la vez social y, sobre todo, no se concebía una actuación ciudadana sin repercusiones políticas. Hombre y ciudadano formaban un todo porque sólo el segundo era un auténtico hombre, el que no era ciudadano era un bárbaro (un meteco), una mujer o un esclavo (Cfr., en este sentido,

Las consecuencias políticas y jurídicas de esta nueva dualidad se analizan en el punto 2 de este mismo capítulo.<sup>145</sup> A continuación, se resume brevemente la valoración e interpretación liberal de la existencia de estas dos realidades diferenciadas de lo público y lo privado. Realidades que, como se verá, son consideradas por los pensadores liberales como esferas apartadas una de otra, y con relaciones de práctica hostilidad. El resto de este capítulo, sin embargo, pretende demostrar cómo ambas se encuentran en una necesaria interrelación y cómo es, precisamente, la Constitución el instrumento jurídico que actúa de nexo configurador de una y otra.

la oposición / , en el primer sentido, como ciudadano (por ejemplo, Píndaro, Oda 6, 16, Tucídides 7, 77, etcétera), en el segundo como esclavo (Platón, Leyes, 933 d). La progresiva separación de la esfera política de otras realidades (moral, religión) dio lugar a una ciencia especial, la ciencia de la política, cuya lógica trató de mostrar Maquiavelo con sus obras. La separación que, a su vez, sufre la sociedad de la política dará lugar al nacimiento de una ciencia nueva: la sociología. Esta separación que, en el plano teórico, recogieron inicialmente los fisiócratas (M. de la Rivière, Dupont de Némours, etcétera) se correspondió igualmente con una nueva valoración de esta faceta no política de la vida social. El Estado se convierte en origen de todos los males de la sociedad y, por tanto, en el enemigo al que combatir. El Estado, se dirá, debe reducirse a su mínima expresión (a un vigilante nocturno, Lassalle) para permitir el libre desenvolvimiento de la sociedad). Estos planteamientos que distinguen entre una parte social y otra estatal en las formaciones históricas se denominaron inicialmente física social o química social o mecánica social. En 1883, Augusto Comte publica su *Curso de filosofía positiva* y denomina a una parte de sus estudios con la palabra "sociología". Paralelamente, se va a independizar la vida económica de la actuación del Estado. Mientras el mercantilismo era la práctica económica del Estado, la nueva economía, la que estudian los manchesterianos, no es del Estado sino de la sociedad. Economía y sociología se configuran así como ciencias característicamente burguesas. En ambas va a predominar la misma lógica abstencionista que los burgueses defienden frente al anterior sistema absolutista dominado por aristocracia y casas reinantes. En opinión de los fisiócratas, la economía se regula en un mercado libre por la oferta y la demanda que racionalizan el proceso productivo. De este modo, los egoísmos individuales configuran el bien común, y la actuación en pro de los intereses de cada uno se convierte en "una mano invisible" que lleva la economía hacia la prosperidad y el aprovechamiento óptimo de los recursos. Para conseguir "la riqueza de las naciones" no es preciso ningún comportamiento activo del Estado, solamente "*laissez faire*". Esta misma lógica se aplica a la sociedad. La sociedad, dejada a su libre actuación, genera verdades colectivas resultado del mercado social de las ideas. Es la opinión pública que sirve para decidir sobre la marcha de la realidad política. "Contemplado desde el prisma del estado, la relación del capital se oculta y la lucha de clases se difumina, las clases aparecen atomizadas en una masa de ciudadanos individuales —'el público'—, la conciencia de clase se fragmenta en 'opinión pública' que debe expresarse individualmente a través de las encuestas de opinión y las urnas", Holloway, John y Sol Picciotto, "Capital, Crisis and the State", *Capital and Class*, núm. 2, verano de 1977, p. 80.

145 Pp. 95 y ss.

### C. La interpretación liberal de estos hechos: la percepción de las esferas de lo público y lo privado, su importancia relativa y la crítica marxista

El liberalismo, en general (sin entrar a considerar las consecuencias jurídico-políticas que ello entraña)<sup>146</sup> tomará estos hechos (el de la existencia de un aparato estatal centralizado y la configuración de la sociedad como un cuerpo independiente de las relaciones políticas) como uno de los postulados básicos de toda su interpretación de la realidad. Para los liberales, pues, la separación de las esferas de lo público y lo privado refleja, *a priori*, la existencia de dos realidades bien distintas: por un lado, los individuos, los ciudadanos particulares y, por otra, el Estado entendido fundamentalmente como aparato burocrático.

Esta división de la realidad va acompañada de una concreta interpretación no sólo valorativa, sino también epistemológica, porque, para los liberales, no cabe duda de que el individuo constituye la unidad básica del análisis.<sup>147</sup> Como es sabido, todos los contractualistas liberales parten de un estado de naturaleza en el que unos individuos perfectamente equiparables a los hombres reales de carne y hueso contemporáneos del autor desarrollan su existencia en las diferentes condiciones que los diversos autores imaginaron como reinantes en dichas sociedades naturales.<sup>148</sup> Es en atención a los correspondientes problemas que origina esta vida en estado natural como se arbitran las distintas soluciones.<sup>149</sup> Lo que interesa destacar aquí no es el diferente carácter de cada una de estas sociedades, o las distintas soluciones arbitradas para la entrada en el estado civil, sino el hecho de que estas sociedades imaginarias no son más que el agregado natural de diferentes individuos; es decir, que las sociedades no tienen una existencia de ningún tipo al margen

146 Consecuencias que se exponen en la sección III, 2, B, pp. 116 y ss.

147 Los temas de toda esta sección aparecen tratados en dos trabajos no publicados de Juan Carlos Rodríguez Pérez (estudio muy sugestivo y que se sigue de cerca en esta sección, particularmente en la prolongación que hace de estas tesis liberales clásicas sobre el neoliberalismo) y de Ángel Sánchez, que, este último, tuvo la amabilidad de facilitarme. Cfr. Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, Madrid, 1988, p. 55: “El objeto de este ensayo [...] [lo constituye] la naturaleza y los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo”.

148 Por ejemplo, Locke, John, *Second Treatise on Government*.

149 La propia portada del *Leviatán* nos ofrece al soberano como una persona formada por una multitud de pequeños individuos. Estas sociedades naturales se conciben como hipótesis explicativas causales, por lo que siempre deben dar paso a otra situación distinta que es la que pretenden explicar.

del carácter de los individuos que las forman, o, lo que es lo mismo, que las sociedades son la reproducción ampliada del tipo de individuo que cada contractualista postula.<sup>150</sup>

Desde esta posición individualista, las diferentes instituciones sociales se comprenden en forma instrumental, en el sentido de que se les considera medios para la consecución de determinados fines individuales. El Estado, pues, queda incluido dentro de este tipo de razonamiento, por lo que la primera cuestión que, necesariamente, debe abordar el planteamiento liberal es cuáles son esos fines individuales a los que sirve el Estado.

El fin básico que consideran los liberales para el Estado es el de proporcionar las condiciones necesarias para que sea posible el ejercicio de la libertad individual. El Estado debe existir en cuanto sirva para aumentar la esfera de libertad de los ciudadanos y desaparecer en cuanto suponga un obstáculo para la misma.

Dado que los contractualistas liberales han postulado un estado de naturaleza en el que la libertad primigenia del hombre se ve conculcada por la violencia que generan los enfrentamientos interpersonales, la función básica que reconocerán al Estado será la de garantizar la seguridad. Es decir, que el Estado debe garantizar que los individuos puedan interactuar libremente en la sociedad (lo que, en términos reales, im-

150 Esta misma postura, como adecuadamente señala Juan Carlos Rodríguez Pérez en el trabajo citado, sigue hoy vigente para ciertos neoliberales ya que, en contra de la afirmación básica de cualquier sociología de que el conjunto (la sociedad) es algo más que la suma de sus partes (los individuos), estos autores insistirán en que la sociedad no conoce otra existencia que la de la suma de los individuos que la componen. Por ejemplo, Milton Friedman, *Capitalism and Freedom*, The University of Chicago Press, 1982, p. 1: "Para el hombre libre, el país es la reunión de individuos que lo componen, no algo por encima y más importante que ellos". Las evidencias que parecen apuntar a acciones individuales socialmente orientadas o a las acciones de grupo se explican sin abandonar este esquema original. Hayek afirma que los fines sociales se comprenden mejor con "una coincidencia de fines individuales que aconseja a los hombres ponerse de acuerdo para lograrlos" (Hayek, Friedrich A., *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza, 1976, p. 90). La teoría de la acción social de Olson se basa igualmente en la acción más o menos racional de los individuos. La persecución de los bienes colectivos no se produce porque los hombres sean más o menos solidarios o por que su comportamiento esté socialmente orientado. Refiriéndose a los *latent groups* afirma que "sólo los incentivos selectivos e individuales pueden estimular a un individuo racional a actuar [...] con una orientación de grupo" (Olson, Mancur, *The Logic of Collective Action*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, p. 51). Lo que implica que los individuos sólo responden a motivaciones individuales. Según Olson, hasta la coerción resulta necesaria para que los individuos actúen socialmente (*ibidem*, p. 91). Con todo, conviene advertir que esta tesis no es aplicable a todo el liberalismo en general, sino principalmente al denominado individualismo posesivo (básicamente el de raíz anglosajona), toda vez que una idea genuinamente liberal como la de "nación" presupone precisamente lo contrario, la existencia de un ser social al margen de los individuos que lo integran. Lo mismo sucede en la denominada "teoría económica" del sufragio.

plica el que tengan la posibilidad de realizar intercambios libres en el mercado).<sup>151</sup>

Naturalmente, los teóricos del liberalismo fueron conscientes de que la seguridad no proviene exclusivamente de la falta del ejercicio de la violencia por parte del resto de particulares, sino de la existencia de un marco legal estable que permitiera la existencia de una certeza jurídica para los actos propios y ajenos.<sup>152</sup>

En último término, la seguridad en el tráfico jurídico proviene de la posibilidad de obligar al cumplimiento forzoso de los contratos reclamando, si es necesario, para ello, la intervención del Estado.<sup>153</sup> El Estado sirve así como mecanismo para la satisfacción de un interés privado, aquél que llevó a entablar la relación contractual.<sup>154</sup>

Este binomio de libertad y seguridad sirve para delimitar la posible expansión de las actividades estatales, en el sentido de que se considerarán legítimas aquéllas que no se inmiscuyan en el área de la libertad individual. La interpretación liberal de las posibles intrusiones es notablemente estricta, por lo que, en la práctica, apenas considera legítimas las políticas que, aunque sirvan fines de justicia redistributiva o de bienestar social, lo hagan a costa de violentar las libertades burguesas.<sup>155</sup>

En definitiva, que existen dos esferas de actuación: una para el Estado y otra para los individuos, que aunque conviven en el conjunto

151. Es lo que explicitamente afirma, por ejemplo, Hobbes en el *Leviathan* e, implícitamente, lo que deduce Locke de su "Commonwealth" (*Second Treatise on Government*, párrafo 21). En esta misma línea se manifiestan los neoliberales. Friedman estima que el Estado debe mantener la ley y el orden "para evitar la coerción de unos individuos por otros" (p. 27).

152. Este marco legal incluye una definición de los derechos de propiedad y la creación de un sistema monetario (Friedman, *Camino de servidumbre*, p. 26).

153. Hayek, Friedrich A., *Los fundamentos de la libertad*, Valencia, 1961, p. 260.

154. El liberalismo clásico no se planteó de forma explícita el por qué este tipo de condiciones debía facilitarlo una instancia exterior al propio mercado, y ello porque su propio planteamiento contractualista constituía la más evidente respuesta. El Estado debía encargarse de ofrecer esta seguridad, sencillamente, porque los individuos por sí mismos no habían sido capaces de hacerlo (dejando al margen las causas psicológicas, éticas o de otra índole que se aleguen para ello), lo que constituye el origen mismo del contrato social. El Estado venía a resolver un problema que se consideraba real y existente en un pasado (ya fuera histórica o sólo lógicamente anterior). El neoliberalismo, en cambio, abandonado en buena medida el contractualismo original, construye su respuesta en términos de *indivisible matters* (Friedman, *Camino de servidumbre*, p. 23): existen ciertos bienes (defensa nacional, seguridad interna) que no es posible distribuir impersonal y proporcionalmente por el mercado y cuyo resultado final debe ser una suerte de norma aplicable a todos los individuos. O, según Olson (*The Logic of Collective Action*, 1971) que sólo las instituciones coercitivas como el Estado pueden proporcionar estas precondiciones para la acción individual.

155. Cf. Hayek, Friedrich A., *Los fundamentos de la libertad*, p. 260.

de la realidad total, tienen, desde el punto de vista liberal, una muy diferente significación. En primer lugar porque, ontológicamente, los individuos son necesarios, su existencia no remite a una existencia anterior que lo justifique (explicaciones religiosas, al margen), mientras que el Estado es contingente, su existencia es el resultado de una decisión de los individuos,<sup>156</sup> decisión que no se considera universalmente válida sino sólo deseable. En segundo lugar porque, teleológicamente, los individuos persiguen fines propios o, en terminología liberal, son un fin en sí, mientras que el Estado es sólo un instrumento para la realización de los fines antes citados, su existencia es por tanto derivada o instrumental. Por decirlo en palabras de un liberal contemporáneo, “Los límites de esta esfera vienen determinados por la amplitud que alcance el acuerdo de los particulares sobre sus fines particulares”.<sup>157</sup> De esta forma, la razón para limitar estrictamente el papel del gobierno parte de la idea primera de que son los individuos los que constituyen la unidad básica de análisis. Para que se pueda seguir actuando con la máxima libertad, el grado de coerción que aplica el Estado debe rebajarse hasta sus niveles mínimos necesarios.<sup>158</sup>

Una vez reconocida la necesidad de que el Estado ejerza este grado limitado de coerción, se plantea el problema de la legitimidad con la que puede hacerlo. Esta legitimidad proviene del contrato (implícito o explícito) al que los individuos han prestado su consentimiento. Este planteamiento en el que la legitimidad de la actuación no es objetiva, sino subjetiva, es una causa más para abogar por la limitación de las actividades del Estado. En pura teoría, el Estado sólo podría actuar en aquellas áreas en las que existe una unanimidad perfecta sobre la necesidad de su intervención. En la medida en que va ampliándose este campo de actividades se hace cada vez más difícil lograr el consenso con la correspondiente merma de legitimidad. Como señala Hayek,<sup>159</sup> si para una determinada política pública no existe un consenso más que del 50%, ello implica que la mitad de la población verá ilegítimamente restringido el ámbito de su libertad individual.

156 Es una creación artificial, como se deduce de todas las metáforas maquinistas en relación con el Estado (como reloj, como engranaje, como sistema solar, etcétera).

157 Hayek, Friedrich A., *Camino de servidumbre*, p. 91.

158 Del reconocimiento de la falibilidad humana se deriva la aceptación de la imposibilidad de una libertad absoluta. Ahora bien, cualquier restricción de la libertad debe entenderse siempre como un mal menor (Locke).

159 Citado por Juan Carlos Rodríguez Pérez.

Lo que permite a los liberales hacer esta afirmación es la creencia de que una ampliación de la esfera pública implica necesariamente una disminución de la privada. O, lo que es lo mismo, que no es posible que ambas aumenten simultáneamente (aunque sea en distinta magnitud). La limitación natural del universo hace que nos encontremos ante un sistema de recursos escasos que sólo es posible *distribuir*, y no ante un conjunto de relaciones que se *produzcan* socialmente. El individuo como ser natural tiene ya estructuradas sus relaciones posibles que deben encajar bien en el ámbito de la libertad (lo privado), bien en el de la coacción (el Estado). La esfera de lo privado se entiende típicamente como del perímetro a un centro irreductible de la personalidad, siendo público lo que queda al margen de él. La única posibilidad de aumentar la esfera pública es a costa de reducir el radio de la esfera privada.<sup>160</sup>

Estos mismos hechos recibieron una interpretación radicalmente distinta en autores como Marx y Engels. En primer lugar, Marx no cree que pueda existir un individuo aislado de toda formación social, sino que lo único que existen son individuos insertos y definidos en un determinado sistema de relaciones sociales.<sup>161</sup> Así lo afirma Marx expresamente: “El individuo es el ser social [...]. Así pues, el hombre, aunque se trate de un individuo en concreto —y es precisamente su particularidad lo que le define como individuo y como un individuo social real— es, al tiempo, la totalidad, la totalidad ideal, la existencia subjetiva de la sociedad que piensa y siente por sí mismo”.<sup>162</sup>

Sin embargo, en las sociedades de clases, el vínculo entre individuo y formación social aparece oculto por el hecho de que la competencia existente entre clases y dentro de cada clase por la obtención de la

160 Por el contrario, como se verá en las secciones siguientes, ambas esferas no son mutuamente excluyentes en el sentido que pretende esta teorización liberal, sino que se caracterizan precisamente por las complejas interrelaciones que existen entre ambas. Además, se expondrá cómo ambas han crecido simultáneamente respondiendo a las nuevas relaciones sociales. O, dicho en otros términos, que no existe un ámbito petrificado de las relaciones sociales que se divide con un mecanismo de suma de cero en dos esferas distintas (pública y privada), sino que, por el contrario, la amplitud misma de la clasificación viene determinada por los respectivos intereses que subyacen a la división y a cada una de sus partes. En un caso extremo, la ampliación de lo público en la sociedad imperial romana, no sólo no redujo el ámbito de lo privado, sino que, muy al contrario, fue la causa misma de su nacimiento (eso sí, en detrimento de la vieja organización “civil” republicana romana).

161 Howard, M. C. y J. E. King, *The Political Economy of Marx*, Londres, 1986, p. 21.

162 Marx, Karl, *Manuscritos de economía y filosofía*, Madrid, 1968, pp. 146 y 147.

riqueza, coloca en primer plano la satisfacción de las necesidades individuales (la producción y reproducción de cada individuo como miembro de su clase), ocultando la existencia de fines sociales comunes, y la sociabilidad esencial del ser humano.<sup>163</sup> Muy al contrario, la sociedad aparece atomizada en una aparente lucha de todos contra todos (a la que los pensadores liberales colocan en un pasado inconcreto: el estado de naturaleza) que oculta de un lado la coincidencia esencial de todos los hombres y de otra su estructuración actual en clases.

Los individuos se ven sometidos a un proceso de alienación política merced al cual interpretan el trabajo social como un mecanismo de mejora individual<sup>164</sup> y no su trabajo individual como una forma de relación colectiva del hombre con la naturaleza. El trabajo, que es social por naturaleza, se vuelve un asunto privado. El fruto del trabajo se reifica e independiza, la relación laboral se convierte en un intercambio de salarios por tiempos de trabajo.

Marx dirá que sólo una vez que se haya terminado con la apropiación privada de la producción que se realiza en el capitalismo dentro de las empresas,<sup>165</sup> mediante el comunismo, podrá el hombre recuperar, superada la propiedad privada, su condición de ser social-genérico.<sup>166</sup>

La alienación humana se percibe igualmente dentro de la esfera pública. Toda vez que en la sociedad dividida en clases, el poder político, según la interpretación marxista, no es otra cosa que “la violencia organizada de una clase para la explotación de otras”.<sup>167</sup> El poder político en estas sociedades no se corresponde, por tanto, con el poder social, sino con un mecanismo particularizado de control de una clase sobre otra, pese a lo cual dicho poder es percibido, alienadamente, como público.

Ahora bien, según Marx, no es este poder político alienado la única forma en que es posible concebir el poder público. Así, por ejemplo, se deduce de las palabras de Marx de que “Una vez que las diferencias de clase han desaparecido, el poder público pierde su carácter político”.<sup>168</sup> Este tipo de poder público es un poder de gestión social que

163 Rubio Llorente, en *ibidem*, p. 34.

164 Tal como efectivamente afirman diversos pensadores liberales, lo que se ha puesto en relación con una “ética del trabajo”.

165 Marx, *Manuscritos de economía y filosofía*, Madrid, 1968, p. 52.

166 *Ibidem*, p. 143.

167 Marx, K. y Engels, F., *Manifiesto del Partido Comunista*, Moscú, 1985, p. 59.

168 Marx, *Manuscritos de economía y filosofía*, p. 59.

no responde a la dominación del conjunto de la sociedad por una de sus partes (una clase). La sociedad saldría de este modo de su alienación en el ámbito de lo público.

De esta forma, es posible referirse a una “alienación política” en el mismo sentido que se habla de alienación humana para expresar la perdida de control sobre sus propios actos. La sociedad carece de control sobre sus propios asuntos: es una clase, una entidad particular o privada la que ejerce el poder sobre el conjunto de la sociedad. En este sentido, podemos interpretar la alienación de la sociedad como una separación de la misma del Estado (como forma de poder público). Por ejemplo, esta alienación (separación) aparece claramente expresada en el *Dieciocho de Brumario* “Francia, donde el Estado controla, regula, conserva y mantiene a la sociedad civil atada, desde las más amplias expresiones de la vida hasta su más insignificante vibración”.<sup>169</sup>

Esta separación de la sociedad, del ser social de los individuos, del poder público se observa en forma particularmente acusada en las sociedades capitalistas. En las sociedades feudales, como hemos visto, el poder político se muestra más difuminado en el interior de la estructura social: diferentes corporaciones poseían un más alto grado de autonomía; igualmente, los gremios, etcétera, mantenían estructuras propias revestidas de ciertas cotas de poder político. Por el contrario, en las sociedades capitalistas, la burguesía consiguió hacerse con un auténtico Estado centralizado que incrementaba progresivamente la separación entre los medios de producción (la propiedad) y la población y, paralelamente, entre poder político y ser social.<sup>170</sup>

Las afirmaciones marxistas contra el Estado tienen como objetivo este tipo de Estados. En apariencia, Marx y los liberales coinciden, en ocasiones, en su consideración del Estado como instrumento de opresión de la sociedad civil.<sup>171</sup>

Como es sabido, sin embargo, no es ésta la única visión del Estado que maneja Marx. Frente a la posición antiestatalista (por opresor de la sociedad), Marx ofrece también una postura instrumental o estraté-

169 Marx, K., *El dieciocho de brumario de Luis Bonaparte*, Madrid, 1985, p. 285.

170 Marx, K. y F. Engels, *Manifiesto del Partido Comunista*, p. 41.

171 Vid n. 169.

gica en la que considera al Estado como un instrumento necesario para establecer su dominio social y político sobre el capitalismo burgués.<sup>172</sup>

Marx, por tanto, posee una comprensión especial de los conceptos de público y privado. Lo público tiende a coincidir con la esencia social del hombre: por ello, un poder auténticamente público sólo puede alcanzarse cuando la sociedad sea su propio dueño. En dicho momento, la alienación en su forma política habrá desaparecido. Al partir de la sociedad como dato básico de la investigación, al considerar el ser social como presupuesto para el desarrollo de cualquier individualidad, lo público se muestra como el requisito imprescindible de la existencia humana como hombre, mientras lo privado, *per se*, como negación de lo público, no es más que la existencia del hombre alienado.

Por ello, Marx interpreta lo privado en un doble sentido: como los intereses miopes de los individuos egoístas y, en un sentido más amplio, como la apropiación particular de un clase del poder público, que corresponde al conjunto de la sociedad. En palabras del *Dieciocho de brumario*: “Todo interés común quedó separado inmediatamente de la sociedad y opuesto al mismo como un interés general y superior [...] pasando a ser objeto de la actividad del gobierno”.<sup>173</sup> El interés común pertenece a la sociedad, el interés general es la forma eufemística del interés privado de clase a que sirve el gobierno.

La privacidad, como esfera de la vida de los individuos alienados, en competencia con otros “individuos atomizados”, carece de sentido en un mundo futuro. En palabras de Howard and King: “El individuo pasará a ser un producto universal de lo social y lo social no será otra

172 En el *Dieciocho de brumario* su actitud es prácticamente la misma. Por ejemplo, afirma que en países como Francia la República burguesa supuso la dominación externa de la burguesía sobre el proletariado, conduciendo, en este sentido, a una clarificación de las posiciones, y por ello mismo a una mejor situación para la revolución de la que, en su caso, podría aprovecharse el proletariado. El programa socialista de transición que figura en el *Manifiesto* ofrece un actitud libertaria más antiestatalista en el análisis que Marx realiza de la Comuna de París. La tesis básica de *La Guerra civil en Francia* es que la clase trabajadora no puede apropiarse sencillamente de la maquinaria estatal tal como es, sino que debe transformarla completamente para poder ejercer su propio poder (Marx, K., *La guerra civil en Francia*, Madrid, 1976, p. 62). La comuna es la forma empírica para acabar con la dominación de clase, suprimiendo el poder del Estado. Podemos decir que es a la forma de poder público a la que Marx se refiere en el *Manifiesto*. Lo que implica la recuperación de la sociedad de su propia dirección: “El régimen de la comuna habría restaurado en el organismo social todas las fuerzas que el Estado parasitario había estado absorbiendo hasta ese momento” (Marx, *La guerra civil en Francia*, p. 69).

173 Marx, K., *El Dieciocho de brumario de Luis Bonaparte*, p. 347.

cosa que las relaciones de estos individuos universales".<sup>174</sup> En este sentido, público (social) y privado (reino de la individualidad) coinciden en la teoría marxista. La fractura que entre ambos establece la sociedad de clases se constituye en el principal obstáculo para que el hombre pueda construir su propia vida y, por ello, en el objetivo final de toda actividad revolucionaria.

Conforme a la interpretación marxista de estos hechos, lo que sucede es que el funcionamiento del mercado tiene como uno de sus requisitos básicos la existencia de fuerza de trabajo a disposición de los capitalistas que deseen adquirirla para sus procesos productivos. Ahora bien, la fuerza de trabajo que entra en el proceso productivo como una mercancía no lo es naturalmente,<sup>175</sup> lo cual implica que debe existir una fuerza coactiva exterior que le obligue a presentarse en tal forma. Dicho papel lo desempeña el Estado, al establecer, en primer lugar, el marco jurídico que obliga a los trabajadores a desempeñar sus labores en la forma concreta en que lo precisan sus empleadores (es decir, como trabajadores libres, desprovistos de medios de producción). Pero es que, además, el Estado se encarga también de la reproducción de la fuerza de trabajo<sup>176</sup> ya que ésta, al no ser una mercancía, no puede ser reproducida a través de los mecanismos del mercado. Aunque el conjunto de los capitalistas precisan de una mano de obra con una serie de condiciones (de educación, adiestramiento, etcétera), cada capitalista, en particular, no está dispuesto a soportar los costos de instrucción si no está seguro de que dichos costos se traducirán directamente en trabajadores para él y no en trabajadores en general. Por ello, debe existir una instancia exterior que se encargue de dicha reproducción (sistemas de educación, seguridad social, asistencia al desempleo, sanidad) de forma autónoma respecto de los intereses directos de cada capitalista. A este interés abstracto de la clase en su conjunto es a lo que los liberales llaman "interés público" (por oposición al interés privado de cada uno de sus miembros) y, a todo lo que con él se relaciona,

174 Citado por Juan Carlos Rodríguez Pérez.

175 Y no puede producirse como una mercancía porque no lo es, sólo actúa como mercancía en el momento de intercambiar su fuerza de trabajo por dinero; sin embargo, cuando no lo hace, es un ser vivo que debe perpetuarse y reproducirse. Para conseguir esta persistencia de los trabajadores en el mercado (su educación, salud, etcétera) se articula un sistema público que socializa los costes de dicha producción y reproducción.

176 Hirsch, Joachim, "The State Apparatus and Social Reproduction: Elements of a Theory of the Bourgeois State", en Holloway, John y Sol Picciotto (eds.), *State and Capital*.

ámbito de lo público al no ser el resultado de la actuación de un mercado de privados, sino la precondition de su existencia. Es decir, que lo público tendría como cometido garantizar la reproducción de la fuerza de trabajo como tal fuerza de trabajo y legitimar ante la misma su propia existencia con la alegación de un interés general. Alegación que adquiere verosimilitud en la medida en que implica, efectivamente, diferentes medidas asistenciales, de ayuda, etcétera, para las clases trabajadoras. Dado que el mercado es la base misma de la estructuración de la forma social liberal y que en él nunca puede faltar su componente básico —la fuerza de trabajo— y, dado también que este mercado se muestra, justamente, incapaz de reproducirla, es por lo que la relación entre las esferas de lo público y lo privado se hace necesariamente sistemática con el liberalismo/capitalismo y constituye el eje básico de organización social.<sup>177</sup>

## 2. LA CONTRADICCIÓN PÚBLICO-PRIVADO Y SU ARTICULACIÓN

### A. *La articulación política*

El conjunto de aparatos e instituciones públicas constituidos gracias a la labor centralizadora y unificadora de la esfera estatal realizada por el absolutismo fue concebido originalmente como un mecanismo al servicio de una élite aristocrática en una fase de desarrollo económico en la que el intercambio era todavía notablemente reducido, dicho en otros términos, para una economía no basada en el intercambio de mercancías sino en el autoconsumo y la tesaurización. Cuando la presión ejercida por las nuevas clases burguesas ascendentes consiga hacerse cargo del aparato estatal, se verá obligada a introducir en él sustanciales reformas destinadas a garantizar la adecuación y fidelidad del mismo a sus nuevos objetivos.

Por ello, se van a introducir en el nuevo Estado liberal dos innovaciones que actúan sobre los planos ideológicos y organizativos de la esfera pública: el nuevo papel político de la opinión pública y la progresiva democratización de las diferentes funciones públicas, primero la legislativa y posterior, y parcialmente, la judicial y ejecutiva.

<sup>177</sup> Cfr. Aumeeruddy, Aboo T., Bruno Latier y Ramón G. Tortajada, "Labour Power and the State", *Capital and Class*, núm. 6, otoño de 1978, pp. 43 y ss.

Como ya se indicó en el apartado anterior, uno de los cometidos básicos de lo público respecto de lo privado es el de crear una situación de certeza jurídica en la que los particulares puedan desenvolver sus actividades. Sin embargo, no basta con que exista una certeza jurídica cualquiera. De ser así, habría bastado con intensificar la concentración legislativa iniciada por el absolutismo. Se trataría, en tal caso, de completar la labor de unidad jurídica consistente en la sistematización de las fuentes: unificación de las fuentes en sentido material no dejando más derecho que el estatal y negando validez al de origen diverso (gremial, eclesiástico, municipal, imperial, etcétera) y unificación de fuentes en sentido formal: no hay más fuente del derecho que la ley, perdiendo su fuerza vinculante tanto las decisiones de los juristas, peritos en derecho y operadores jurídicos en general (salvo cuando la ley remita expresamente a ellas —por ejemplo, los juicios según la equidad—, como las costumbres —salvo en lo que puedan completar a la ley o cuando ésta se remita a aquélla—).<sup>178</sup>

El liberalismo en su práctica económica requiere un determinado tipo de marco jurídico (una especial protección de la propiedad, la posibilidad de reunir determinadas sumas de capital mediante la ficción de las personas jurídicas, por citar sólo algunas de las más obvias) y la posibilidad de adaptarlo en la forma conveniente a las posibles modificaciones de las situaciones concretas de cada coyuntura particular. Sin embargo, estas características no son algo conocido *a priori*, sino el resultado de un determinado ejercicio económico y de una reflexión que se desarrolla con simultaneidad a la creación misma de las nuevas condiciones. Todo ello hace imprescindible un trasvase permanente de ideas de quienes efectivamente están haciendo real el nuevo marco económico a quienes se encargan de estructurarlo jurídicamente. O, lo que es lo mismo, una especial comunicación entre la sociedad y el Estado. A esta vía privilegiada de comunicación entre la sociedad y el Estado se denomina convencionalmente “opinión pública”. Y, efectivamente, esta opinión, pese a ser intrínsecamente privada, es también pública no por ser manifiesta o conocida, sino porque incide en la toma de decisiones públicas. “Sólo cuando el ejercicio del dominio político viene efectivamente subordinado a la exigencia democrática de publicidad, la

178 Cf. Bobbio, Norberto, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Torino [s. f.], pp. 10-12.

opinión pública pasa a adquirir una influencia institucionalizada sobre el gobierno a través de la asamblea legislativa".<sup>179</sup>

Tanto los elementos con los que se configuró materialmente la opinión pública como la reflexión sobre la necesaria publicidad de la actuación legislativa son anteriores al propio liberalismo. Se ha afirmado, no sin razón, que el primer gran ejemplo de la trascendencia de la opinión pública lo representa el protestantismo, un movimiento apoyado sobre la diferente interpretación, que es lo que aquí importa, de un "libro", lo que sólo fue posible desde la difusión masiva del mismo. Movimiento apoyado, además, en una interminable serie de escritos polémicos que inundaron la Europa del siglo XVI. El acto fundacional mismo de la Reforma es un escrito que se somete a la consideración pública en las puertas de la catedral de Wittenberg. Con todo, este mismo ejemplo hace visible la diferencia entre estas manifestaciones previas de la opinión pública y la "opinión pública" en sentido estricto estudiada por Habermas<sup>180</sup> (es decir, "aquel ejercicio de la crítica y del control que el público formado por los ciudadanos ejerce de modo informal —y también formalmente en el curso de las elecciones periódicas— sobre el poder organizado del Estado"). Ya que, pese a toda su repercusión posterior, no deja de ser un asunto específico y delimitado que, por diversas razones, vino a interferirse en la vida política europea y no un canal habitual de relación entre sociedad civil y estructuras políticas. Y, si nos ceñimos a la anécdota, es suficiente recordar que las noventa y cinco tesis estaban escritas en latín.

Esta nueva esfera pública de la sociedad va a traer como exigencia necesaria la publicidad entendida como difusión garantizadora de las decisiones políticas. Publicidad que, inicialmente, supone una conquista frente a la política "secreta", frente a los arcana propios del poder absolutista.

179 Habermas, "Sfera pubblica (Una voce di enciclopedia)", *Cultura e Critica*, Turín, Einaudi, 1980, p. 53.

180 Habermas, J., *Historia y crítica de la opinión pública* (ed. italiana de Strukturwandel der Öffentlichkeit, Neuwied, 1962). "Por esfera pública se entiende principalmente el ámbito de nuestra vida social en la que se pudo formar la llamada opinión pública. El acceso a la misma queda en lo esencial abierto a todos los ciudadanos. Se constituye un fragmento de esfera pública en cada conversación en la que los individuos se reúnen para formar un público. En tales ocasiones no se comportan como hombres de negocios o como trabajadores que se ocupan de sus asuntos privados, sino como ciudadanos sometidos a la obligación de obediencia a las normas jurídicas de la burocracia estatal. Los ciudadanos actúan como un público cuando, sin estar sometidos a constricción alguna, es decir, con la garantía de poder reunirse y asociarse libremente, de poder expresar y publicar libremente sus opiniones, discuten problemas de interés común".

En cuanto a la reflexión teórica, todo el movimiento ilustrado y preilustrado se mueve en ámbitos muy cercanos a los de difusión y publicación de las ideas. Dentro de las ciencias sociales quizá quien con mayor claridad y determinismo haya expuesto la relación entre vida política y vida pública (antes de liberalismo) haya sido Kant en su conocida elaboración sobre las definiciones del derecho. Como es sabido, tanto en *La paz perpetua como en la Metafísica de las costumbres* (doctrina del derecho) de 1797,<sup>181</sup> Kant va a propugnar la publicidad como carácter distintivo del derecho público/estatal y a poner el énfasis en su carácter externo/público frente a las determinaciones internas/naturales.

Dado que Kant elabora una metafísica del derecho y no una dogmática jurídica puede prescindir de la compleja situación del derecho positivo de su tiempo y revelar prognósticamente el carácter necesariamente público del derecho frente al carácter eminentemente privado de las determinaciones morales. Con todo, su posición entra en cierta contradicción con el iusnaturalismo propio de su pensamiento, lo que le lleva a introducir como normas jurídicas (distintas del derecho público) a las que regulan las relaciones entre los hombres en el estado de naturaleza “que se basa exclusivamente en principios *a priori*”,<sup>182</sup> de las que no tiene más remedio que reconocer una juridicidad “provisional, en tanto no han recibido aún la sanción de una ley pública”.<sup>183</sup>

#### a. Aparición e importancia de la opinión pública<sup>184</sup>

Para analizar la problemática de la opinión pública conviene comenzar recordando, en primer lugar, cuáles son los presupuestos necesarios

181 También en su introducción a la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Para Kant, la publicidad es el criterio para el reconocimiento inmediato de la legitimidad de una proposición jurídica. Kant denomina fórmula trascendente del derecho público a la siguiente afirmación: “Cualquier acción relativa al derecho de los demás hombres, cuya máxima no sea susceptible de publicidad, es injusta” (*La paz perpetua*, apéndices II y VI). “So verhindert das Verbot der Publizität den Fortschritt eines Volkes zum Bessern selbst in dem, was das Mindeste seiner Forderung, nämlich blo sein natürliches Recht angeht”.

182 Bobbio, Norberto, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Turín [s. f.], p. 141.

183 *Ibidem*, p. 145.

184 La opinión pública ha sido objeto de permanente reflexión para el profesor Pedro de Vega, reflexión que ha quedado plasmada de una forma u otra en diferentes publicaciones (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. 45-66; *idem*, “Significado constitucional de la representación política”, *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 44, marzo-abril de 1985), conferencias y congresos, así como en el seminario de doctorado titulado “Publicidad y representación” impartido en el bimbo 1992-1994 en el seno del Instituto de Derecho

para el surgimiento de la opinión pública, antes de pasar a exponer los que podemos considerar como elementos definidores esenciales de la misma.

Los presupuestos para el surgimiento de la opinión pública son de dos tipos: unos de carácter formal y otros de carácter material. Como presupuestos de carácter formal se considera la posibilidad tanto legal como cultural de su surgimiento. Como presupuestos de carácter material, se alude a los instrumentos prácticos que vehiculan la opinión pública en el mundo exterior a la conciencia de los individuos.

El presupuesto básico de carácter formal para la existencia de una opinión pública es el reconocimiento de la libertad de expresión. Si se afirma que la opinión pública es el resultado de un mercado social de las ideas, que al igual que el mercado económico surge espontáneamente al retirarse la coacción estatal y en el que, espontáneamente, se destila una verdad social como consecuencia de las aportaciones múltiples de diferentes individuos que no buscando cada uno un interés social sino la defensa de su opinión particular consiguen, sin embargo, socializar sus contribuciones hasta formar una conciencia colectiva, resulta evidente que dicha opinión pública sólo podrá llegarse a formar en aquellas sociedades en las que exista una suficiente libertad de expresión y discusión.

Por ello, es imposible que exista opinión pública en las sociedades inefables o en las sociedades dogmáticas. Sociedades inefables son aquéllas en las que existen temas “tabú”, temas que no es posible siquiera expresar en público (paradigmáticamente, el nombre Yaveh para los judíos rigurosos) y por sociedades dogmáticas, aquéllas en las que determinados temas, aunque aptos para la expresión pública, no son susceptibles de discusión: la verdad está previamente predeterminada y sólo admite una enunciación que no puede “engañoso ni engañarnos”.<sup>185</sup> Aunque toda sociedad es en mayor o menor medida dogmática

Parlamentario. Por todo ello es obvio que la doctrina aquí expuesta es reflejo de todas estas enseñanzas, incluso en los lugares en que no se le cita expresamente.

185 En este sentido, los movimientos heréticos han actuado como fuerza para la creación de una opinión pública, al oponerse a estas sociedades eclesiás o teocráticas. Y, en definitiva, será sólo tras afianzarse la libertad de conciencia, cuando se empiece a extender el resto de los derechos y libertades configuradores de la sociedad burguesa y presupuestos necesarios de la opinión pública que sirve para regirla. Cfr. Mannheim, Karl, *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, Madrid, 1958, y Baylor, M. G. (ed.), *The Radical Reformation*, Cambridge University Press, 1993.

o inefable, no parece que pueda negarse que la Ilustración y su estímulo al conocimiento racional<sup>186</sup> supuso una liberación de estas restricciones y una ampliación del campo de lo “pensable” respecto de la sociedad medieval en que el conocimiento era patrimonializado por la Iglesia, o en relación con el mito de los aracana *imperii* de la política absolutista.<sup>187</sup> Todo el sistema de libertades burgués se va a construir precisamente sobre el modelo de la libertad de religión que marcó tanto la lucha protestante como la colonización de América del Norte por parte de los primeros exiliados religiosos europeos.

Pero, además de estos requisitos formales, deben darse también los presupuestos materiales que permitan el desarrollo real y efectivo de una opinión pública en una sociedad de un cierto tamaño, complejidad y diversificación. Sin medios de comunicación no puede haber una opinión pública salvo en sociedades de muy limitada extensión. Por ello, para que en los modernos Estados nacionales pueda hablarse de opinión pública deben entrar en juego, primero, la imprenta y los periódicos y, posteriormente, el resto de medios de comunicación social de masas.

La imprenta, que, como ya se ha mencionado, se generaliza en plena polémica entre católicos y reformistas y que sirvió abundantemente a unos y a otros para extender sus ideas y para hacer ampliamente conocidas sus tesis sobre los puntos en debate, no abandonaría ya nunca su misión no sólo de difusora de la cultura, sino de acicate a la discusión y al contraste de ideas entre los individuos. Y no sólo de la cultura, sino de la “actualidad” en general. De hecho, se calcula que desde su invención por Guttemberg el material impreso se ha ido duplicando cada quince años hasta la actualidad.<sup>188</sup>

Quizá donde este carácter no dé atesoramiento del saber, sino de dinamización del mismo se dé en forma más acusada sea en los periódicos.

Los periódicos nacidos en las ciudades comerciales hanseáticas e italianas como boletines de información comercial (disponibilidad, precios, valores de cambio, etcétera) pasaron a incorporar progresivamente noticias de la vida social (esposales, nacimientos, inauguraciones, defunciones, etcétera) para terminar reflejando también los acontecimien-

186 Sobre el “sapera aude” kantiano, *vid.* Cabo Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. II, núm. 31, p. 82.

187 Como defiende, por ejemplo, Norberto Bobbio (*vid. infra*).

188 Strawson, J. M., “Future Methods and Techniques”, en Hills, Philip (ed.), *The future of the Printed World*, Londres, p. 15.

tos políticos y la valoración que de ellos se hacia. Estos periódicos ya plenamente burgueses alcanzaron su primer desarrollo importante en Inglaterra y luego se generalizaron en el continente, en el que en tiempos de la Revolución francesa, cada facción contaba con su medio de expresión escrito propio.<sup>189</sup>

Como ha señalado el profesor Pedro de Vega, cabe establecer como elementos definidores de la opinión pública: a) la racionalidad, b) la libertad, c) la generalidad y d) la funcionalidad.

a) La opinión pública surge en un ambiente intelectual heredero de la Ilustración, dentro de un esquema cartesiano de racionalidad. La razón individual humana (versión subjetivista del racionalismo) es capaz de explicar el mundo. Esta versión subjetiva que libera a la razón de los mandatos dogmáticos, que le hace salir de su posición de *ancilla theologiae*,<sup>190</sup> se complementará con una versión objetiva del subjetivismo, la que afirma que el mundo es comprensible por la razón de que se halla estructurado racionalmente, porque hay un orden natural.

Esta concepción del orden natural, surgido en las ciencias naturales en las que se había logrado enunciar leyes que se estimaban universales e intemporales, se traslada al mundo social. La concepción fisiocrática se apoya en este idea y a ella añadirá otra que ya se hallaba presente en el último Kant:<sup>191</sup> el pensamiento individual adquiere consistencia en el contraste social con los demás; aunque no es posible suprimir la libertad de pensamiento, sí es posible devaluarla al no permitir su contraste social. Este último planteamiento nos lleva a la segunda nota.

b) Sólo en un ámbito de libertad es posible desarrollar el mercado social de las ideas, porque la propia idea de opinión, frente a la dogmática de la verdad, lleva insita la posibilidad de corregirse. Se trata de alcanzar una verdad que no es dogmática sino dialógica, la verdad se vuelve procesual.

189 En un plano distinto, y reflejando este nuevo sentido de publicidad del que se hablaba al principio, los burgueses del siglo XVIII modifican la estructura de sus propias viviendas. Ya no se trata de viviendas de grandes dormitorios y jardines interiores y pequeños comedores destinadas a proteger la intimidad, sino de viviendas que cuentan con un espacio nuevo y que se hace central en la construcción: el salón. Estos salones en los que los burgueses desarrollan su publicidad, en los que discuten sus ideas y forman sus juicios, desempeñaron, al igual que los periódicos citados antes, un papel básico en la preparación del clima que llevó a la Revolución francesa.

190 Santo Tomás.

191 En *El conflicto de las facultades*.

c) Si hemos dicho que la opinión pública es lo público de lo privado, será esta nota de generalidad la que nos permita distinguir qué parte de lo privado tiene tal característica, y esta parte es la que lleve la nota de “generalidad”. La opinión pública es la más generalmente aceptada, la que predomina mayoritariamente. Esta opinión pública, porque es general, no puede ser organizada. Sólo en una opinión no organizada puede hablarse de lo público de lo privado, de lo que predomina mayoritariamente, porque en el momento en que nos hallemos ante una opinión organizada ésta ya no se presenta como la esfera pública del comportamiento de los individuos privados, sino como el resultado de una determinada organización que, en términos económicos diríamos, falsea la competencia, introduciendo estructuras en el seno del mercado social de las ideas que distorsionan la oferta y demanda de las mismas, y por tanto, su aceptación general.

d) La funcionalidad de la opinión pública reside en su estrecha vinculación con el Parlamento y el papel central que este organismo desempeña en las democracias liberales. Efectivamente, el Parlamento es el lugar en el que discuten los políticos sobre los asuntos públicos de la nación.

En el siglo XIX, cuando se reconoce la división entre sociedad y Estado, la situación era que el *locus* del poder estatal seguía centrado en el monarca mientras el dominio social lo ejercía la burguesía. Esta sociedad burguesa tratará de incluirse en la vida política, pero no a través de los órganos del Estado-administración, sino a través del Parlamento. Se traslada la concepción que de la sociedad se tiene al Parlamento. En Alemania, Gerber, Laband o Jellinek dirán que el Parlamento es el órgano de la sociedad. Con mayor precisión, Carl Schmitt<sup>192</sup> afirmará: 1) que el Parlamento es el órgano que representa a la sociedad; 2) que es un órgano deliberante; 3) que es un órgano público. Vemos, pues, cómo se trata de la inclusión de la burguesía en el esquema de poder y cuál es el área que se reserva: la aprobación de las leyes que se realiza por medios propios de la opinión pública (el debate) y en la que se confía para transformar la realidad en una actitud heredera de la Ilustración.

Se transforma así el concepto de ley. Mientras el absolutismo había afirmado que “*auctoritas non veritas facit legem*”,<sup>193</sup> los burgueses

192 En Schmitt, Carl, *La atmósfera espiritual del Parlamento moderno*, Madrid, 1979.

193 Hobbes.

abandonan esta concepción voluntarista. Ahora, la ley es fruto de la deliberación, es un objeto racional. Se trata, en cierto modo, del resurgir de la postura tomista (*ordenatio ratione ad bonum commune ab eo qui curat communitas habet solemniter promulgata*).

Esta identificación entre el modo de funcionamiento del Parlamento y la forma en que se construye la opinión pública en el seno de la sociedad fue recogido por los propios liberales en la clásica afirmación de Paine de que el Parlamento inglés es el primer club de Londres.<sup>194</sup>

Éste es, en líneas generales, el horizonte de ideas que manejaron los liberales del siglo XIX en su construcción del sistema parlamentario. Y en él podía llegar a afirmarse que si el parlamentarismo toma su base de la opinión pública,<sup>195</sup> opinión y gobierno representativo constituyen una identidad, ya que si un gobierno (aun legitimado en las urnas) es contrario a la opinión pública, ha perdido esta legitimidad.<sup>196</sup> Antes de pasar a exponer cómo se realiza la articulación de lo público y lo privado en la institución democrática del voto (el voto como vínculo entre la decisión privada y pública), cabe preguntarse —siguiendo al profesor

194 Como ha señalado el profesor Pedro de Vega García, es desde este planteamiento del Parlamento como órgano de la opinión pública como cabe explicarse la razón de ser de dos instituciones características del parlamentarismo liberal: a) el mandato representativo y b) las inviolabilidades. a) El mandato imperativo tiene necesariamente que aparecer prohibido en las Constituciones liberales porque supone negar los supuestos básicos de formación de la opinión pública: la racionalidad y la libertad. Y si se afirma que son necesarios para toda la sociedad para alcanzar las verdades comunes que guien el desarrollo social, sería paradójico que donde se toman las más importantes decisiones del país, no rigieran estos principios viéndose sustituidos por la afirmación dogmática de opiniones impuestas (Cfr. Cabo de la Vega, Antonio de, "Mandato", en Lucas Verdú, Pablo (ed.), *Prontuario de derecho constitucional*, Granada, 1996). b) El problema de la inviolabilidad que debe entenderse como un privilegio de la Cámara y no del parlamentario se explica igualmente como garantía de estas condiciones de formación de la opinión pública. La inviolabilidad o imposibilidad de cometer delito de los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones y la inmunidad o imposibilidad de procesamiento por delitos cometidos fuera del ejercicio de sus funciones sin autorización previa (suplicatorio) de la Cámara, se constituyen en garantías *a priori* para impedir que un uso malicioso de la justicia (falsas imputaciones, querellas, etcétera) pueda impedir el normal desarrollo de las sesiones parlamentarias o que el temor a las posibles consecuencias de las afirmaciones vertidas en el Parlamento actuase como autocensura por parte de los parlamentarios (cfr. Cabo de la Vega, Antonio de, "Inmunidad", "Inviolabilidad", "Prerrogativas parlamentarias", en Lucas Verdú, Pablo (ed.), *Prontuario de derecho constitucional*).

195 "[...] la piedra de toque la dominación burguesa es el control de la 'opinión pública' mediante el control de los medios de comunicación y del resto de instituciones, tanto públicas como privados, así como mediante el incisivo peso de la transición", Stevens, John, *The Transition From Capitalism to Socialism*, citado en Hicks, Alexander y Duane H. Swank, *Class, Core and Welfare Expansion: the Case of 17 OECD Nations 1960-1971*, 1982 Annual Meeting of the American Sociological Association, p. 7.

196 Es la tesis de Lowell.

Pedro de Vega—<sup>197</sup> si este juicio que pudo ser exacto en el siglo XIX, sigue siéndolo en la actualidad en la medida en que la opinión pública no funciona ya como el mercado libre de ideas. Efectivamente, se afirma que la opinión pública ha entrado en crisis. La opinión pública liberal se basaba en el convencimiento de la homogeneidad de la sociedad, homogeneidad que se expresaba ya en la afirmación de Sieyès:<sup>198</sup> “Q'est-ce que le Tiers état? Tout”. La burguesía como fuerza dominante se consideraba la única representante legítima de la sociedad.<sup>199</sup> Sin embargo, ya en el siglo XIX, las revoluciones del 30 y sobre todo del 48 se encargaron de destruir esta utopía. Con ellas, el proletariado hacia su entrada en la historia. Desde ese momento, y cada vez más, la opinión pública no puede ser única, sino varias opiniones públicas: una para cada interés social antagónico.

Este proceso no ha hecho sino acentuarse en el siglo XX. La sociedad se divide en grupos cada vez menores y con intereses contrapuestos. Esta situación de ruptura de la unidad social ha alcanzado incluso reconocimiento constitucional.<sup>200</sup> Por ello, la invocación unívoca de la opinión pública por cualquier sector de la sociedad constituye, necesariamente, una manipulación.

Lo que ha venido ha sustituir a la opinión pública del final del siglo XX —la “actualidad” de los medios de comunicación— está determinada por las técnicas llamadas establecimiento de la agenda (selección de los asuntos que van a constituir la “actualidad”) y formación de la agenda (o tratamiento específico que se va a dar a estos temas).<sup>201</sup> Es decir, que la opinión pública ya no es el ejercicio de raciocinio colectivo sobre los hechos que efectivamente acaecen en la sociedad y a los que ésta se enfrenta sin mediaciones, sino una forma de “actualidad”, una selección consciente de hechos (reales o no) que se vuelca sobre

<sup>197</sup> Este tema también aparece en “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, en Garreroena Morales, Ángel (ed.), *Homenaje a R. Fernández Carvajal*.

<sup>198</sup> Sieyès, Emmanuel Joseph, *Qu'est-ce que le tiers état?*, Cher, 1988, p. 31.

<sup>199</sup> Se trata del llamado momento universalizante de la burguesía liberal al que se refiere J. P. Sartre en la presentación de *Les temps modernes*.

<sup>200</sup> El “pluralismo político” que menciona como valor superior del ordenamiento jurídico el artículo 1 de la Constitución.

<sup>201</sup> Cfr. McLuhan, *Understanding media*, Londres, 1967.

la sociedad, bien como axiológicamente neutros, bien con una determinada orientación incorporada a los mismos y que se presenta como integrante de esa misma actualidad.<sup>202</sup>

202 Un enfoque ligeramente disinto que el que aquí se mantiene se encuentra en uno de los pocos trabajos consultados que tratan directamente este problema. Dada la importancia de las afirmaciones en él contenidas, se citan en extenso: "Sin lugar a dudas, sigue existiendo alguna forma de 'vida pública'". Esta conservación tiene su racionalidad sistemática toda vez que el incremento cuantitativo y cualitativo de la actividad estatal precisa de legitimación. La "publicidad", por tanto, no es un mero fraude, ya que se le otorga un uso simbólico por parte de quienes administran y planifican burocráticamente. La actividad política consciente comienza a ceder al encanto de la racionalización abstracta. Tal como Offe ha expuesto siguiendo a Habermas, el Estado y los creadores de opinión pública ejercen la función de planificación ideológica, y de creación de redes de pensamiento y expresión que promueven una deferencia indiferenciada de "seguir al líder" entre los clientes del estado (*vid.* más abajo la n. 62).

Las redes de "mítines públicos", los comités de encuesta y de investigación seleccionados, la sensacionalización de las personalidades políticas, el conflicto entre partidos, y la generalización de espectáculos forman una apariencia de "vida pública" abierta. El contenido crítico, sin embargo, tiende a desaparecer; se produce una "erosión del reino de lo genuinamente público". Además, las optimistas esperanzas de la democracia liberal de una "vida pública" sucumben al reciente cinismo burgués; al menos desde Weber y Schumpeter ello se expresa en el movimiento que trata de redefinir y formalizar el concepto de "democracia" de conformidad con los imperativos administrativos alegados. "Democracia" viene a querer decir un medio técnico de mantener el "equilibrio" del sistema. Las dimensiones auto-transformadoras y de desarrollo de los anteriores modelos de democracia suelen quedar en el olvidado o ser rechazados por "no realistas" (cfr. Macpherson, C. B., *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, Londres, 1973, p. 78, sobre Schumpeter o Dahl y sus concepciones instrumentales de la democracia); Keane, John, "The Legacy of Political Economy: Thinking with and against Claus Offe", *Canadian Journal of Political and Social Theory/Revue Canadienne de Théorie Politique et sociale*, vol. 2, núm. 3, otoño de 1978, pp. 62 y 63. Nota 62: "Political Authority", *op. cit.*, pp. 104-105.

En sus escritos más recientes, Offe tiende a negar la capacidad del Estado para gestionar la producción de símbolos, como en su crítica a Edelman y Mayntz en "Introducción a la segunda parte", *op. cit.*, pp. 257-259. Volveré sobre este punto. En términos más generales, puede verse uno de los mejores trabajos de Habermas, Jürgen, *Structurwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der burgerlichen Gesellschaft*, Neuwied y Berlín, 1962, donde se describe el intento de transfiguración de una política movida por el conflicto en administración. Aquí Habermas muestra cómo el contenido de una importante herencia de la sociedad de mercado liberal (la esfera pública (*bürgerlicher Öffentlichkeit*) se ve degradada por los gestores del capitalismo avanzado. Con base originalmente en la distinción entre público y privado en la antigua Grecia, la "espera pública", en su sentido más general, se refiere al "espacio" que media entre el aparato estatal y los asuntos privados de los individuos: en resumen, a un ámbito de la vida social en el que puede formarse algo semejante a una opinión pública. Una forma de esta noción de esfera pública fue revivida por los burgueses europeos en su asalto al dominio secretista de la sociedad feudal; en su forma monárquica puede remontarse a la noción fisiocrática de *opinion publique*, mientras que en su forma liberal fue anunciada en forma rudimentaria por Locke y, posteriormente, por los moralistas escoceses y Bentham y James Mill. Naturalmente, tal como señala Habermas, estas nociones de "público" no deben confundirse con el principio de democracia universal, entendida como la libertad igual y efectiva de emplear y desarrollar sus capacidades. En primer lugar, y sólo con algunas excepciones (como Winstanley, Rousseau, Jefferson) se entendía que "público" incluía sólo a los propietarios varones. Si bien, por lo menos, el principio de la esfera pública presuponía la posibilidad de un público raciocinante y crítico en búsqueda de la racionalidad universal y la abolición de la racionalidad técnica de la sociedad de mercado. Entendido como supervisor del aparato estatal, esta esfera y su "público" coincidían en peticiones

## Este trastorno de la opinión pública produce igualmente una serie de distorsiones desde el punto de vista constitucional. Al desaparecer la

como el derecho a la representación, la libertad de expresión y reunión, y la opinión pública. En la transición de la dominación política de clase del feudalismo a la dominación de clase burguesa en su forma despolitizada (tal como ha sido analizada por Offe), el surgimiento de este modelo liberal de esfera pública no sólo señaló un nuevo mecanismo de legitimación de las instituciones estatales, sino que apuntaba, al menos en principio, a restringir el poder político. “En las primeras Constituciones modernas, los catálogos de derechos fundamentales eran una imagen perfecta del modelo liberal de esfera pública: garantizaba a la sociedad una especie de esfera de autonomía privada y restringía a la autoridad pública a unas pocas funciones (a este respecto, *vid.* lo que se dice en las pp. 91-119 y ss). Entre estas dos esferas, la Constitución garantizaba aún más la existencia de un campo de individuos privados reunidos en un público que como los ciudadanos transmite las necesidades de la sociedad burguesa al Estado, con el fin, idealmente, de transformar la autoridad política en “racional” por medio de esta esfera pública. El interés general, que era la medida de dicha racionalidad, quedaba así garantizado, según los presupuestos de una sociedad de intercambio libre de mercancías, cuando las actividades de los individuos privados en el mercado quedaba libre de compulsión social y de presión política en la esfera pública”. De nuevo, Habermas enfatiza que la división dualista entre burgueses (con la noción de individuos como medios gestores del interés propio de sus capacidades y propiedades) y los ciudadanos igualitarios, y volcados a los demás no aparece superada. Como reconoce en relación con John Stuart Mill y de Tocqueville, este modelo burgués de esfera pública ocultaba la explotación de clase que ridiculizaba su supuesta autenticidad. Ello se hace fácilmente visible con la emergencia del movimiento cartista inglés y la Revolución francesa de febrero; la limitada esfera pública se alargaba ahora más allá de la burguesía para incluir por primera vez elementos proletarios. De este modo, la esfera pública se convirtió en una corte de apelación mucho menos exclusiva socialmente y regida por violentos conflictos. Se produjo un florecimiento de periódicos políticos, círculos de discusión, clubes, y los periódicos políticos locales surgieron como vehículo para la comunicación pública. El argumento esencial de Habermas es que, en la transición al capitalismo avanzado, esta esfera pública ha sido colonizada desde arriba. Un conjunto de poderosos intereses organizados incluyendo a las grandes sociedades, las organizaciones laborales, los partidos políticos, los gobiernos electos y los medios de comunicación de masas organizados se han impuesto sobre ella. Este proceso comenzó en Europa y Norteamérica hacia 1839 y, es, según Habermas, el precursor de la posterior gestión de la opinión pública, “la transformación de periodismo de convicciones a otro mercantilizado” y, con ello, la posibilidad de un “trabajo de relaciones públicas” (*Öffentlichkeitsarbeit*). La promesa decimonónica de una esfera pública queda subsumida en el reino mercantilizado de la producción y consumo organizados: “Donde las leyes del mercado que gobiernan el intercambio de mercancías también penetran la esfera reservada para los individuos particulares como público, el juicio crítico (*Raisonnement*) se transforma tendencialmente en consumo, y el contexto de la comunicación pública se rompe en actos caracterizados uniformemente por su recepción individual” (p. 194) (O, lo que es lo mismo, cuando mecanismos que deben regir lo privado se introducen en el control de los ámbitos de publicidad). Para un examen más detallado de este proceso de legitimación, *vid.* Miliband, *The State in Capital Society*, op. cit. capítulos 7 y 8 y Perry, James, *The New Politics: the Expanding Technology of Political Manipulation*, Londres, 1968; este último constituye una importante historia de la emergencia de los candidatos políticos mercantilizados desde los tiempos de los primeros gabinetes de gestión política de Whittaker y Baxter en California en los años treinta hasta las más recientes campañas de Reagan, Rockefeller, Rommey y Schapp. En conclusión, en la fase de capitalismo avanzado, los mecanismos propios del mercado (el contrato, la oferta y la demanda) consiguen apoderarse también de ámbitos nuevos como son las elecciones y la opinión pública. Con la consecuencia de que ambas pasan a depender del criterio fundamental del intercambio capitalista: la capacidad económica. En forma tal que ambas quedan totalmente fuera del conjunto de ideas que las originaron y de los fines que se supone están llamadas a satisfacer.

unidad social en la que se basaba el Estado liberal, cabe preguntarse por el sentido de esquemas jurídicos como el mandato representativo o la inviolabilidad parlamentaria. Un ejemplo claro de esta situación lo constituye el voto por partidos políticos (grupos) en el Parlamento y no individualmente como exigiría la base racional en la que se supone que se basa la discusión parlamentaria.<sup>203</sup>

Para terminar esta sección analizaremos, como se hizo antes con la división en público y privado en general, cuál fue la interpretación que de esta opinión pública como mediadora entre los individuos y la acción política desarrolló el propio liberalismo.

Y una de las interpretaciones más autoconscientes (y, finalmente, más realistas pese a su metodología idealista) de la relación entre la opinión pública y los mecanismos institucionalizados de poder, es decir, entre la representación política parlamentaria y la sociedad en su conjunto, es la que representa la posición de Hegel.<sup>204</sup>

Ésta se encuentra recogida de manera sintética pero particularmente clara en el comentario a la obra Fichte sobre los Éforos griegos formulada por el joven Hegel en 1802.<sup>205</sup> La obra de Fichte tomaba como pretexto el estudio de la figura de esta magistratura griega para desarrollar toda una teoría sobre las relaciones de poder dentro del aparato del Estado. Como es sabido, los éforos griegos eran una magistratura cargada de valor ético cuya misión principal estribaba en el control del ejercicio del poder por parte del resto de las magistraturas. Es decir, eran una especie de antipoder cuyo cometido era la conservación de la “verdadera naturaleza” de cada uno de estos cargos públicos, impidiendo los excesos y desviaciones que el ejercicio cotidiano del poder pudiera inducir en quienes las ostentaban. El problema que se plantea Fichte es doble; por un lado, el *quis custodet custodes*, es decir, qué

203 Cfr. Cabo de la Vega, Antonio de, “Grupos parlamentarios”, en Lucas Verdú, Pablo (dir.), *Prontuario de derecho constitucional*.

204 El estudio de estos comentarios de Hegel provienen de una indicación del profesor Pedro de Vega García, quien puso de relieve su importancia y facilitó las claves interpretativas que aquí se ponen en práctica. Hay también otras referencias en la obra de Hegel en sus *Lecciones de historia de la filosofía* en el capítulo dedicado a Anaxágoras y en sus *Lecciones de filosofía de la historia* en la parte dedicada a Esparta. Respectivamente, en *Obras completas*, Frankfurt am Main, 1970, vol. 12, pp. 320 y ss., y vol. 19, pp. 372 y ss. Otra interpretación de la relación entre Fichte y Hegel en relación con este punto en Lukács, G., *El joven Hegel y los problemas de la sociedad capitalista*, capítulo III, 3<sup>a</sup>, pp. 292 y ss.

205 Hegel, G. W. F., *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural*, Madrid, 1979, pp. 50 y ss.; Fichte, Johan Gottlieb, “Grundlage des Naturechts”, *Fichtes Werke*, 1971.

garantiza la imparcialidad y ecuanimidad de estos éforos y, por otro, el problema también permanente de la relación control-acción;<sup>206</sup> es decir, en qué medida esta presunta actividad de control no actuaba en realidad como un verdadero poder en competencia con el resto de poderes y, en este sentido, como un poder paralelo.<sup>207</sup>

Hegel retoma esta problemática y la somete a sus característicos procesos de abstracción y esencialización para tratar de hallar la manifestación concreta de lo universal que en ella se encierra, es decir, para tratar de mostrar cómo dicha realidad no encierra más que una de las posibles instancias de un dialéctica que es posible aprehender abstractamente y, después, interpretar en sus determinaciones prácticas.

Hegel va a percibir en esta oposición magistraturas ordinarias-éforos, una oposición dialéctica permanente entre lo que él llama poderes abstractos y poderes concretos (lo que hoy llamaríamos el problema de la legitimación del poder y de su efectividad). Es decir, cómo, al margen de cuál sea la razón en la que en última instancia se apoya el poder y sobre qué personas se defiende su existencia, existe siempre un mecanismo concreto de ejecución de dicho poder, que es, necesariamente, distinto de aquél del cual depende; cómo existe siempre un poder que se ejerce y un alguien en nombre del cual se ejerce dicho poder. Entre ambos extremos se establece una relación que es preciso cualificar y que puede responder a diferentes sistemas de relación, llámense éstos de representación, encarnación, personalización, etcétera.

Hegel dirá que la problemática de la opinión pública debe entenderse, precisamente, en esta dialéctica entre poderes concretos y poderes abstractos, si es que pretendemos percibir el verdadero calado de su actuación en el sistema político liberal.

Para Hegel, esta tensión entre poderes concretos y poderes abstractos tiene su encarnación moderna en la problemática de la representación, toda vez que la representación, el poder de los representantes, presupone siempre un poder ajeno y exterior representado mediante dichos mecanismos. Es decir, que la nación o el pueblo en cuyo nombre se ejerce el poder, representa el poder abstracto, ya que, se afirma, el

206 Tal como se plantea, por ejemplo, en tiempos modernos, con las sentencias de los tribunales constitucionales en la medida en que se convierten en legisladores negativos, interpretativos o aun positivos según las diferentes prácticas jurisprudenciales y las correspondientes interpretaciones doctrinales que de ellas se hacen.

207 Fáctico, diríamos hoy.

pueblo es todopoderoso, puede cambiar siempre de Constitución, una generación no está nunca vinculada por las decisiones de una generación anterior, etcétera. Pero es abstracto porque todas estas actuaciones son estructuralmente incompatibles con la actuación integral del pueblo o la nación como tal, y precisan de la mediación de algún tipo de poder concreto. Estos poderes concretos son los representantes de las asambleas liberales que se encargan de traducir este poder abstracto y en tal sentido no real.<sup>208</sup>

Podría pensarse que desde la concepción liberal de la representación a través del mandato representativo, es decir, sin responsabilidad ni contenidos concretos en la representación, sino muy al contrario, gozando de la máxima libertad en la determinación concreta de las políticas que deben emprenderse, no existe ningún mecanismo institucionalizado eficaz por el cual pudiera realizarse la máxima aspiración política burguesa de control del poder.

Hegel afirmará, por el contrario, que entre el poder abstracto de la nación y el poder concreto de las asambleas existe un mecanismo de control de tipo eforal también para la sociedad moderna. En definitiva, que el control sobre el poder no se ejerce sólo en un plano diacrónico, al final de cada legislatura, ni excepcional en forma de límites legales (responsabilidad penal, límites constitucionales a la actuación de los poderes), ni estructural (dependiente de la división de poderes), sino que existe un control permanente de mediación en la realización concreta de este poder abstracto: a este poder mediador es a lo que llamamos opinión pública.

Dado que una vez elegidos los representantes éstos empiezan a ejercer su poder mediante mecanismos ajenos al poder abstracto que les designó, es decir, que los mecanismos de control, limitación, responsabilidad, etcétera son mecanismos que actúan en el plano de los poderes concretos y no de los poderes abstractos, no garantizan la identidad entre unos y otros. El mecanismo por el cual, indirectamente, se permite a los poderes abstractos actuar controlando a los poderes concretos es la opinión pública. Ya que la oposición realiza una doble labor de control, una directa en los poderes concretos, y otra indirecta

208 Es decir, no concreto, y el mundo es hegelianamente la determinación concreta de lo abstracto, por lo que su entendimiento presupone siempre la integral aprehensión de las categorías abstractas que explican y justifican lo concreto a las que se da prioridad sobre la realidad (percibida) misma.

en los poderes abstractos a través de la opinión pública que actúa como límite de lo que es posible hacer dentro de los poderes concretos.

Se trata, en definitiva, de una construcción abstracta, que es, en buena medida, la descripción de un sistema real (no el de la Alemania de Hegel),<sup>209</sup> el existente en Inglaterra y su sistema de democracia de oposición. Efectivamente, en Inglaterra, el gobierno suele contar con una mayoría suficiente en el Parlamento que le permite, de hecho, vivir al margen de la opinión de los grupos de oposición, es decir, que, en terminología hegeliana, quedan anulados buena parte de las posibilidades de control de los poderes concretos. La reacción del grupo en la oposición no es tanto la de tratar de imponer en la lucha parlamentaria su criterio, sino la de crear una opción permanente (materializada en el *shadow cabinet*, y las proposiciones de ley alternativas a las enviadas por el gobierno al Parlamento), de forma tal que apela al poder del electorado (al poder abstracto), en el sentido de que el gobierno no puede alejarse considerablemente de los deseos de este electorado, pues, en caso contrario, dirigido por la oposición, someterá a una presión (en forma de activismo político y, finalmente, de derrota electoral) considerable al partido en el gobierno. De esta forma, con la pretensión de equilibrar los poderes (es decir, con la pretensión de que un grupo de poder controle a otro), se consigue, además, indirectamente, disminuir la fractura existente entre poderes concretos y poderes abstractos.

Tal como se expone en la sección siguiente, este análisis, por una vía distinta, y aunque terminológicamente más preciso (y socialmente más oscuro), no difiere gran cosa de la interpretación francesa clásica<sup>210</sup> del gobierno representativo y su sistema de controles para evitar el surgimiento de la democracia gobernante y gobernada de la que hablara Burdeau.

- b. La democracia como mecanismo de configuración de lo público desde lo privado (voto, participación, representación, etcétera)

La interrelación entre las esferas de lo público y lo privado en el campo político no termina ni mucho menos en esta influencia que podríamos calificar de indirecta de la opinión pública, sino que se extiende

<sup>209</sup> Como ya indicara Marx, Alemania vive cien años por delante en el espíritu que en la realidad.

<sup>210</sup> Vid. también Jellinek, G., *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, 1954, p. 443.

a un mecanismo mucho más inmediato y formalizado como es el de la designación de los integrantes del estrato directivo de esta esfera pública; la elección “democrática”<sup>211</sup> de los integrantes de los parlamentos y, a través de ellos, del gobierno.

Respecto de esta interrelación y de sus objetivos, el primer liberalismo no puede ser más claro en sus planteamientos. Aunque posteriormente la más estilizada teorización francesa de una forma u otra se vea obligada a reflejar su Revolución y la carga utópica que ésta conlleva a través de construcciones más o menos retóricas basadas en el concepto de nación (*vid. infra*), los primeros liberales expresaron con toda sencillez la necesidad de su clase social de controlar la esfera de lo público para que ésta fuera coherente con sus intereses sociales, políticos y económicos.

Singulamente Locke (y el resto de autores de lo que C. B. Macpherson ha llamado *possessive individualism*)<sup>212</sup> señaló la específica dependencia que existe, no sólo en el plano real (pues estamos obviamente en presencia de una democracia censitaria) sino hasta en el plano teórico, entre propiedad privada y representación pública. La propiedad, resultado del trabajo, y, por tanto, “naturalmente” perteneciente a cada individuo, conlleva un interés en el desarrollo de los asuntos públicos, interés que, declaradamente, no puede existir para quien no es poseedor, toda vez que esta esfera pública está pensada específicamente en relación con una determinada estructuración de la sociedad civil (productiva). Para este contexto específico, la conocida definición del Estado como “un comité de capitalistas”<sup>213</sup> no parece extraña a las ideas que manejaron estos primeros liberales. De hecho, en el caso concreto de Locke,

211 “Las elecciones representativas no constituyen una excepción al procesamiento formal inscrito en la práctica estatal, pese a la tajante distinción que algunos (como Foucault, M., *Discipline and Praise*, Londres, Allen Lane, 1977, y, aparentemente, Poulatrzas, *State, Power, Socialism*, 1978) han establecido entre la representación y otros aspectos de la práctica estatal. En las elecciones democráticas, la población viene tratada como una masa indiferenciada de ‘votantes’, ‘censados’, definidos por valores aritméticos y no por su pertenencia a una clase o comunidad. De forma semejante, el propio proceso de votación, la institución del voto secreto, es la expresión máxima de la *privacidad* de la opinión política. A través de la institución de las urnas, la resistencia a la opresión de clase se canaliza hacia un acto individual de opción privada entre uno o más opresores”, Holloway, John, “The State and Everyday Struggle”, Seminar on the “State and Contemporary Capitalism”, México, octubre de 1979, p. 15.

212 Macpherson, C. B., *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford University Press, 1990.

213 Marx.

como ha señalado la crítica,<sup>214</sup> esta tesis alcanza al núcleo mismo de su iusnaturalismo, es decir, a su concepción de la sociedad civil, ya que ésta se constituye para la preservación de la propiedad entendida como “*Lives, Liberties and Estates*”<sup>215</sup> pero, una vez constituida ésta, Locke parece olvidar su propia definición de “propiedad”, ya que ésta pasa, explicitamente, a significar “*goods and lands*” (bienes muebles e inmuebles).<sup>216</sup> Dicho en otros términos, la primera justificación liberal de la democracia es de índole exclusivamente funcional, debe existir democracia “para” que aquéllos que cuentan con determinadas propiedades y que por ello tienen intereses en los avatares del Estado puedan controlar adecuadamente las decisiones del Parlamento, garantizando así la compatibilidad entre la existencia misma del Estado, el mantenimiento de la propiedad privada en general y de la suya específica en particular.

Simultáneamente, Locke ya va a ser consciente de los peligros que el refuerzo de la autoridad estatal tiene para el propio desenvolvimiento de la sociedad civil, por lo que también va a tratar de establecer los adecuados controles jurídicos a su actuación (*vid. infra*). Locke representa, por ello, la primera manifestación consciente de la necesaria ambigüedad en las relaciones entre las clases poseedoras y el desarrollo del Estado y de los instrumentos públicos de intervención. Estado sin el cual no es posible la propiedad privada, pero Estado frente al cual hay que defenderla.

Esta tesis de Locke y de los primeros liberales influyó perdurablemente en el Reino Unido hasta el punto de que la representación británica nunca lo ha sido de la nación, sino del Reino en la forma en que la definieron Burke o Blackstone.<sup>217</sup>

Posteriormente, sin embargo, todo el movimiento intelectual que acompañó a la Revolución francesa y, muy especialmente, su racionalización teórica, ofrecen un panorama totalmente distinto del sentido y función de la democratización de la esfera pública, comenzando por el Poder Legislativo del Estado. Esta nueva conceptualización se basa, como es sabido, en tres elementos básicos: la presunción de racionalidad en

214 *Ibidem*, p. 247.

215 Locke, John, *Second Treatise on Government*, sect. 123.

216 *Ibidem*, sect. 138-140.

217 Jellinek, G., *Teoría general del Estado*, p. 436.

el comportamiento humano y en el orden de la naturaleza, el postular derechos inherentes al hombre en cuanto tal y en la idea de nación.

Basándose en estos tres elementos, va a ser posible construir una nueva dogmática de la democracia representativa que no aluda ya directamente a la defensa de la propiedad y al mantenimiento del *status quo* de las clases dominantes como causa de la democratización del poder.

Conforme a las ideas ilustradas, el mundo está sometido a una ordenación racional que le proporciona armonía y estabilidad, y la sociedad humana, como parte de esta realidad, está igualmente sometida a unos imperativos racionales imprescindibles para su ordenado desarrollo. Por ello, la política como práctica debe esforzarse por adecuar el ordenamiento positivo y la actuación ejecutiva a estas exigencias de racionalidad implícitas en la realidad social. De otra parte, los individuos, igualmente, están dotados de unos instrumentos racionales compatibles con este ordenamiento lógico de la realidad que les permiten captarla y encauzar su comportamiento por las vías que les marca razón. Por ello, la política se convierte en la aplicación de unos mecanismos racionales de los que disponen los individuos para la mejora de la sociedad a través de su adecuación a la estructura racional de cuanto existe. Dicho en otros términos, la política comienza a plantearse en términos racionales y no volitivos, como contraposición de argumentos y no de intereses. Este planteamiento del primer elemento citado nos lleva, necesariamente, al segundo. Al afirmar la ordenación racional del cosmos y la existencia de un principio de razón en el hombre como expresión máxima de su condición humana, se ponen las bases para una concepción iusnaturalista del valor intrínseco de cada individuo independientemente de su condición o estado, por su participación en esta virtud máxima de la razón. Es decir que, *a priori*, no hay excluidos en lo relativo a la conducción de los asuntos públicos en cuanto no puede prescindirse, en principio, de ninguna aportación racional a la misma. Sobre esta interpretación de la relación entre los asuntos públicos y los individuos se basan las afirmaciones, retóricas o no, de los derechos naturales de los individuos, de la necesidad de discusión de los asuntos públicos y, en definitiva, del “*appel au peuple*” para la decisión de los diferentes asuntos debatidos en las esferas públicas y, en lo sucesivo y de manera primordial, para la aprobación de las Constituciones.

Estos dos primeros aspectos citados podrían haber llevado a una extensión máxima del sufragio y a una concepción no elitista de la participación política. Sin embargo, la elaboración del tercer concepto, el de nación,<sup>218</sup> que habría de alcanzar una posición central en el pensamiento político (y un difícil encaje jurídico) del siglo XIX, transformó radicalmente este planteamiento que no recuperará su carácter universalista sino cuando las bases citadas hayan entrado en una profunda crisis.

Efectivamente, mediante la construcción doctrinal de la nación se va a justificar desde diferentes puntos de vista una, en la práctica, radical exclusión de las decisiones públicas de buena parte de la población.

En primer lugar, frente a las tesis de Locke, el planteamiento se va a hacer ahora, cuando menos superficialmente, antidualista. Se afirma que existe una comunidad superior a los individuos aislados cuyo bienestar es objeto central de la política, es decir, que existe un bienestar público o un interés público diferenciado del de los particulares aisladamente considerados. Por ello, la ordenación racional de la política va a tener por objetivo (cuando menos formal) no el mantenimiento de la propiedad y su aseguramiento (como afirmara Locke), sino el bien de la nación. Siendo esto así, no tratándose de la defensa de intereses particulares, la exclusión de quienes no poseen no se va a hacer ya en términos de ausencia de interés en la política como asunto que no les concierne, sino desde presupuestos racionalistas: la nación precisa de la aportación racional de sus miembros, pero con una selección previa de los más idóneos para prestársela, a saber: los que cumplen los requisitos de tener una opinión independiente o de especial cualificación demostrada. Una opinión no independiente no es una opinión racional y, por tanto, inservible para la nación. Lo que lleva, lógicamente, a la exclusión de quienes carecen en absoluto de recursos (quienes viven de la caridad pública, de lo que les dan sus esposos o familiares, etcétera) puesto que su voluntad no puede ser otra que la de quienes les facilitan la subsistencia. Tampoco se reconoce opinión independiente a los llamados por Locke “*dependents*”, lo que hoy llamaríamos trabajadores por cuenta ajena o asalariados. Esta asociación entre trabajador y persona no independiente implica una contradicción (que habría de mostrarse con toda su fuerza a lo largo del siglo XIX y, singularmente, en

218 *Idem*

las Revoluciones de 1848) entre la necesidad de considerar al trabajador como “libre” para contratar, pero sometido a su patrono en lo relativo a sus decisiones respecto de lo público, es decir, libre como privado pero no como público o con derechos como hombre pero no como ciudadano. En todo caso, la traducción práctica de estas consideraciones fue el mantenimiento del censo como habilitante para el ejercicio de los derechos políticos completado con quienes por sus méritos intelectuales debían ser llamados a ejercer cierta influencia sobre la vida pública.

En segundo lugar, al establecerse a la nación como sujeto de los derechos de soberanía, etcétera, la democracia, además de restringida, se hace necesariamente representativa. Mediante la representación alcanzan participación en la vida pública hasta quienes no disponen de derechos políticos. Al no representar los miembros del Parlamento a ningún sector concreto de la población, sino, en general, a la nación, nadie puede considerarse explícitamente excluido de esta representación.<sup>219</sup>

Con todo, este principio de articulación política entre lo público y lo privado a través de las elecciones y de su consecuencia inmediata, el Parlamento, no se agota en la teorización liberal, sino que se ha seguido manifestando superada la vigencia de aquél. Efectivamente, un autor tan significativo y tan alejado de las posiciones liberales como Carl Schmitt<sup>220</sup> va a seguir caracterizando al Parlamento como un órgano público, deliberante y de la sociedad. Expresando con la máxima síntesis la función relational y legitimadora del Parlamento y las elecciones dentro del Estado contemporáneo y su posición central en las relaciones entre las esferas pública y privada.

Habría que apuntar aquí que no casualmente la crisis de representatividad que sufren los Parlamentos actuales como consecuencia de las transformaciones introducidas por la vida de los partidos y por las nuevas necesidades legislativas y ejecutivas de la moderna estructura productiva y financiera viene acompañada de una agudísima crisis de

219 Lo expuesto en los puntos III, 2, A, a) y b) procede, básicamente, de una publicación anterior en la que se contemplan más ampliamente los temas relacionados con el derecho electoral y la representación política. Cfr. Cabo de la Vega, Antonio de, *El derecho electoral en el marco teórico y jurídico de la representación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, especialmente, pp. 32-65.

220 Al margen de las intenciones que puedan haberle inducido a seguir defendiendo dicha caracterización, sobre todo ello, cfr. Vega García, Pedro de, “Prólogo”, en Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, 1983, donde se realiza un certero análisis de la legitimidad o no de las inferencias schmittianas acerca de la democracia liberal.

distinción de las esferas de lo público y lo privado. Confusión que ha alcanzado su grado más alto en Italia, donde se ha llegado a constituir una comisión de expertos para discriminar una faceta de la otra en relación con el escabroso problema que planteaba el que el jefe del gobierno fuera también el propietario de uno de los mayores grupos industriales y financieros de Italia, con numerosas sociedades en competencia directa con otras del Estado y todas bajo la dirección de la misma persona en su doble condición de hombre público y hombre privado, como político y como empresario. Esta situación ni es particular de Italia ni es la única expresión de esta nueva interrelación, pues en todos los países occidentales la intervención del Estado en actividades tradicionalmente privadas como los mercados de valores, el sector bancario, las infraestructuras, la industria pesada, etcétera, junto a la progresiva privatización de otras tradicionalmente públicas como las comunicaciones, los transportes, numerosos servicios públicos del más variado tipo (desde el *mailing* electoral hasta la gestión privada de cárceles) hacen que las delimitaciones tradicionales hayan entrado en crisis haciéndolas poco menos que inservibles.

Esta nueva situación de las interrelaciones entre lo privado y lo público en el plano político han determinado, como habrá de verse al final de la siguiente sección, la correspondiente alteración de las estructuras jurídicas en las que se asentaban.<sup>221</sup>

#### B. *La articulación jurídica: la Constitución como mecanismo garantizador de la necesaria coexistencia de lo público y lo privado*

La respuesta jurídica que el liberalismo va a dar a la necesaria interrelación de lo público y lo privado, a la concepción de ambas esferas como un sistema de ordenación de la vida social, es la creación de un

221 O, dicho en otros términos, "La política capitalista implica un mínimo de diferentes términos. Las empresas en las que los trabajadores, a las órdenes del capital, producen trabajo excedente apropiado por el capitalista bajo unas determinadas condiciones de producción. Trabajadores, sistemas de intercambio competitivo que relacionan la fuerza del trabajo con los medios de subsistencia y producción como mercancías para su compraventa y en las que el trabajo excedente se convierte en plusvalía mediante la venta de su producto como mercancía. Los Estados en los que, como aparatos separados, se concentra el poder supremo de decisión y mantenimiento de las decisiones sobre un territorio dado, poder al cual se fijan canales institucionalizados de acceso, de tipo electoral o de otro tipo. Estos campos están intrínsecamente relacionados tanto dentro como entre los diferentes modelos", Therborn, Göran, "Enterprises, Markets and States, a First, Modest Contribution to a General Theory of Capitalist Politics", *University of Toronto and McMaster University International Structural Analysis Colloquium on The State and the Economy at the University of Toronto*, 1979, p. 4.

instrumento específico de articulación de los órdenes público y privado y de regulación del primero de ellos: la Constitución.

Desde el punto de vista que aquí importa, la Constitución supone el instrumento privilegiado para estudiar la evolución, en el plano jurídico, de ambas facetas. Una vez surgidas las Constituciones, las relaciones entre ambas pasan a ser necesariamente sistémicas, ya que es la Constitución la que va a regular la evolución y desenvolvimiento de todo el sistema jurídico, bien porque lo regule materialmente, bien porque establezca las fuentes y procedimientos jurídicos para su modificación.

Si se han señalado<sup>222</sup> como requisitos materiales de la aparición de una esfera pública (en sentido sistemático) la separación (cuando menos conceptual) entre propiedad privada y poder político y la configuración de un mercado de trabajadores libres que ofrecen su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración, dentro de un marco jurídico que asegura la satisfacción e igualdad de las contraprestaciones regido por la libertad de contratación, y, en el marco institucional/ideológico de las grandes aportaciones liberales de la opinión pública, una determinada concepción de los derechos naturales y la democracia representativa, se trata ahora de exponer la forma en que la Constitución como instrumento jurídico viene a encajar en este sistema tanto desde un punto de vista de ordenación material de la realidad como de legitimación y concreción del sistema.

Esta interrelación es naturalmente histórica y adopta diferentes modalidades respondiendo a las diferentes coyunturas. A efectos expositivos, se han agrupado estas diferentes actitudes en tres: la propia del modelo liberal, la del denominado Estado social y su posterior crisis. Sin ignorar naturalmente que el paso de una a otra es progresivo y que los modelos puros nunca han existido en la realidad.

En cualquier caso, podemos identificar el constitucionalismo como fenómeno histórico y su preludio en las Declaraciones de derechos, en los dos niveles anteriormente indicados: en relación con la estructuración del mercado y las relaciones entre particulares (supuesto previo a la construcción de una esfera de lo público) y en relación con la idea de nación y los supuestos articuladores del Estado liberal (división de poderes, democracia representativa, etcétera), en definitiva, con los aspectos que señala el artículo 16 de la Declaración de Derechos del

<sup>222</sup> Vid. secciones III, 1, A, B y C, pp. 67 y ss.

**Hombre y del Ciudadano:** “Toda sociedad en que los derechos no están reconocidos y la división de poderes garantizada, carece de Constitución”.

- a. Primera fase: Estado de derecho: primacía de lo privado  
(mecanismos de defensa frente a lo público: la división de poderes y las declaraciones de derechos)

El constitucionalismo como fenómeno histórico es el resultado de la nueva situación dominante de la burguesía dentro del conjunto de las relaciones sociales occidentales.<sup>223</sup> El constitucionalismo, por tanto, tiene un carácter marcadamente burgués, y sus objetivos e intereses en esta primera fase liberal pueden identificarse con casi toda exactitud con los de dicha clase social. Este hecho, que resulta casi trivial si en lugar de referirnos al derecho público lo hacemos al derecho privado (evidente y eminentemente burgués en su origen, en su función y en sus mecanismos de coerción) se hace más difícil de demostrar al monernos en el campo de lo público que es precisamente la otra cara de la moneda.

Efectivamente, como ha señalado el profesor C. de Cabo Martín,

La Constitución es un ámbito específico en cuanto en ella y a través de ella se relacionan lo Público y lo Privado<sup>224</sup> (desde esta perspectiva podría hacerse una lectura del artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en la que se afirma [...] que aquella sociedad en la que no exista la división de poderes —lo público— ni la garantía de los derechos individuales —lo privado— carece de Constitución). [...] En las primeras Constituciones modernas las diferentes secciones del catálogo de derechos fundamentales dan una imagen perfecta del modelo liberal de esfera pública: en ella se garantiza la sociedad como esfera de la autonomía privada; a ella se contrapone un poder público que se limita a unas pocas funciones, y entre ambas esferas aparece interpuesto el ámbito de los privados que se reúnen en un público, los cuales, en cuanto ciudadanos del Estado, hacen de mediadores entre el propio Estado y las exigencias de la sociedad burguesa, de forma que transforman, idealmente, mediante la mediación de esta esfera pública, la autoridad política en una autoridad “racional”. El interés común al que se debería adecuar la racionalidad de este tipo parecía garantizada por la situación de una sociedad de libre mercado, cuando la relación

<sup>223</sup> En la primera parte de esta sección se hace uso de la doctrina elaborada a este respecto por el profesor Carlos de Cabo Martín en su *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. II, Estado y derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional, Barcelona, 1993, especialmente, pp. 269-282.

<sup>224</sup> Cf. Fernández Carvajal, R., “Nota sobre el derecho constitucional, como ‘derecho común’”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Murcia, núm. 1, 1989.

entre los individuos en el mercado quedara emancipada de las imposiciones sociales y, en la esfera pública, de la coacción política.<sup>225</sup>

En el ámbito de lo privado, la unificación del derecho, la nueva configuración de la propiedad, el desarrollo estatal del derecho de familia y de sucesiones tiene como objetivo mantener el funcionamiento del mercado. Y ello gracias a dos categorías básicas: la libertad y la igualdad, sobre las que se construye el concepto fundamental del derecho privado: el derecho subjetivo. Un derecho que reconoce individuos libres e iguales para contratar, adquiriendo, transmitiendo y extinguiendo derechos subjetivos sobre bienes (y, en su caso, sobre el propio trabajo) es el necesario complemento estatal al axioma liberal de funcionamiento libre de la economía. “La Constitución es la que conforma y garantiza la existencia de la subjetividad jurídica y el despliegue de su libertad (autonomía) e igualdad con lo que se aprecia el carácter subsiguiente que tiene el derecho privado respecto del constitucional”.<sup>226</sup>

En la esfera pública se constituye la categoría del ciudadano libre e igual, presupuesto necesario para la configuración del resto de ideas básicas del Estado liberal: nación, pueblo, soberanía, representación, etcétera.

De ahí que respecto a la relación entre constitucionalismo y liberalismo se haya podido afirmar que “la Constitución y el constitucionalismo vendrían a ser la expresión jurídica de la utopía liberal”, y es que, efectivamente, ambos comparten una serie de supuestos.

En primer lugar, el citado principio racional de ordenación de la realidad. En segundo lugar, la idea de que existen comunidades que preexisten al Estado y que deciden su Constitución: pacto social y proceso constituyente guardan un evidente paralelismo. En ambos casos se supone que existen derechos previos: naturales en un caso y “declarados” en otro en los que se basa la realización misma del pacto. La presunción de armonía natural en las comunidades humanas que no precisa más que de un adecuado marco de relaciones para expresarse pacíficamente hacia el progreso. La irrevocabilidad de los adelantos

225 Habermas, “Sfera pubblica (una voce di encyclopedia)” *Cultura e critica*, p. 77.

226 Cabo Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. II, Estado y derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional, p. 275. *Vid* la bibliografía allí citada.

sociales, económicos y políticos fruto de un problema intelectual resuelto y nunca de un enfrentamiento de intereses, etcétera.

Pero mientras el liberalismo clásico se limitaba a dibujar negativamente la esfera de lo público, a encomendarle abstractamente misiones tales como el mantenimiento del orden o de la certeza en el derecho, el constitucionalismo, por su propia naturaleza, completó estas declaraciones más o menos vagas con “la definición jurídica de los sujetos políticos, su forma de participación, el carácter de la representación, etc.” configurando “un sistema orgánico de competencias tasadas que posibilitan la necesaria canalización de los intereses y conflictos y en definitiva, una adecuada interrelación Estado-sociedad”.

Esta adecuación entre ambos conceptos se manifestó igualmente en lo relativo a la forma misma del Estado, pudiendo afirmarse que existe una relación entre liberalismo como ideología, capitalismo como sistema económico, Constitución como arquitectura jurídica y república como forma de Estado.<sup>227</sup> Dicha vinculación cabe establecerla desde un triple nivel:

1. Desde los hechos: ya que en la realidad histórica todas las repúblicas han tendido como objetivo inicial el dotarse de una Constitución escrita. Las primeras repúblicas modernas concebidas como conquistas frente al Antiguo Régimen quieren dotarse de las garantías jurídicas que ofrece la rigidez constitucional (ejemplo Inglaterra, República-Instrument of Government).

2. Desde supuestos teóricos: ya que sólo en las repúblicas existe un verdadero poder constituyente inicial incondicionado. No así en las monarquías, en las que las propias leyes que regulan dicha institución (sucesión, etcétera) son limitadoras de este poder constituyente. Además, en las repúblicas todas las decisiones pasan a integrarse en el proceso político general de formación jurídica de voluntades de colectivos y no unilateralmente por la voluntad de un solo individuo. Y, por último, porque las repúblicas someten el conjunto de la vida pública a un sistema político racionalizado y jurídicamente objetivizado.

3. Desde supuestos prácticos: porque tanto el llamado sistema de legitimidad republicano (radicalismo en la defensa de derechos y libertades, tolerancia, relativismo, racionalismo, laicismo, etcétera) como

<sup>227</sup> Esta triple vinculación aparece señalada por primera vez en la obra de Cabo Martín, Carlos de, *La República y el Estado liberal*, Madrid, 1977, de donde se ha extraído.

sus presupuestos organizativos (Parlamento, separación entre la Iglesia y el Estado, etcétera) exige “no sólo la garantía sino la precisa determinación constitucional”.<sup>228</sup>

El constitucionalismo liberal, además de estructurar, en la forma vista, el ámbito de lo público al establecer sus procedimientos de legitimación (democracia, opinión pública), de control y organización (república y división de poderes), establece igualmente las normas que regulan el ámbito de lo privado y de su interrelación con lo público.

Este ámbito de lo privado viene determinado, en su expresión mínima, por el reconocimiento de los derechos del hombre, singularmente por el derecho de propiedad, que es un límite a la actuación misma del Estado, de lo público.<sup>229</sup> Las declaraciones de derechos establecen un principio mínimo divisorio entre aquello en lo que es lícito intervenir al Estado y lo que debe quedar fuera de su competencia, o, desde el punto de vista de los particulares, delimitan el ámbito de irrelevancia jurídica de los actos propios en la medida en que no quedan sometidos a más control que el propio arbitrio, es decir, son potestativos, libres.

Sin embargo, esta estructuración mínima no es suficiente para garantizar el funcionamiento de la sociedad liberal de mercado. Como ha señalado el profesor Pedro de Vega García, era preciso dotar de un “estatuto jurídico [...] [a] la sociedad liberal, y [al] Estado liberal de derecho clásico”.<sup>230</sup> Dicho estatuto jurídico “tuvo ya en Kant una formulación meritoria”: “El estado civil —escribió— como Estado jurídico está fundado en los siguientes principios *a priori*: 1) La libertad de todo miembro de la sociedad como ser humano. 2) La igualdad del mismo respecto a todos los demás como súbdito. 3) La independencia de todo miembro de una comunidad como ciudadano”.

Es decir, que el poder público debía garantizar la existencia de unos principios en el seno de la sociedad que hicieran que los derechos fundamentales reconocidos a los particulares frente al Estado permitieran el correcto funcionamiento de la sociedad liberal de intercambio de mercancías. Resultaba precisa la creación de un sistema de tráfico jurídico

228 *Ibidem*, p. 280.

229 Así lo reconocería el propio Bodino al señalarlo como uno de los límites de la soberanía. Cfr. Bodino, Juan, *Los seis libros de la república*, 1576, I, 8.

230 Vega García, Pedro de, “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, en Gatorreña Morales, A. (ed.), *Homenaje a R. Fernández Carvajal*, p. 2.

## con el que instrumentar las aspiraciones liberal-burguesas de libertad y autonomía.

En conexión directa con la proclamación de la libertad, la igualdad y la independencia como supuestos apriorísticos del Estado jurídico kantiano, se presentaba la tajante separación entre la sociedad y el Estado. Así las cosas, de lo que consecuentemente se trataba era de organizar los medios a través de los cuales, en la tensión sociedad-Estado, la sociedad pudiera efectivamente configurarse como el reino de la libertad, de la igualdad y de la independencia, frente a toda posible injerencia del poder. Para ello, los derechos y libertades del individuo, concebidos también como un “*a priori*” histórico y conceptual a la propia organización estatal, se entenderían como derechos absolutos que, sin limitación alguna, el hombre podría ejercitar siempre frente al poder público. Nada tiene de particular que, en estas circunstancias, su mejor garantía se expresa en la reducción al máximo de la acción estatal, con la proclamación utópica de un Estado abstencionista y neutro (Schmitt).

Ahora bien, la consideración unitaria y en bloque de los derechos fundamentales frente al poder como derechos absolutos, exigía que la organización jurídica de la sociedad se produjera de forma tal, que ese sistema de derechos y libertades burguesas quedara suficientemente garantizado en el ámbito social, donde, en definitiva, los individuos desarrollan su existencia. Se forjó un estatuto jurídico de la sociedad asentado en tres dogmas indiscutibles:

- a) el principio de generalidad de la ley,
- b) el reconocimiento de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, y
- c) la consagración de la autonomía de la voluntad privada.<sup>231</sup>

Con las declaraciones de derechos frente al Estado y la garantía por parte de éste del respeto a estos tres principios dentro de la sociedad se cerraba, según la construcción liberal, el sistema jurídico de interrelaciones entre lo público y lo privado, que garantizaba una menor lejisividad para la libertad personal (incluyendo en ella la propiedad),<sup>232</sup> una vez aceptada la necesidad de la existencia del Estado y la valoración negativa del mismo, como potencial agresor de la sociedad.<sup>233</sup>

Fue desde la generalidad de la ley, la igualdad formal ante la misma y la autonomía privada, desde donde se procedió a la organización jurídica de las relaciones entre particulares. De esta forma, y como correlato a lo que la Constitución representaba en la órbita de lo público, se crearía en el campo de lo privado una legislación inspirada en esos tres dogmas in-

231 *Ibidem*, pp. 2 y 3.

232 Cfr. p. 111 para Locke.

233 *Vid. sección III, 1, C.*

discutibles de la generalidad, la igualdad y la autonomía. Se comprende así —tal y como señalaron los notables civilistas Thieme y Wieacker— el contenido materialmente constitucional de la codificación<sup>234</sup> en la medida en que el Código Civil daba vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que se veían tutelados y amparados por la ley. En cuanto estatuto fundamental de la sociedad civil, bien se podría comparar el Código Civil con la Constitución, como estatuto organizador del Estado.<sup>235</sup>

Conforme a estos tres principios sucede, en primer lugar, que la ley es general, vale para todos y a todos obliga. La ley, el derecho, son el marco de uniformidad necesario para la regulación de un sistema complejo de intercambios independientemente de las personas, situaciones o lugares en que dicho tráfico jurídico se realice.

En segundo lugar, por la igualdad ante la ley, todos los operadores jurídicos (en el tráfico civil o mercantil) están en situación de paridad, por lo que ninguno de ellos puede aprovecharse del sistema en su propio beneficio, no hay situaciones de beneficio estructural y, además, al estar todas las partes en posiciones simétricas, carecen del poder mismo para afectar el ejercicio de los derechos ajenos. Dichas agresiones, en la medida en que suponen salir de esta igualdad (por fraude, engaño, violencia o error), implican la transgresión de la ley, lo que acarrea su correspondiente sanción: nulidad, indemnización o penas privativas de libertad, según los casos.

Por último, al haberse establecido un sistema jurídico político de ciudadanía general e igual para todos, donde se han suprimido las dependencias personales, y en la que se presume el valor e intangibilidad de los individuos, todos ellos pueden actuar (y, según la presunción liberal, así lo hacen) en sus relaciones sociales cotidianas, con plena autonomía de la voluntad (tanto en las de tipo contractual como en las que no lo son). Esta autonomía de la voluntad es la realización de la libertad dentro de la generalidad de la ley y de la igualdad ante la misma. En este marco jurídico, las agresiones a los derechos y a la libertad no pueden venir de los particulares sino sólo del Estado.

Frente a este análisis liberal (al margen de las transformaciones y alteraciones ha que se ha visto sometido en su posterior desarrollo his-

<sup>234</sup> Cfr. Herrero y Rodríguez de Miñón, Miguel, "Aspectos constitucionales del nuevo título preliminar", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 198, 1974, pp. 89 y ss.

<sup>235</sup> Vega García, Pedro de, "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)", p. 3.

tórico,<sup>236</sup> la doctrina marxista ha establecido un análisis completamente distinto de la relación existente entre el sistema legal descrito y el sistema de interrelaciones entre lo público y lo privado, entre el Estado y la sociedad, al anteriormente expuesto. Partiendo de su distinta concepción de los conceptos mismos de público y privado,<sup>237</sup> los pensadores marxistas reelaboran todo este sistema de relaciones entre mercado y sistema jurídico liberal en la forma que a continuación se expone.<sup>238</sup>

En el modo de producción capitalista para el que se construyó el esquema jurídico-político anteriormente citado, en la misma forma en que cualquier tipo de bien aparece bajo la forma de mercancía individual, las personas, los seres humanos, aparecen jurídica y socialmente como ciudadanos individuales, como particulares.

Sin embargo, para los defensores de este tipo de análisis, este “ciudadano” es, en realidad, una figura tan contradictoria y dúplice como la mercancía. Y ello por motivos que permiten establecer una analogía entre uno y otro o, mejor, que permiten demostrar la autoimplicación entre ambos términos.

En primer lugar, porque cada ciudadano es, en realidad, un ser concreto, cualitativamente distinto, con necesidades e intereses humanos cualitativamente distintos. De hecho, es esta diferencia la que los hace específicamente humanos.<sup>239</sup>

No parece que pueda dudarse de que los ciudadanos particulares no son en absoluto iguales los unos a los otros, desigualdad que no hace sino corresponderse con el carácter único de las actividades humanas y con las redes de relaciones sociales de las que se derivan estos intereses y necesidades. Redes que, siendo comunes a todos ellos, apare-

236 Tal como se expone en las siguientes secciones.

237 *Vid. pp. 89 y ss.*

238 Aunque la referencia a esta relación constituye prácticamente un tópico de la literatura marxista, la realidad es que pocas veces aparece directamente abordada con una cierta amplitud. La presente elaboración se basa en las propias opiniones de Marx (sobre todo en *La cuestión judía*), en Jessop, Bob, *State Theory. Putting Capitalist States in their Place*, Cornwall, 1990, pp. 52 y ss. (*On the form and function of Bourgeois Law*), en el clásico Pashukanis, E. V., *A General Theory of Law and Marxism*, Londres, 1978; en Tuschling, B., *Rechtsform und Produktionsverhältnisse*, Frankfurt, EVA, 1976 y, muy fundamentalmente, en Balbus, Isaac D., “Commodity form and Legal form, an Essay on the Relative Autonomy of the Law”, *Law and Society Review*, núm. 11, invierno de 1977, que constituye la más completa exposición de esta temática y al que se sigue de cerca en esta sección, completándolo, entre otras, con las obras citadas.

239 Y por la que, entre otras cosas, reciben “nombres propios”.

cen, sin embargo, percibidas (y realmente) como diversas en función de la posición que cada uno ocupa dentro de ellas.

Por otra parte, los ciudadanos particulares se ven también obligados (y con más frecuencia que lo contrario) a renunciar a esta individualidad y a mostrarse en forma en que pueda operarse con ellos diferentes tipos de intercambio. Por ejemplo, representar o ser representados unos por otros. La necesidad de este intercambio político o representación exige que estos individuos cualitativamente distintos con intereses incommensurables se introduzcan en una relación formal de equivalencia unos con otros, es decir, que los sujetos cualitativamente distintos pasen a ser lo que no son: iguales.

Esta relación de equivalencia, según Balbus, se hace posible a través del derecho (de la ley) que, con el desarrollo del capitalismo, se convierte en el equivalente político universal por medio del cual cada individuo pasa a ser igual a los demás en forma tal que cualquiera de ellos puede representar a los otros. Cualquier ciudadano, porque es considerado igual a los demás, tiene el derecho a representar a otros y, en la práctica, la obligación de sentirse representado por otros conciudadanos.

La forma legal en su desarrollo implica, por tanto, un forma común que resulta de la abstracción (y ocultamiento) de los contenidos cualitativamente distintos de las necesidades de los sujetos, así como del de sus actividades cualitativamente distintas y de las estructuras de relaciones sociales en que participan. Es decir, que la forma legal “convierte en abstracciones a los hombres reales”.<sup>240</sup> Por lo que actúa de manera completamente análoga a la abstracción que la forma de la mercancía opera sobre los “bienes reales”.

En este sentido, los caracteres de formalismo, generalidad y “autonomía” del derecho que Weber considera como integrantes del concepto de “racionalidad formal legal”, además de contar con las características y consecuencias señaladas por este autor, excluyen los intereses y orígenes sociales cualitativamente distintos de los individuos de los procesos de intercambio político, en forma análoga a aquélla en que el formalismo, generalidad y “autonomía” del dinero excluye los valores

<sup>240</sup> De Marx, citado por Lefebvre, 1969, *The Sociology of Marx*, Nueva York, Vintage Books, p. 127.

uso cualitativamente distintos de las mercancías, y el trabajo concreto que las produjo, de los cálculos del intercambio económico.

Esta opacidad de la forma jurídica a los intereses y características específicamente humanas es el equivalente a la “ceguera” de la forma de la mercancía con relación a los valores de uso y al trabajo concreto. Si la forma de la mercancía sirve para “extinguir” la “memoria” de los valores de uso y del trabajo concreto, la forma legal sirve, por su parte, para extinguir la memoria de los diferentes intereses y orígenes sociales. En palabras de Carlos Marx: “El estado [de derecho] suprime, a su forma, las distinciones establecidas por el nacimiento, rango social, educación, trabajo, al decretar que el nacimiento, rango social, educación, trabajo no son distinciones políticas [es decir, son privadas],<sup>241</sup> que todo miembro es parte de la soberanía popular”.<sup>242</sup>

Del mismo modo que la forma de la mercancía sustituye los valores de uso y el trabajo específico por abstracciones de valor de cambio y fuerza de trabajo indiferenciada, la forma legal sustituye la multiplicidad de necesidades e intereses concretos con las abstracciones de “voluntad” y “derechos”, y los individuos socialmente diferenciados con la abstracción del sujeto legal o persona jurídica. Pashukanis<sup>243</sup> fue el primero en exponer claramente lo que Balbus denomina el modo común

241 Aquí se apunta a la finalidad ideológica de la distinción, al hacer privadas a una serie de diferencias, lo que se hace es excluirlas de la esfera política y, por tanto, de lo modificable. Lo privado cuenta con una “legalidad natural” inamovible, intangible por lo político. Esta separación constituye lo que en terminología de Offe sería una *structural selectivity* en el sentido de que la estructura estatal se encarga de dejar fuera una serie de aspectos básicos para la reproducción del sistema y que, por tanto, no pueden ser objeto de discusión, sino, como máximo, de “sanción” por parte del Estado. Creo que por esta línea de pensamiento habría que interpretar también, quizá parcialmente, el iusnaturalismo y suapelación al *ordo naturalis*.

242 Marx, Karl, *La cuestión judía*.

243 Para una evaluación crítica de la contribución de Pashukanis, *cfr.* Jessop, Bob, “On Recent Marxist Theories of Law, the State, and Juridico-Political Ideology”, *International Review of the Sociology of Law*, núm. 8, 1989, p. 350. En resumen, en opinión de Jessop: “Más aún, mientras que Pashukanis postula una cierta unidad entre las relaciones legales como precondition para una teoría del derecho, enfatiza que la unidad del derecho privado y público es de constitución histórica, en buena medida contradictoria y particularmente inestables. (Pashukanis, E. V., *A General Theory of Law and Marxism*, Londres, Ink Links, 1978, pp. 47, 60, 96, 101-106, 137-138, 167, 176-177). En este contexto, Pashukanis también pone de relieve que esta frágil unidad depende de la actuación de aparatos legislativos y judiciales institucionalmente distintos y de la elaboración de una ideología jurídico-política general (*ibidem*, pp. 40-41, 42-43, 68, 76-77, 93-94, 139-140, 146, 148-149, 167). Pero, desde el momento en que su enfoque principal es el de la teoría general de derecho en su forma más abstracta, Pashukanis no especifica la eficacia de estos aparatos e ideología. Pertenecen a niveles inferiores de abstracción en los que también se toman en cuenta determinaciones que caen más allá del espacio limitado de las relaciones legales”.

## de sustitución que subyace tanto a la forma de la mercancía como a la forma legal:

Del mismo modo que la pluriformidad natural de los atributos aprovechables de un producto resultan en una mercancía sólo un envoltorio para el valor, al tiempo que los tipos concretos de trabajo humano se disuelven en trabajo abstracto como creador de valor; del mismo modo la multiplicidad de relaciones de cada hombre con las cosas se muestra como la voluntad abstracta del propietario, y al tiempo que todas las particularidades que distinguen a cada hombre como representante único de la especie *homo sapiens* se disuelven en la abstracción de hombre en general como sujeto jurídico.<sup>244</sup>

De esta forma, el sujeto de “derechos iguales”<sup>245</sup> sustituye al sujeto concreto de necesidades,<sup>246</sup> y la persona jurídica abstracta sustituye al individuo real, al ser humano, socialmente diferenciado. En este sentido —y es la conclusión que se pretende alcanzar— estaríamos en presencia de un movimiento doble de lo concreto a lo abstracto, la misma doble abstracción de forma y contenido que caracteriza a la forma mercancía.

Por ello, el tipo de “igualdad”<sup>247</sup> que establece y garantiza la forma legal resulta, en realidad, puramente formal en la medida en que se forja a través de una abstracción de las desigualdades sociales reales de la sociedad de clases capitalista, que, sin embargo, siguen naturalmente existiendo al margen de su reconocimiento “político”. Así pues, “la supresión política de la propiedad privada no sólo no suprime

244 Pashukanis, E. B., “The General Theory of Law and Marxism”, en Babb, Hugh W., *Soviet Legal Philosophy*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1951.

245 “Este proceso de individualización encuentra una de sus expresiones más claras en la forma legal y en el concepto de derechos legales: ‘Un derecho es siempre el de un sujeto individual: por ello extender o reclamar ‘derechos para el pueblo’ en una forma legal burguesa es aislarlos de forma inmediata’” (Picciotto, 1977, p. 3). Pero el mismo proceso se produce en el contacto diario entre todas las agencias administrativas estatales y las escuelas “públicas”, departamento de trabajo social, departamentos de vivienda, oficinas de seguridad, ya que todas actúan aislando a la persona que entra en contacto con ellos, tratándole como a un individuo o como a parte de una “familia”, Holloway, John, “The State and Everyday Struggle”, Seminar on the “State in Contemporary Capitalism”, México, octubre de 1979, p. 15.

246 En este contexto, resulta particularmente relevante la opinión del profesor Carlos de Cabo Martín en relación a que la construcción del derecho público, en general, y de los derechos sociales en particular, sobre la idea de subjetividad y no sobre la de necesidad o situación objetiva constituye una muestra clara de su origen liberal burgués difícilmente defendible en la actualidad en atención a la configuración del Estado español como “social y democrático de derecho”.

247 Todos los hombres nacen libres e iguales, todos son iguales ante la ley, se prohíben las discriminaciones por razones de sexo, raza, etcétera.

la propiedad privada [sino] que, por el contrario, presupone su existencia'.<sup>248</sup>

El formalismo de esta igualdad legal no le impide, sin embargo, que posea consecuencias sustantivas que desde luego no son iguales para todos y, desde este punto de vista, represivas. Porque, de un lado, la aplicación sistemática a individuos sistémicamente desiguales tiende necesariamente a reforzar las desigualdades del sistema; como recuerda Balbus, ésta es, objetivamente, la fuerza que subyace al famoso irónico elogio de Anatole France ("la majestuosa igualdad del derecho francés, que prohíbe por igual a ricos y pobres que duerman bajo los puentes del Sena"). En el mismo sentido, Marx aduce que el derecho a la "igualdad" garantizado por la forma jurídica es un "derecho a la desigualdad en su contenido, como lo es cualquier otro derecho".<sup>249</sup> Por otro lado, lo que quizá resulte más importante, es que la igualdad legal sirve para ocultar y obscurecer las diferencias de clase y las desigualdades sociales contribuyendo a una "desclasificación" de la política que milita contra la formación de la conciencia de clase necesaria para la creación de una sociedad sustancialmente más igualitaria. De esta forma, la "presión política de la propiedad privada" —la igualdad legal— hace mucho más difícil eliminar la propiedad privada y su consecuencia, las desigualdades de clase, ya que impide que la "propiedad" y las "clases" pasen al universo del discurso "político".<sup>250</sup>

La crítica marxista no se detiene en el cuestionamiento de la "igualdad" que establece el derecho, sino que se refiere igualmente a la propia "individualidad", base misma de la relación jurídica, establecida y protegida por la forma legal, ya que resulta también ilusoria en la medida en que se establece desde la abstracción de las bases sociales concretas de la individualidad, y es por tanto una "individualidad, pura, en blanco"<sup>251</sup> despojada de cualquier determinación o diferencia cualitativa. Y, también, respecto de esta individualidad se establece un paralelismo con el proceso de abstracción operado sobre las mercancías, ya que, del

248 Marx, *La cuestión judía*. De hecho, toda afirmación jurídica supone casi siempre que la realidad es la contraria, cuando se afirma que la ley no permite cometer cualquier delito es porque, obviamente, si lo permite (al margen de las consecuencias que de ello se deriven), cuando la ley se ve en la necesidad de afirmar la "igualdad de los hombres" no hace sino reconocer su radical desigualdad.

249 *Critica del Programa Gotha*.

250 *Vid. n. 241.*

251 Marx, C., *The Critique of Hegel's Philosophy of the State*, MEGA I i (1) 481.

mismo modo en que la forma mercancía separa la existencia del valor de uso concreto de la mercancía de su existencia formal como valor de cambio, reconociendo sólo a esta última como constitutiva de la “individualidad” de la mercancía, la forma legal separa la existencia social concreta de los individuos de su existencia como objeto formal del intercambio y reconoce exclusivamente a esta última como definidora de su individualidad. El problema estriba en que una forma de definir a los individuos como individuos tan sólo en la medida en que quedan aislados de su actividades y relaciones sociales (que constituyen el terreno real de su individualidad) necesariamente debe suponer un obstáculo para el reconocimiento de su verdadera individualidad.

La única forma de individualidad común a todos los miembros de una sociedad capitalista es la del individualismo (y egoísmo)<sup>252</sup> de intercambiadores de mercancías, que constituye el verdadero (y por ello “falso”) contenido de la individualidad formal que produce y garantiza la forma legal. La indiferencia a las necesidades cualitativamente diferentes “anunciada” mediante las abstracción de la “voluntad” y los “derechos” se encuentran en paralelo con (y se hace posible gracias a) un sistema de intercambio de mercancías cuyos agentes individuales son necesariamente indiferentes a la extensión de sus necesidades recíprocas y que se ven obligados a tratarse como meros medios para sus propios fines privados. En otras palabras, la persona jurídica no es otra cosa que la persona política del individuo cuya existencia social es instrumental, autointeresada y alienada; el individuo, en definitiva, que deja de actuar como un individuo social consciente de la inseparable relación entre su propio desarrollo y el de cualquier otro individuo.<sup>253</sup>

Así pues, el compromiso de la forma legal con la individualidad es en último término ilusorio, ya que la individualidad que reconoce y presupone es en realidad una forma alienada de individualidad: el individualismo.<sup>254</sup> Este compromiso se vuelve además doblemente ilusorio una vez que se reconocen las contribuciones de la forma legal a la

252 Tal como afirman los teóricos de la elección racional, *cfr.* Lewin, Leif, *Self-Interest and Public Interest in Western Politics*, Oxford University Press, 1991.

253 La emancipación política es la reducción del hombre, de un lado, a miembro egoísta de la sociedad civil, al individuo independiente egoísta, al otro lado del ciudadano a la persona moral (*La cuestión judía*).

254 Una conclusión semejante, aunque de menor generalidad, es la que arroja el estudio histórico de MacPherson, C. B., *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford University Press, 1990.

persistencia del propio modo de producción que hace imposible la verdadera individualidad.

A partir de este análisis de la individualidad, de la ciudadanía en terminología liberal, se puede dar el paso siguiente en el análisis de la propia comunidad política. Puesto que en la medida en que el orden jurídico establece su universalidad, y que sus ciudadanos definen su “comunalidad”, a través de una abstracción de las diferencias e intereses sociales reales que separan a los miembros de la sociedad capitalista y que los colocan unos frente a otros, Marx afirmará que lo que se construye es una “comunidad ilusoria” que “satisface la integridad del hombre de forma imaginaria”.<sup>255</sup>

Para poder ser un ciudadano real y tener significación política y eficacia, debe abandonarse la realidad social y abstraerse de ella y regresar de su propia organización no a su individualidad, ya que la única existencia que encuentra para su ciudadanía es su pura y vacía individualidad.<sup>256</sup>

Por ello, se afirma que la comunidad de ciudadanos es puramente formal, es decir, vacía de contenido real, porque el contenido real de la vida en la sociedad capitalista es especialmente particularista y no universalista. Como tal, la comunidad creada a través del orden jurídico es tan “imaginaria” como la producida por la religión; se trata de una esfera “celestial” que “sobrevuela o parece sobrevolar las limitaciones del mundo profano” (Lefebvre). Marx dirá que la forma legal es, en esencia, una forma religiosa.<sup>257</sup>

El individuo lleva, no sólo en el pensamiento, en la conciencia, sino en la realidad, una vida divina y una terrena, una vida en la comunidad política en la que cuenta como miembro de la comunidad y una vida en la sociedad civil, donde actúa como privado, considerando a otros hombres como medios, degradándose a sí mismo como medio y convirtiéndose en juguete de poderes ajenos. El Estado político se relaciona con la sociedad civil tan espiritualmente como el cielo y la tierra.<sup>258</sup>

255 La ideología alemana. También, “En el estado [legal] [...] el individuo [...] el miembro imaginario de una soberanía imaginaria; se ve despojado de su vida individual real y reemplazado con una universalidad irreal”, *La cuestión judía*.

256 *Critica al programa Gotha*.

257 “Hasta ahora, la Constitución política se ha convertido en la esfera religiosa, la religión del pueblo, el cielo de su universalidad en contraste con la existencia mundana particular de su realidad”, *Critica del Programa Gotha*.

258 *La cuestión judía*.

De esta forma la “comunidad” producida por la forma legal no es más real que el “cielo” creado por el sistema religioso.

Pero sucede, como se afirmaba antes sobre la individualidad que pese a su carácter puramente formal e imaginario, esta “comunidad” entraña, igualmente, consecuencias fundamentales. Si la ciudadanía es, en el fondo, una religión, entonces le es aplicable la doctrina del “opio del pueblo” en el doble sentido de que debilita y distorsiona la percepción de la realidad y de que ofrece una gratificación sustitutiva que compensa por la miseria de la realidad y la hace tolerable. Por un lado, la participación en la ilusoria comunidad política obscurece la percepción de las comunidades reales, mundanas, basadas en clases, y por ello particularistas en las que la gente vive, constituyendo la base para las llamadas a un “interés común” o “interés público” abstracto que milita contra el reconocimiento de los intereses de clase. Por otra parte, la comunidad política ofrece a los individuos una compensación por la ausencia de relaciones comunales con su existencia diaria en la misma forma que la perfección del “cielo” compensa (permitiendo al creyente tolerarlas) las imperfecciones de la existencia terrena. Por ambas razones, la “comunidad” producida por la forma legal contribuye decisivamente a la reproducción del modo de producción capitalista que la hace genuinamente posible. Por esa razón, el profesor Pedro de Vega ha denominado al nacionalismo “ideología del ocultamiento”<sup>259</sup> en cuanto facilita la creación de esa “comunidad ilusoria”.

El resultado de todo el análisis anterior es que la forma legal produce y refuerza formas ilusorias (en lugar de verdaderas) de igualdad, individualidad y comunidad. Y que, al mismo tiempo, estas formas ilusorias contribuyen de manera considerable a la persistencia del sistema capitalista que es el que (necesariamente) impide la realización de una verdadera igualdad, individualidad y comunidad. Por ambas razones, la forma legal es una forma específicamente “burguesa”. Con este análisis se pone en cuestión a quienes simultáneamente defienden esta forma (reformistas, socialdemócratas) y condenan el modo de producción capitalista que la “pervierte”, ya que, según esta opinión, no son capaces

<sup>259</sup> Vega García, Pedro de, “El nacionalismo como ideología burguesa”, *Estudios político constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.

de advertir que lo que defienden está inextricablemente unido al sistema que condenan.<sup>260</sup>

La última cuestión que aborda esta crítica radical de todo el sistema de interrelación entre lo público y lo privado, elaborado por las sociedades liberales, presuntamente, para la defensa de la libertad individual como valor supremo, es la de (admitiendo que las críticas anteriores sean correctas) cómo consigue legitimarse el sistema legal y cómo consigue ocultar estas deficiencias en el tráfico ordinario social, de forma que los perjudicados por el mismo no lleguen a ponerlo en cuestión.

A esta pregunta se ha elaborado una respuesta que establece un nuevo paralelismo con el funcionamiento de la forma mercancía y que denuncia ambas como formas “fetichistas”.

Antes de exponer dicha respuesta, conviene —según Balbus— despejar una falsa apariencia en la que para las tesis marxistas se mueven quienes no se plantean el tema con la suficiente radicalidad. Porque quienes afirman que la deslegitimación puede provenir del fracaso del derecho de estar “a la altura de sus promesas” (es decir, de la distancia que media entre sus promesas —libertad, igualdad, fraternidad— y sus realizaciones —diferencias, sumisión, etcétera—) no comprenden que la legitimación del orden legal no resulta principalmente de su capacidad de cumplir sus promesas, sino del hecho de que se valoren positivamente su propias promesas. En la medida en que el “formalismo”,

260 Marx, *Grundisse*. De donde se deduce que la forma legal no podría ser la base para una verdadera sociedad comunista o socialista desarrollada. Existe, según Balbus, otra forma de revelar la incompatibilidad entre legalismo y el socialismo. Las obligaciones legales no trascienden en absoluto los particularismos concretos de la sociedad capitalista, sino que debe ser más bien entendidos como universales abstractos que deben su existencia a esos particularismos concretos. Una sociedad socialista es aquella en la que la superación entre los particularismos concretos del interés propio alienado y el universalismo abstracto de la obligación legal queda totalmente transcendido en forma tal que los individuos actúan como individuos sociales que no están vinculados por intereses u obligaciones sino por el universal concreto de la necesidad social (la terminología de estirpe hegeliana del párrafo anterior puede explicarse del siguiente modo: un “particularismo concreto” es un deseo interno que es asocial; un “universal abstracto” es una petición de naturaleza social pero impuesta externamente; y un “universal concreto” es un deseo interno socialmente dirigido. Así, pues, una “necesidad social” es un universal concreto porque crea un vínculo entre individuos para los que la socialidad es un deseo interno y no un medio para un fin interesado o una obligación que limita la persecución del propio interés). Es decir, que la emergencia de la necesidad humana como base de la producción e intercambio sociales implica necesariamente la trascendencia de aquella forma (la legal) que conleva sistemáticamente una descarnada abstracción de las necesidades humanas. Es a lo que Marx se refiere cuando escribe, en la “fase superior de la sociedad comunista [en la que] el estrecho horizonte del derecho burgués [queda] totalmente trascendido y la sociedad escribe sobre sus banderas: cada uno según su capacidad, a cada uno según sus necesidades” (*Critica del Programa Gotha*).

“generalidad” e “igualdad ante la ley” se consideren valores genuinamente humanos, incluso los más exagerados y obvios alejamientos de estar, normas en la práctica no servirán para deslegitimar el orden jurídico en su conjunto, sino que, a lo sumo, tenderán a deslegitimar leyes específicas y los correspondientes organismos políticos responsables de las mismas. Si se considera el ejemplo de la práctica legal que sistemática y obviamente viola el principio de igualdad ante la ley, ya que los ricos reciben un tratamiento más liviano que los pobres para iguales crímenes, se observa que tales prácticas pueden deslegitimar a determinados jueces o sistemas judiciales, pero no deslegitiman el orden legal en tanto que la deslegitimación del primero no pone en cuestión, sino más bien se basa en la afirmación (criterio fundamental del orden legal) de la igualdad de trato al margen de la posición de clase.<sup>261</sup>

La deslegitimación presupone una ruptura fundamental con los valores y modos de racionalidad del sistema legal, una ruptura que supone una articulación de un conjunto de valores y racionales cualitativamente distintos.

Dicha deslegitimación, sin embargo, no se produce, y ello porque la forma legal no suele ponerse en cuestión. La razón de esta imposibilidad proviene de que es la propia forma legal la que impide esta operación crítica. La puesta en cuestión del orden social presupone la existencia de individuos que se conciben como sujetos evaluadores de un objeto que han creado y sobre el que poseen control. Es justamente esta presuposición la que queda anulada por la lógica (perversa) de la forma legal; esta forma crea una relación fetichista entre los individuos y el derecho en la que los individuos atribuyen subjetividad al derecho y se conciben a sí mismos como sus objetos o creaciones. En estas condiciones, la puesta en cuestión y subseciente deslegitimación del orden legal es literalmente “impensable”.<sup>262</sup>

261 En otras palabras, la objeción de que los ricos reciben un trato más benévoló que los pobres sólo deslegitimaría el orden legal en su conjunto, y por ello el modo de producción capitalista en que se basa y al que ayuda a sustituir, si la objeción se apoyara en el principio de que los ricos, por su mayor capacidad de pagar las multas y de evitar la necesidad de evitar los crímenes, deberían recibir penas más severas que los pobres por iguales delitos. En este caso, uno de los pilares básicos del orden legal se pondría en cuestión (la legitimidad del reconocimiento del origen social de clase) de forma que aunque el sistema cumpliera sus promesas de trato igual seguiría considerándose insuficiente.

262 En el sentido citado anteriormente de C. Offe.

Este fetichismo legal se manifiesta de muy diferentes formas. La principal de las cuales es probablemente la propia teoría formalista del derecho, en la medida en que dicha teoría conceptualiza el derecho como una realidad “independiente”, “autónoma” que debe explicarse de conformidad con su propia “dinámica interna”, es decir, que la concibe como un sujeto independiente de cuya creatividad depende la supervivencia de la sociedad. Por ello, los individuos afirman deber su existencia a la ley<sup>263</sup> en lugar de al contrario, invirtiendo la relación causal entre ellos y su producto. Cuando se afirma que la sociedad es el resultado del derecho<sup>264</sup> y no el derecho el resultado de un cierto tipo de sociedad, el derecho se vuelve por definición aproblemático. O, lo que es lo mismo, la respuesta a la pregunta de la legitimación del orden jurídico es que los ciudadanos de dicho orden no pueden ni formular esta pregunta.

Así pues, bajo las condiciones del fetichismo legal, el orden jurídico aparece no como un objeto de opción racional adoptado por sujetos autónomos, sino como un sujeto autónomo por sí mismo, cuya mera existencia exige que los individuos “se objetivicen” ante él. Según Marx, el Estado de derecho (*legal State*) es un poder:

que ha conseguido una existencia independiente de los individuos [...] un poder social [...] [que] aparece ante los individuos [...] no como su propio poder unido, sino como una fuerza ajena que existe fuera de ellos, de cuyos orígenes y objetivos se consideran ignorantes, que no pueden controlar y que atraviesa una peculiar serie de fases y estados independientes de la voluntad y de la acción de los hombres, que nunca consiguen ser sus principales gobernantes.<sup>265</sup>

Tal como sucedía con los procesos de abstracción e individualización, este fetichismo legal es homólogo al fetichismo de la mercancía, ya que funciona necesariamente de forma independiente o autónoma del poder o voluntad de los sujetos que originalmente los pusieron en marcha, pero que desconocen o han olvidado que lo hicieron. Como en el caso de las mercancías, la deificación del equivalente universal se apoya

263 Es lo que literalmente afirma nuestro Código Civil cuando establece que el nacido con forma humana adquiere personalidad jurídica cuando permanece veinticuatro horas totalmente separado del clauso materno, es decir, que nace a la comunidad *opé legis* y no viceversa.

264 Y en buena medida es ésta la idea que subyace a la expresión “Estado de derecho”, y, por supuesto, a toda la teoría pura del derecho.

265 La ideología alemana.

en el obscurecimiento de sus orígenes producido por la abstracción de la forma legal. Al igual que al ocultar la relación entre las mercancías y las necesidades humanas en valores de uso y trabajo concreto se da lugar necesariamente a la apariencia de que las mercancías, y especialmente su equivalente universal, el dinero, poseen poderes humanos, de la misma forma la abstracción y ocultamiento de las diferentes necesidades y orígenes sociales de los hombres realizados por la forma legal produce la ilusión de que el derecho —el equivalente político universal— posee vida propia. Si las relaciones humanas se hacen abstractas y reificadas, las cosas (ya sean productos materiales u objetos jurídicos) se personalizan, es decir, adoptan características humanas.<sup>266</sup> El fetichismo de las mercancías y el fetichismo legal son dos aspectos inseparables del modo de producción capitalista en el que los hombres quedan primero reducidos a abstracciones y después sometidos a sus propias creaciones.

El resumen de todo este análisis puede formularse —según Balbus— de la siguiente forma: la “autonomía relativa” del derecho no impide sino que implica necesariamente una identificación esencial o analogía entre la forma legal y la forma mercancía. La analogía e independencia entre ambas garantizan que tanto una como otra funcionen y se desarrollen independientemente de las preferencias de los actores sociales y que no puedan funcionar ni desarrollarse autónomamente del sistema en que dichos actores sociales participan. En otras palabras, la autonomía del derecho de las preferencias de hasta los más poderosos actores sociales (los miembros de la clase capitalista) no es un obstáculo sino un prerequisito de la capacidad de la ley para contribuir a la reproducción de las condiciones globales que hacen posible el capitalismo, por lo que su capacidad sirve a los intereses del capital como clase.

### b. Estado social: equilibrio o predominio de lo público

Dejando a un lado las diferentes razones que pueden explicar la transformación del Estado liberal clásico en el llamado “Estado social”

<sup>266</sup> La más obvia, la *voluntas legis*, frente a la *voluntas legislatoris*. Y todas las ficciones legales, de las que irónicamente se ha dicho que no son más que “razonar sobre mentiras como si fueran ciertas”.

de la segunda mitad del siglo actual,<sup>267</sup> y la utilidad misma del concepto que en todo caso conoce un uso casi universal,<sup>268</sup> cabe señalar en relación con la temática aquí abordada tres tipos de transformaciones fundamentales en el esquema anteriormente expuesto para el Estado liberal.

Estas tres transformaciones fundamentales se refieren, en primer lugar, a la extensión y funciones del sector público de la economía y de la vertiente asistencial del Estado, así como a las modificaciones que ha introducido en el mercado para la consecución de fines públicos (interés general). En segundo lugar, a la transformación de lo que Habermas denomina esfera pública o espacio de la publicidad, es decir, a la transformación del medio social en que se elabora la opinión pública. Y, por último, y como consecuencia de lo anterior, las transformaciones inducidas en el mundo jurídico con alteración de ciertas nociones básicas del sistema de fuentes y de la concepción de los derechos fundamentales y a la dotación de nuevos contenidos a los sistemas de formación de esta voluntad legal. Es decir, a la transformación del gobierno por discusión de Lowell al llamado (neo)corporatismo.<sup>269</sup>

Quizá el fenómeno más llamativo de los tres sea el primero de los citados. Constituye una constatación elemental el afirmar que las actividades en la esfera productiva (productiva en sentido amplio, es decir, en aquellas actividades en que existe competencia privada [por lo que se incluye la sanidad, educación, no “productivas” en sentido estricto]) del Estado se han multiplicado a lo largo del siglo XX en todos los países europeos si se comparan con la situación del siglo anterior. Este cambio se ha visto acompañado, además, de una transformación en la mentalidad social en relación con “lo que cabe esperar” del sector público. Si conforme a la mentalidad liberal, del Estado sólo cabía esperar

267 Dic平as explicaciones aparecen recogidas en Cabo Martín, Carlos de, *La crisis del Estado social*, Barcelona, 1986, pp. 20 y ss., donde se clasifican en cuatro grupos: a) teorías no marxistas que explican el Estado social como resultado del desarrollo económico y de la modernización; b) teorías no marxistas que explican el Estado social como resultado del desarrollo político; c) teorías marxistas que explican el Estado social como exigencia del proceso de acumulación, y d) el Estado social como resultado de una causalidad compleja en la que se interrelacionan factores económicos y los de carácter social.

268 Giannini, Massimo Severo, “Stato sociale: una nozione inutile”, *Il Politico*, 1977.

269 Cf. Schmitter, P. C. *Trends toward Corporatist Intermediation*, 1979; Bob, etcétera; Pannitch, L., “The Development of Corporatism in Liberal Democracies”, *Corporative Political Studies*, vol. 10, núm. 1, abril de 1977; Offe, Claus, “Two logics of Collective action”, *Political Power and Social Theory*, 1, 1979, *idem*, “The attribution of political status to interest groups”, en Berge, S. (ed.), *Interest Groups in Western Europe*, Cambridge, 1979.

seguridad y no injerencia, la ciudadanía moderna espera de lo público la prestación de una serie de servicios que influyen en las más variadas facetas de su existencia social.

Este crecimiento del sector y funciones públicas se ha visto acompañado de una gigantesca labor legislativa que ha convertido al derecho público en sus diferentes vertientes (algunas absolutamente nuevas, como el derecho del medio ambiente) en el principal responsable de la inflación legislativa moderna. Mientras el derecho civil, por ejemplo, sigue manteniendo un número reducido de normas y relativamente estables,<sup>270</sup> el derecho administrativo se despliega en una infinidad de leyes, decretos, reglamentos, etcétera (piénsese, por ejemplo, en la legislación urbanística o de la seguridad social) y el derecho mercantil conoce un grado tan amplio de intervención pública (derecho bancario, del seguro, de consumidores y usuarios, de la responsabilidad contractual y extracontractual, de defensa de la competencia, de la propiedad intelectual) que su propia naturaleza de derecho privado es ampliamente cuestionada.<sup>271</sup>

Este predominio de lo público en el mundo jurídico se halla en paralelo con la paridad o predominio del sector público en el campo de la economía. Este fenómeno, el del incesante aumento del sector público a partir de los años sesenta (tal como se recoge en la nota 27), se ha venido explicando desde cinco diferentes aparatos conceptuales:<sup>272</sup> la explicación económica, la explicación fiscal, la explicación política, la explicación institucional y la explicación internacional.

a) La explicación económica. Partiendo de la famosa ley de Wagner<sup>273</sup> conforme a la cual la presión hacia el progreso social conduce inevitablemente al crecimiento del sector del público (ya que el Estado sólo

270 Se observa, además, una “comercialización del derecho civil” que le hace perder buena parte de su especificidad, en la medida en que, de un lado, figuras nacidas para el tráfico entre particulares se emplean con fines especulativos (inversores en inmuebles para su arrendamiento, etcétera) y, de otro, en cuanto que los particulares emplean con frecuencia creciente instrumentos propios del tráfico mercantil como la letra de cambio, el cheque, el pagaré, etcétera.

271 De hecho, cada vez se le considera más un derecho por razón de la materia y no por el tipo de normas. Se trataría del derecho del tráfico mercantil organizado que exige normas de muy diferente naturaleza (derecho privado clásico, derecho fiscal, derecho administrativo), por lo que, se dice, debería hablarse con más propiedad de derecho de la economía.

272 Vid. Cameron, David R., “The Expansion of the Public Economy: a Comparative Analysis”, *American Political Science Review*, vol. 72, núm. 4, diciembre de 1978, pp. 1,245-1,251, al que se sigue en este punto.

273 Wagner, Adolf, “The Nature of the Fiscal Economy”, en Musgrave, Richard A. y Alan R. Peacock (eds.), *Classics in the Theory of Public Finance*, Londres, 1958, pp. 1-8.

se ve en condiciones de satisfacer las nuevas demandas sociales incrementando su presencia en la economía productiva, es decir, que la presión ciudadana reclamará inversiones crecientes en transporte, educación, etcétera, que aquél se verá obligado a conceder para mantener su legitimidad y respaldo electoral), se han elaborado las versiones modernas de esta tesis,<sup>274</sup> conforme a las cuales dichas exigencias y la disposición a soportar los impuestos que las sufragán son elásticas respecto de los ingresos, es decir, que a mayor riqueza, mayor expansión del sector público. Si bien parece existir un umbral superior, traspasado el cual, un incremento en la riqueza nacional no se corresponde con una mayor demanda (y crecimiento) del sector público.

b) La explicación fiscal.<sup>275</sup> La explicación fiscal es, en cierto modo, una variante de la anterior, en el siguiente sentido: si bien la presión ciudadana demanda crecientes niveles de prestaciones sociales al Estado, lo que le lleva a incrementar su intervención en el ámbito económico, dichas prestaciones tienen, con frecuencia, la característica de bienes públicos indivisibles,<sup>276</sup> por lo que los costos y beneficios no están directamente relacionados, no existe una conexión directa perceptible entre el abono de los tributos y un mayor disfrute de dichos bienes. Además, la percepción del contribuyente es de no optimización en el sentido de que, además, siempre debe pagar por algunos programas que nunca tendrá que usar (rehabilitación, residencias de ancianos, producción de bienes de los que no precisa, etcétera). Por ello, la opinión resultante es que los impuestos exceden de los beneficios en que redonda su abono en forma tal que sólo aquellas naciones capaces de crear una “ilusión fiscal” conforme a la cual sean capaces de ocultar los costos de estos programas podrían incrementar dichos servicios (y la consiguiente intervención en la economía del sector público) sin perder el apoyo del electorado. O, lo que es lo mismo, que los sistemas fiscales basados en impuestos indirectos y contribuciones a la seguridad

274 Bird, Richard M., “Wagners Law of Expanding State Activity”, *Public Finances*, núm. 26, 1971, pp. 1-26; Gupta Shibusanker P., “Public Expenditure and Economic Development”, *Finanarchiv*, núm. 28, 1968, pp. 26-41; Mushgrave, Richard A., *Fiscal Systems*, Yale University Press, 1969.

275 Downs, Anthony, “Why the Government Budget is too Small in a Democracy”, *World Politics*, núm. 12, 1960, pp. 541-563; Buchanan, James M. y Richard E. Wagner, *Democracy in Deficit: the Political Legacy of Lord Keynes*, Nueva York, 1977.

276 Es decir, aquellos que no pueden ser disfrutados aisladamente, sino siempre dentro de una comunidad, como son la paz, la seguridad ciudadana, etcétera.

social tienen más posibilidades de incrementar su sector público que los basados en tributación directa.

c) La explicación política: Partiendo de la afirmación de Downs<sup>277</sup> de que “en una sociedad democrática la división entre el sector privado y el sector público viene básicamente definida por los deseos del electorado”, los estudios más modernos<sup>278</sup> han establecido dos tipos de relaciones entre la política en su vertiente electoral y la expansión del sector público de la economía: en primer lugar, los efectos de la competencia electoral en la puja al alza de los programas de gasto y, en segundo lugar, el efecto de las variaciones en la composición de los partidos que sustentan al gobierno en las correspondientes inclinaciones ideológicas del mismo. Es decir, que existiría una cierta relación entre el aumento del prestaciones (y del sector público de la economía) y el triunfo electoral por lo que, en el periodo anterior a las elecciones, se manifestaría la tendencia a hacer crecer la economía pública como medida que asegurase el triunfo electoral, al partido en el gobierno. Cada proceso electoral supondría, por tanto, un incentivo al crecimiento del sector público. Respecto del segundo aspecto, pese a los ampliamente reconocidos hechos de aproximación ideológica entre partidos, importancia de la burocracia profesional, tendencia a conservar las técnicas de gobiernos anteriores, vaguedad de las promesas electorales, constricciones impuestas por el contexto internacional y las exigencias del capital nacional y el necesario desarme ideológico de la izquierda para abrirse a electorados más amplios,<sup>279</sup> parece que puede seguirse afirmando la existencia de una relación entre la formación de gobiernos por parte de partidos o coaliciones “de izquierdas” o progresistas y la ampliación del sector público de la economía, y ello tanto en Europa<sup>280</sup> como en América.<sup>281</sup>

277 Downs, Anthony, “Why the Government Budget is too Small in a Democracy”, *World Politics*, núm. 12, 1960, p. 541.

278 Hibbs, Douglas A. Jr., “On the Political Economy of Long run Trends in Strike Activity”, *British Journal of Political Science*, 8, 153-75; Tuffe, Edward, *Political Control of the Economy*, Princeton University Press, 1978.

279 Lipset, Seymour Martin, *Political Man*, Gladen City, 1960; Bell, Daniel, *The End of Ideology*, Glencoe, 1960, y toda la literatura que de ellos deriva hasta las tesis del “final de la historia”.

280 *Vid. n. 278.*

281 Davis, Otto A., M. A. H. Dempster y Aaron Wildavsky, “A Theory of the Budgetary Process”, *American Political Science Review*, núm. 60, 1966, pp. 529-547.

d) La explicación institucional. Conforme a este razonamiento el crecimiento del sector público estaría íntimamente ligado al tipo de institucionalización del poder público. Y ello, particularmente, en dos aspectos: primero, la existencia de diferentes niveles de poder público en el interior de una misma nación y, segundo, el grado de centralización fiscal.

Si se admite que las burocracias administrativas tienden a perpetuarse y a incrementar su intervención en la vida social mediante el control de un volumen cada vez mayor de recursos,<sup>282</sup> dada la existencia de diferentes centros de poder autónomos con capacidad para decidir sobre el reparto del gasto público que, a su vez, no necesariamente proviene de fondos obtenidos en esos mismos niveles, habría que concluir que tal situación (federalismo, Estado de las autonomías)<sup>283</sup> debería conducir a un crecimiento significativo del sector público.

e) La explicación internacional. La explicación internacional parte del nuevo contexto de las economías nacionales en el que los efectos de un cambio en el mercado internacional se traducen de forma inmediata dentro de los mercados nacionales. El peso del comercio exterior en el conjunto de la economía supera en algunas naciones (Holanda, Bélgica) el PIB de forma que las variables fundamentales para determinar magnitudes tales como la tasa de beneficio, el incremento del costo de la vida e, indirectamente, la tasa de desempleo no son nacionales, sino internacionales. Ello hace que aquellos Estados que pretenden ejercer algún tipo de control sobre la economía nacional sean conscientes de la creciente dificultad que encierran políticas tales como las de control de la demanda agregada, las de flujo monetario, etcétera. Por ello, y en reacción a estas crecientes dificultades, estas naciones con una economía más abierta (y todas las europeas lo son crecientemente con la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo) traten de hacer más eficaces sus políticas macroeconómicas aumentando el peso de la eco-

282 Downs, Anthony, *Inside Bureaucracy*, Boston, 1964.

283 A estos efectos, la actual polémica española sobre la administración única resulta comparable a la del federalismo. En todo caso, ya Wagner había advertido en 1883 la mayor tendencia al crecimiento del gasto público en los ayuntamientos y entidades inferiores que en el Estado central (Wagner, Adolf, "The Nature of the Fiscal Economy", en Musgrave, Richard A. y Alan R. Peacock (eds.), *Classics in the Theory of Public Finance*, Londres, 1958, p. 8).

onomía pública menos sensible a las variaciones exteriores al estar, en definitiva, menos sometida a las leyes del mercado.<sup>284</sup>

El resultado del estudio empírico citado de David R. Cameron<sup>285</sup> en dieciocho países<sup>286</sup> ha demostrado que la primera de las teorías no concuerda con la realidad, ya que sólo puede hablarse de incrementos en el gasto público al crecer la riqueza nacional para naciones aún poco desarrolladas; dicho en otros términos, la solicitud de mayores servicios públicos se vuelve inelástica respecto del esfuerzo fiscal para determinados umbrales de riqueza; igualmente, la “ilusión fiscal” de la segunda teoría parece contradecirse con los datos existentes. En cambio, el contexto político del gobierno parece incidir directamente en el crecimiento del sector público, ya que en ninguno de los países estudiados un gobierno de izquierdas dejó de incrementar el sector público de la economía,<sup>287</sup> sin que, por el contrario, se reflejara una influencia directa en el número de consultas electorales. Tampoco puede probarse una relación entre federalismo y aumento del sector público. La tesis más comprobada en la práctica es la referida a la apertura de la economía, pues las economías más abiertas, al margen de disponer de gobiernos progresistas o conservadores, mostraron una decidida tendencia al crecimiento del sector público.

En resumen, este estudio sobre el crecimiento material de lo público en la economía viene a apoyar una afirmación muy común en la caracterización de la nueva situación de los Estados europeos tras la segunda Guerra Mundial y a desmentir otra no menos frecuente. La primera es la que obliga a considerar la política nacional dentro del contexto económico internacional de intercambio e interrelación en el que las políticas, aunque sigan siendo nacionales, deben considerar, necesariamente, variables internacionales, llegando a veces hasta una gran reducción de las alternativas políticas posibles dentro de dicho sistema.

284 Gilpin, Robert, “Three Models for the Future”, en Bergsten, C. Fred y Lawrence B. Krause (eds.), *World Politics and International Finance*, Washington, 1975, pp. 37-70; Lehrbruch, Gerhard, “Liberal Corporatism and Party Government”, *Comparative Political Studies*, núm. 10, 1977, pp. 91-126.

285 *Vid. n. 272.*

286 Estados Unidos, Canadá, Gran Bretaña, Irlanda, Australia, Japón, República Federal de Alemania, Francia, Italia, España, Holanda, Austria, Bélgica, Suiza, Suecia, Noruega, Dinamarca y Finlandia.

287 Obviamente, el estudio no contempla los gobiernos de partidos socialistas en la novena década del siglo; de haberlo hecho, los resultados habrían sido indudablemente distintos, cosa distinta es hasta qué punto se hubiera debido caracterizar a dichos gobiernos como “de izquierdas”.

ma.<sup>288</sup> La segunda, que matiza considerablemente la anterior, es que, en contra de cierta opinión, sí existen diferencias dependiendo del tipo de partido que se haga con el gobierno aunque estas diferencias puedan quedar más o menos compensadas por el influjo de otras variables. Es decir, que aunque existen fuertes presiones externas que apuntan a una cierta determinada política, no existe una sola política posible.<sup>289</sup>

El influjo del sector público sobre el conjunto de la economía productiva no es el único factor de alteración del mercado como ámbito de lo privado, toda vez que el moderno ordenamiento económico ha venido a modificar algunos de los principios básicos citados de organización “privada o libre” del mercado. Entre ellos cabe destacar tres. Primero, en relación con los derechos, desaparece su concepción como derechos absolutos que sus titulares pueden ejercer o no libremente: aunque siempre se admitió la existencia de límites a los derechos tanto externos (derechos ajenos, orden público, *a contrario sensu* el abuso de derecho) como internos (los derivados de la propia naturaleza de cada derecho subjetivo —sus facultades inherentes—); ahora, al afirmarse que los derechos no deben satisfacer solamente los intereses de su titular sino los de la generalidad, se puede obligar al ejercicio de un derecho (lo que en la ideología liberal sería una *contradictio in terminis*). Además de las declaraciones genéricas del artículo 7 del Código Civil y 33.2 constitucional, existen casos concretos de ejercicio obligado o prohibido de derechos. Por ejemplo, el artículo 265 de la Ley de Sociedades Anónimas que impide su disolución (es decir, suprime el derecho absoluto de los socios a pedir la disolución) en el caso de que el gobierno estime que sea contrario al interés social. O, en materia de explotación agrícola, se impone un determinado nivel de producción que de no alcanzarse puede dar lugar a la expropiación (fincas manifiestamente mejorables).

Segundo, se hace quebrar, igualmente, otro principio clásico del tráfico del mercado liberal, el de la responsabilidad por culpa (artículo 1,105, Código Civil), según el cual, al ser las actividades en la esfera privada libres y voluntarias, sólo se responde cuando la acción puede encuadrarse dentro de ese marco y, además, incurre en dolo o negligencia.

288 Estas afirmaciones podrían matizarse en su interrelación con la cuestión de los modelos central y periférico de desarrollo capitalista, tal como hace, por ejemplo, Cabo Martín, Carlos de, *La crisis del Estado social*, pp. 97 y ss.

289 Sobre las diferentes alternativas, vid. *ibidem*, pp. 80 y ss.

La responsabilidad objetiva que rompe con esta forma de entender la relevancia de las actividades privadas viene recogida para diferentes supuestos (artículo 2, 1, constitucional) de la Ley de Consumidores y Usuarios, casos de navegación aérea, etcétera), como ya se había recogido antes para la actuación de la administración pública.<sup>290</sup>

Y, tercero, la actividad estatal ha reducido también el principio de autonomía de la voluntad en el mercado en diferentes situaciones. Por ejemplo, en lo relativo a la libertad para contratar o no y para fijar el contenido de los contratos.<sup>291</sup> Así, el Decreto de 27 de julio de 1983 obliga a toda sociedad mercantil a la realización efectiva de actividades empresariales bajo pena de sanciones administrativas. Igualmente, los contenidos de muchos tipos de contratos vienen fijados por la administración en forma de contenidos mínimos, formularios oficiales (por ejemplo, en banca, seguros, etcétera), aprobación previa de condiciones generales, etcétera.

Es decir, que la proyección de lo público sobre la sociedad no se limita al hecho de que actividades tradicionalmente practicadas por la sociedad encuentren competidores en la actividad estatal, sino que los poderes públicos imponen además restricciones a la actividad privada con el fin de salvaguardar el interés público, ya que “Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”.<sup>292</sup>

Una última manifestación de la nueva presencia de lo público en el mercado la constituye la configuración del trabajo como un derecho,<sup>293</sup> lo que supone una nueva quiebra en la concepción clásica de las relaciones entre particulares. Los derechos quedan, por definición, amparados por los poderes públicos (mediante diferentes mecanismos legislativos o jurisdiccionales); sucede, sin embargo, que el derecho al trabajo es un derecho especial en la medida en que el trabajo es una institución jurídica necesariamente bilateral. Es decir, que para que alguien trabaje, otro debe emplearlo. Lo que, en pura lógica, quiere decir que si alguien tiene derecho a ser empleado debe existir alguien obligado a contratarlo. De esta forma, la base misma del sistema liberal de mercado, el en-

290 Que responde del funcionamiento regular o irregular de los servicios públicos.

291 Esto se refiere sólo a las restricciones que establecen los poderes públicos. Como se verá, existen otras provenientes de los poderes privados.

292 Artículo 128.1, Constitución española.

293 Sin perjuicio de la efectividad o no de tal técnica jurídica y de su probable uso ideológico.

cuento libre de trabajador y empresario queda notablemente cuestionada con la introducción de un derecho subjetivo en favor del trabajador. Esta constitucionalización del derecho al trabajo no resuelve el problema de la compatibilidad de este derecho con otros, sino que sólo lo plantea en un plano jurídico. Porque si el trabajo es verdaderamente un derecho que debe ser garantizado por el Estado, lo que resulta discutible (en la práctica se ve qué imposible es que pueda hacerlo sin unos niveles de intervención en el mercado que parece incompatible con los presupuestos del Estado liberal clásico que aún aparecen recogidos en las actuales constituciones). De esta forma, la Constitución, un instrumento jurídico liberal por excelencia que pretendía garantizar que el aparato estatal heredado del Antiguo Régimen resultase compatible con las actividades “libres” en el seno de la sociedad mediante la limitación del poder público (por su división y juridificación) y con el establecimiento de derechos como límites absolutos frente a su injerencia, acoge en su seno la contradicción básica de la sociedad entre quienes trabajan (o desean trabajar) y quienes disponen de los medios para que aquéllos lo hagan. Si el trabajo es un derecho, la propiedad difícilmente podrá seguir siéndolo.

Esta transformación de la estructura del mercado con la nueva intervención estatal tiene su correlato en la segunda de las características citadas al comienzo de esta sección: la transformación del espacio público, del ámbito en que se forma la opinión pública y, por tanto, de interrelación entre la sociedad y lo público estatal. Porque aunque el modelo liberal de esfera pública sigue siendo hoy relevante en lo relativo a su traducción normativa en la exigencia de publicidad, no puede aplicarse a la nueva situación real de una democracia de masas industrialmente avanzada y estructurada en forma de Estado social.<sup>294</sup> Ya que tanto las connotaciones ideológicas como los presupuestos sociales de dicho modelo a los que esta última podía asociarse se han visto profundamente transformados (transformaciones éstas que pueden detectarse ya desde el cartismo en Inglaterra o desde la Revolución de febrero en Francia).

El público, como consecuencia de la difusión de la prensa y de la propaganda, se extiende más allá de la burguesía. Al perder su exclu-

<sup>294</sup> Cfr., a este respecto, Habermas, J., “Sfera pubblica (una voci di enciclopedia)”, *Cultura e critica*, pp. 54-60, originalmente, en Fischer, *Staat und Politik*.

sivismo social (la citada identificación entre el todo y la parte de la que es ejemplo Sieyès), dicha clase pierde también la cohesión que le aseguraban las instituciones de intercambio social y de un nivel cultural relativamente alto.

Muchos de los conflictos que hasta este momento quedaban relegados a la esfera privada se resuelven ahora en la esfera pública; las necesidades que no pueden esperar satisfacción alguna de un mercado que se regula por sí mismo tienden a obtener su regulación del Estado. La esfera pública, que debe comunicar ahora tales necesidades, se convierte en el campo de batalla de los distintos intereses en las formas más agudas de confrontación violenta.<sup>295</sup>

Por ello, en esta nueva situación resulta difícil seguir interpretando ciertas leyes, emitidas ciertamente tras la “presión popular”, en el sentido de un resultado del consenso de los particulares que discuten públicamente, correspondiéndose más o menos abiertamente al compromiso entre los diferentes intereses privados en conflicto entre ellos. Y no sólo en cuanto a su origen, sino también en cuanto a su fin, pues resulta igualmente difícil interpretarlas como “respuesta intelectual a un problema” y no como “opción entre intereses contrapuestos”. Hoy, en la esfera pública política, actúan en relación con el Estado diferentes organizaciones sociales, ya sea a través de los partidos o mediante el acuerdo directo con la administración pública. Con esta interrelación entre el ámbito de lo público y de lo privado no son sólo las instancias políticas las que asumen ciertas funciones de la esfera de la circulación de mercancías y del trabajo social, sino que también las fuerzas sociales asumen funciones políticas. A este fenómeno se le ha denominado, en ocasiones, “refeudalización” de la esfera pública.<sup>296</sup> Las grandes organizaciones tienden a alcanzar acuerdos políticos entre sí y con el Estado, excluyendo en la medida de lo posible la publicidad; si bien al tiempo deben conseguir cuando menos el consenso plebiscitario de la masa de la población, desarrollando una publicidad ostensiva.

De esta forma, se produce una completa transformación de las funciones de la publicidad, ya que la publicidad burguesa no pretendía justificarse “ante” nadie, ya que la burguesía constituía el solo agente

295 O, en terminología distinta, “el Estado se convierte en el lugar privilegiado de la lucha de clases”. Cfr. Cabo Martín, Carlos de, *La crisis del Estado social*, pp. 75-77.

296 Cfr. n. 269.

político, sino que pretendía “garantizar” que la actividad pública no invadiese determinados ámbitos de lo privado (lo público como garantía).<sup>297</sup> Por ello, —según Habermas—<sup>298</sup> la esfera pública política del Estado social se caracteriza por una desautorización típica de sus funciones críticas. Mientras que anteriormente la publicidad debía someter personas y cosas al juicio crítico del público y hacer que las decisiones políticas se enfrentaran al tribunal de la opinión pública, hoy trata con frecuencia de favorecer una política secreta de intereses. En cuanto *publicity*, de lo que se trata es de procurar un prestigio público a personas y cosas, y conseguir situarlos en condiciones de obtener el éxito en un clima de opinión no pública. En la actualidad, expresiones tales como “labor publicitaria”, “campaña publicitaria”, etcétera sugieren que la esfera pública, que en el pasado surgía de la estructura social, debe lograrse ahora intencionalmente y caso por caso. De este cambio de funciones también se resiente el que se ha considerado principal mecanismo de interrelación política de lo público y lo privado: la democracia representativa, en lo que se refiere a los partidos y su actuación parlamentaria.

En contraste con esta destrucción de la forma tradicional de publicidad, el Estado social ha extendido una cierta obligación de publicidad a todas las organizaciones que operan en unión con el Estado.<sup>299</sup> En palabras de Habermas,

297 Cfr. pp. 256 y ss.

298 “Para Habermas lo más significativo de la emergente dominación del capital monopolístico es el hecho irónico de que precisamente en la medida en que la esfera política se hace cada vez más importante para la integración social e incluso para la generación y apropiación del excedente, está cambiando su naturaleza por la transformación de su modo de institucionalización. Deja de ser ‘la esfera pública’ —es decir, un campo en el que diferentes clases o fracciones de clases se enfrentan y a través del cual se logra el ‘consenso’— y se vuelve, por el contrario, un lugar privatizado, jerarquizado e instrumentalizado al modo de la economía (Habermas, *The Public Sphere*, 1974). La especificación y análisis de esta transformación ha sido el centro del trabajo de otro miembro de la escuela de Claus Offe y también para el de James O’Connor, el economista americano que si no es, por así decir, un ‘miembro’ de la escuela, guarda indudablemente una estrecha afinidad con la misma”, Woodiwiss, Tony, “Critical Theory and the Capitalist State”, *Review of Jürgen Habermas (1975) Legitimation Crisis, Economy and Society*, Beacon Press, vol. 7, núm. 2, mayo de 1978, p. 181.

299 En este sentido, puede interpretarse el problema de la naturaleza jurídica de los partidos, y su paso progresivo de lo privado a público, y la correspondiente exigencia de publicidad. Es lo que se ha llamado la “constitucionalidad de los partidos”; es decir, la obligación jurídica de éstos de conformarse a los principios de participación democrática constitucionalmente proclamados tanto en sus relaciones *ad intra* con sus miembros como en sus relaciones *ad extra* con otros partidos y el Estado, Cfr. Urciuoli, María Antonieta, *La tutela dei singolo nei partiti politici*, Nápoles, 1990.

en la medida en que tal exigencia logre imponerse podrá sustituirse un público de particulares con relaciones individuales entre sí por un público de particulares organizados. En la situación actual, estos últimos sólo pueden tomar parte activa en un proceso de comunicación pública a través de los canales de la esfera pública de los partidos y de las asociaciones sobre la base de la publicidad surgida de la relación entre dichas organizaciones y el Estado. La idea de esfera pública que aún se conserva en la democracia de masas del Estado social, que representaba una racionalización del dominio a través de la discusión pública entre particulares, amenaza con desaparecer junto con el cambio mismo en la estructura de la esfera pública. Para mantenerla es necesaria una base bien distinta, en forma de una racionalización del ejercicio del poder social y político bajo el control recíproco de organizaciones rivales y caracterizadas por su dimensión pública y por su propia estructura interna y por las relaciones que sostienen con el Estado y entre sí.<sup>300</sup>

Este proceso es, en cierta medida, el reverso del citado en primer lugar, pues si éste tendía a confundir al Estado con el funcionamiento del mercado, aquél hace participar a diferentes organizaciones nacidas en el seno de la sociedad en la decisión de las políticas públicas, alterando tanto uno como otro el esquema tradicional de las democracias liberales.

Las transformaciones de este espacio de la publicidad con las consecuencias políticas citadas se traduce, lógicamente, en el sistema normativo que en su conjunto viene a regularlo. Frente a la ley como expresión de la voluntad general de una clase unificada (la burguesía), la ley es para el Estado social un instrumento de intervención<sup>301</sup> en una sociedad dispar y fruto, además, de una confrontación de intereses en su proceso de elaboración y no de discusión de pareceres. Por ello, la ley general clásica ve disminuir su utilidad como instrumento de política estatal en favor de la delegación legislativa en sus diferentes variedades (delegación propiamente dicha, leyes de bases, marco, etcétera).

300 Cfr., además, Jessop, Bob, "Corporatism, Fascism and Social Democracy", en Schmitter, P. y G. Lehmburck, *Trends Toward Corporatist Intermediation*, Londres, 1979; idem, "Capitalism and Democracy: The Best Possible Political Shell?", en Litteljon, G. (ed.), *Power and the State*, Londres, 1978; Harris, Nigel, *Competition and the Corporate Society*, Londres, 1972; Esping Andersen, G., Roger Friedland y Erik Olim Wright, "Modes of Class Struggle and the Capitalist State", *Kapitalistate*, 4-5, verano de 1976. En todo caso, esta opinión de Habermas no difiere en lo esencial del planteamiento que realizara Leibholz en *La rappresentazione nella democrazia*, Milán, 1989.

301 Cfr. Cabo Martín, Carlos de, "Las fuentes del derecho: un apunte sistemático", *Libro homenaje al profesor Juan José Ruiz Rico*.

Además, en competencia con la labor legislativa parlamentaria se refuerza la potestad reglamentaria de la administración, y se generaliza la deslegalización y el empleo de procedimientos de excepción (“el gobierno por decreto”).<sup>302</sup>

Por último, el intento por parte del Estado de tener una influencia más profunda sobre la marcha de los mercados, le obliga a adaptarse a las nuevas dimensiones de aquéllos, en forma tal que debe ir cediendo progresivamente competencias (legislativas y de ejecución) a organismos supranacionales que están en mejores condiciones para comprender los movimientos de los mercados y, en su caso, negociar con sus agentes. Toda esta concepción del derecho como instrumento de intervención estatal para la defensa del interés general se ha expresado diciendo que “la normatividad en el Estado social se expresaba como mandato”.<sup>303</sup>

Junto a estos instrumentos normativos típicamente públicos, se da entrada además a otros de índole semipública o semiprivada. Las manifestaciones más claras de esta capacidad legislativa privada la constituyen los convenios de trabajo firmados entre particulares pero con fuerza de ley,<sup>304</sup> y los correspondientes mecanismos semiprivados de resolución de conflictos (conciliación y arbitraje).

Para terminar la presente sección, se expondrá la forma en que se ha interpretado esta doble transformación de la actuación del Estado sobre la sociedad y de los instrumentos jurídicos de regulación de la misma desde la crítica marxista citada en la sección anterior.

Según aquéllas, las trasformaciones del capitalismo competitivo y de *laissez-faire* al capitalismo monopolista y regulado estatalmente han supuesto una cierta transformación en el contenido de la analogía entre el intercambio político y económico.

De un lado, el creciente papel del Estado como “fuerza productiva” implica una creciente producción de valores de uso —seguridad social, servicios médicos, infraestructuras, etcétera—, que no adoptan la forma directa de valores de cambio, es decir, que no se producen como mercancías. Y aquí se incluye la producción de la propia fuerza de trabajo, en la medida en que la ley del valor se ve progresivamente sustituida por la negociación política de los salarios como determinante del costo

302 *Idem*

303 Cabo Martín, Carlos de, *La crisis del Estado social*, p. 72.

304 Con las matizaciones necesarias, en el sentido de que pueden diferir de las otras leyes pero sólo en favor del trabajador y no de todas (no de las penales, por ejemplo).

de este valor de uso más importante. Por ello, se puede decir que en el Estado social la supremacía de la forma mercancía entra en un relativo declive y que se produce una cierta restauración del contenido y la cualidad abstraídos por la mercancía.

De otro lado, el desarrollo del capitalismo monopolista regulado estatalmente también ha visto surgir una erosión del *rule of law* y la emergencia de modos de control social y político menos formalistas, más instrumentales y tecnocráticos; la ley como equivalente político universal está dando paso progresivamente a una serie de técnicas relativamente *ad hoc* que por su propia naturaleza reconocen diferencias de interés y de origen social. Por ejemplo —señala Balbus— mientras que la racionalidad formal del sistema de justicia penal impide la consideración de los motivos individuales o de la posición de clase para el veredicto y castigo, estas consideraciones se ponen necesariamente en primera línea en los modos tecnocrático-rehabilitadores de justicia penal. Es decir, que los modos de control social tecnocrático implican una cierta reemergencia del contenido y cualidad de los que la forma legal abstrae, y se pone así en paralelo con la restauración del contenido y cualidad que implican la creciente producción política de valores de uso. De esta forma, según esta opinión, puede afirmarse que sigue existiendo una relación análoga entre el intercambio de productos y de seres humanos, pero que los términos de esta relación han asumido valores distintos de los que poseían durante el periodo de capitalismo competitivo.<sup>305</sup>

#### c. La crisis del Estado social: nueva estructuración

La experiencia de los últimos veinticinco años ha extendido el empleo de la expresión “crisis del Estado social” para referirse a la organización jurídico-política de las sociedades avanzadas que se han enfrentado a graves problemas de adaptación social y económica a las diferentes crisis nacionales o mundiales experimentadas en todo el Occidente y que vinieron a hacer inútiles las reflexiones que veían en la abundancia y no en la escasez la característica de las sociedades desarrolladas contemporáneas.<sup>306</sup>

305 Vid. la bibliografía citada en la n. 238.

306 Paradigmáticamente, J. K. Galbraith en su *The Affluent Society* (1958), y la respuesta en Gunnar Myrdal, *El reto a la sociedad opulenta*, México, 1964.

No se trata aquí de estudiar las causas de esta crisis ni en qué medida puede hablarse con propiedad de “crisis” ni de realizar una caracterización general de la forma de Estado así aludida, ni de las posibles evoluciones futuras del mismo ni de enjuiciarla valorativamente,<sup>307</sup> sino, simplemente, de señalar cuáles han sido las consecuencias de esta situación social en la articulación jurídica de las esferas de lo público y de lo privado, en comparación con las etapas anteriores ya estudiadas en otras secciones.

A este respecto, cabe establecer tres tipos de fenómenos fundamentales que, aunque íntimamente relacionados entre sí, pueden, a efectos de la investigación, considerarse por separado. Estos tres aspectos son: 1) la transformación del ámbito fundamental de lo privado —el mercado— como consecuencia de la aparición de actores en el mismo que no actúan como “particulares” clásicos, es decir, como unidades autónomas sin control sobre el conjunto del sistema y su repercusión sobre las bases de organización del mismo; 2) la influencia de estas mismas organizaciones de particulares dotadas de poder social sobre el ámbito de lo público, en especial, sobre la actuación estatal, y 3) por último, el reflejo de estas transformaciones en el ámbito del propio sistema normativo.

En relación con el primer aspecto, conviene recordar cómo el funcionamiento del mercado, en lo que se refiere a las relaciones internas entre particulares en el seno de la sociedad, venía regido, según la caracterización liberal, por tres principios: el principio de generalidad (la ley es general, vale para todos y a todos obliga), el principio de igualdad ante la ley (como todos están sometidos a la ley, todos están en situación de igualdad, por lo que al estar en posiciones simétricas no se pueden violar derechos entre particulares sin incurrir en ilegalidad ordinaria) y el principio de autonomía de la voluntad.

Ocurre, sin embargo, que el modelo de sociedad, prefijado por la concepción individualista y burguesa, nada tiene que ver con las formas de organización social del presente, y que los sociólogos —Schmitter, Pannitch, Jessup, Winker— estudian ahora bajo los curiosos epígrafes del corporatismo y la sociedad corporatista.<sup>308</sup>

307 Todos estos temas se estudian en Cabo Martín, Carlos de, *La crisis del Estado social*, donde se encuentra, además, el resto de bibliografía pertinente.

308 Vega García, Pedro de, “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”.

Y es que, efectivamente, como ha señalado el profesor Pedro de Vega García, al tiempo que la organización social actual no tiene apenas que ver con la que conocieron los teóricos liberales, los principios jurídicos en los que apoyaron su construcción se ven hoy contradichos por la realidad.

Porque, en primer lugar, frente al principio de generalidad de la ley, nos encontramos con que la propia estructura organizativa de la sociedad corporatista, y la multiplicidad de grupos e intereses que la componen hacen que las normas concebidas abstractamente, según la utopía liberal, como normas generales para todos los individuos, pasen a convertirse en muchas ocasiones en normas *ad hoc*, bajo la presión de los propios grupos que han de resultar luego sus más directos beneficiarios. “¿Qué tienen aún en común —se pregunta Bachof— con el concepto clásico de ley, por dar sólo un par de ejemplos, las leyes de ayuda a la inversión, o los preceptos sobre fomento de la industria pesquera del arenque?”. Es desde esta óptica desde la que se puede afirmar con razón que la ley “ha dejado de ser la regla abstracta del comportamiento humano, para transformarse en medida concreta, en acto de confirmación política y, a menudo, en puro convenio entre los mismos grupos de intereses privados (Burdeau)”.<sup>309</sup>

Aun con mayor motivo puede apreciarse la crisis del segundo principio.

En una sociedad estructurada en grupos, a los que los propios individuos se acogen voluntariamente, el poder del grupo —como es evidente— se impondrá siempre al poder del individuo aislado. Se crean de este modo situaciones de supremacía social ante las que la declaración formal de igualdad ante la ley no pasa de ser una frase sin sentido y vacía. Que esas situaciones de preeminencia social se traducen en la posibilidad de abusos (que aunque no tengan la configuración de un abuso de derecho entre iguales, no por ello dejan de ser abusos de la propia situación de privilegio y que eclipsan, por lo tanto, el principio de igualdad formal ante la ley) es algo que se demuestra recordando simplemente las dos facetas —interna y externa— desde donde los grupos sociales operan. Desde el punto de vista interno, y cara a los componentes del grupo, la preeminencia se traduce, por ejemplo, en el establecimiento de medidas sancionadoras contra conductas de los individuos aislados que se insertan en su seno. Por otro lado, desde el punto de vista de la actuación externa, la supremacía se manifiesta en la imposición de condiciones a las que los otros sujetos u otros grupos tienen la necesidad o la obligación de some-

309 *Idem*

terse. Piénsese, en este orden de ideas, en el sentido de las cláusulas exorbitantes de los contratos de adhesión.<sup>310</sup>

En tercer lugar, en relación con el principio de la autonomía de la voluntad privada, éste se halla igualmente comprometido, como consecuencia de la crisis de los dos anteriores. Puesto que esta autonomía era la consecuencia de las condiciones citadas, su desaparición supone su imposibilidad. En la práctica se advierte el carácter quimérico de esta “autonomía”, ya que la mayoría absoluta de las relaciones jurídicas entre particulares (desde el transporte hasta el suministro de luz) no son resultado de una decisión libre de un particular, sino el resultado de una necesidad insoslayable socialmente impuesta.

Lo que supone romper definitivamente, en el orden práctico, con los esquemas justificadores del dogma de la autonomía de la voluntad privada, cuyo fundamento último descansaba precisamente en el entendimiento de las relaciones entre particulares en términos de igualdad, paridad y simetría (Pugliati, Ferri).<sup>311</sup>

Ante esta situación, Norberto Bobbio ha escrito que

no importa que el individuo sea libre políticamente si después no es libre socialmente. Por debajo de la “no-libertad”, como sujeción al poder del principio, hay una “no-libertad” más profunda [...] y más difícilmente extirpable: la “no libertad” como sumisión al aparato productivo y a las grandes organizaciones del consenso y del disenso que la sociedad corporativa inevitablemente genera en su seno. El problema actual de la libertad, no puede restringirse ya al problema de la sociedad civil, afecta no al ciudadano en cuanto tal, esto es, al hombre público, sino al hombre entero en cuanto ser social.<sup>312</sup>

310 *Idem*

311 *Idem*

312 Por ello, como ha escrito el profesor Pedro de Vega García, “procediendo con una elemental coherencia, la protección de los derechos fundamentales y las actuaciones de sus sistemas de garantías, no deberán reducirse a contemplar hipotéticas violaciones de los mismos procedentes sólo de la acción de los poderes públicos, sino que tendrá que contemplar también las posibles lesiones derivadas de la acción de los particulares que operando desde posiciones de privilegio, y configurándose como auténticos poderes privados emulan en ocasiones con ventaja al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de la libertad”. También al contrario de la toma de poder privado: “[...] la ideología política trabajando hombro con hombre con las crecientes funciones sociales del Estado, forma una red ampliada para la protesta social. El creciente número y ámbito de las funciones estatales en la sociedad capitalista implica que la distinción entre vida política y sociedad civil queda cada vez más debilitada con el paso del tiempo. En la medida en que las funciones del Estado son una socialización (por lo general represiva) de tareas del capital, las contradicciones y antagonismos del capitalismo se desplazan al enfrentamiento Estado-ciudadano.

Esta valoración de la actuación de las organizaciones en el mercado enlaza directamente con el segundo aspecto indicado, el de su relación con el propio aparato estatal. Habermas ha escrito que

la norma jurídica liberal, que era antes fundamento de la existencia burguesa, en la actual fase de estrecha independencia de todos los sectores de la sociedad, no sólo impiden llevar a cabo al Estado Social todas sus intervenciones, sino que bajo su protección, los intereses privados organizados consiguen, a la inversa, ejercer su influencia sobre los órganos del Estado y condicionar su actuación. El poder social es hoy *eo ipso* poder político.

A este fenómeno se ha referido Bobbio con la expresión “privatización de lo público”,<sup>313</sup> es decir, el proceso inverso al que se ha denominado ‘publicización de lo privado’ y que ha sido hasta ahora considerado por los escritores políticos y los juristas como el proceso natural del desarrollo del Estado moderno, que debe reconocerse en la gradual absorción de la sociedad civil en el Estado”. Y lo que está ocurriendo ante nuestros ojos puede ser interpretado como la derrota de la idea del Estado como punto de convergencia y de solución de los conflictos sociales, como síntesis, como un punto por encima de las partes, en resumen de la concepción sistemática del Estado, tan querida por los políticólogos contemporáneos, como el sistema de sistemas.

De esta forma, lo que sucede es que una de las funciones del gobierno como responsable del *indirizzo politico* del Estado estribaría en actuar como

mediador y como máximo de garante de los acuerdos que se establecen entre las grandes organizaciones (sindicatos, empresas, partidos) en con-

En este campo, la ideología de la democracia política puede actuar también como una herramienta de los grupos dominados que desean controlar las áreas que el liberalismo paternalista les concede o a las que los somete. La comunidad lucha por el control del urbanismo, y por el control de los padres y profesores de las escuelas, señalando una apropiación de la ideología democrática por parte de los ciudadanos que no deberían haberla llevado más allá de las urnas. Las demandas de la comunidad de control de la política de urbanismo interior, educación y la revisión cívica de las políticas, indican la vulnerabilidad de la ideología del ‘conocimiento profesional’ cuando la emplean trabajadores estatales que son, en virtud de su empleador, al menos en teoría, servidores públicos”, Bridges, Beth Amy, “Nicos Poulantzas and the Marxist Theory of the State”, *Politics and Society*, vol. 4, núm. 2, 1974, p. 187.

313 Bobbio, Norberto, *Crisis de la democracia. La crisis de la democracia y la lección de los clásicos*, Barcelona, 1985, pp. 17 y ss.

flicto entre sí, cuando no es él mismo una parte en causa, una contraparte. Las grandes organizaciones actúan como entes casi soberanos, como grandes potentados, que tienen entre sí unas relaciones destinadas a concluir en acuerdos mucho más parecidos a los tratados internacionales, sometidos a la cláusulas *rebus sic stantibus*, que no a una ley que debe ser obedecida sin condiciones (la obligación de obedecer a las leyes es la obligación primaria de todos los ciudadanos, como está prevista, por otra parte, en el artículo 54 de la Constitución italiana). La mejor demostración de la existencia de estos potentados semisoberanos es la tesis de los grandes sindicatos relativa a la autorregulación del derecho de huelga. No es necesario estar muy versado en derecho público para saber que la autorreglamentación es la prerrogativa del ente que se considera soberano, entendida la soberanía precisamente como el poder de autodeterminarse o autolimitarse, de determinar sin ser a su vez determinados, de limitar sin ser a su vez limitados.

Otra de las manifestaciones de esta privatización del propio ámbito de lo público señalada por Bobbio es la transformación de la relación de representación. Según señala, esta relación se privatiza progresivamente en la medida en que se ha convertido en un intercambio de protección por legitimación. Determinados grupos organizados (partidos o grupos de presión) legitiman con la movilización política correspondiente (la publicidad como trabajo publicitario ya mencionado) a un determinado representante a cambio de la protección que éste otorga a los intereses por ellos defendidos. La relación que prevé la Constitución, el canal abstracto de los partidos como agrupaciones de ciudadanos afines ideológicamente que trasladan sus pretensiones a los órganos de dirección estatal a través de la elecciones, se ve sustituida por una relación concreta entre representante concreto (particular) y ciudadanos particulares (o sus organizaciones no de intereses abstractos y generales, sino concretos y particulares).<sup>314</sup> En este mismo conjunto de ideas se sitúa la relación patrono-cliente, actualmente estudiada tanto en las sociedades antiguas como también considerada una degeneración del Estado representativo en las sociedades contemporáneas, en la que el que dispone de recursos públicos, tanto si es un diputado, un administrador local o un funcionario estatal, los utiliza como recursos privados a favor de tal o cual ciudadano, el cual, a su vez, ofrece su propio voto o su propia preferencia a cambio de cualquier favor, o bien de cualquier ventaja

<sup>314</sup> La prohibición del mandato imperativo pretendía, precisamente, garantizar la publicidad de este vínculo.

económica o de cualquier otro beneficio, que el hombre político o el administrador o el funcionario sustraen al uso público.<sup>315</sup>

Se trata, por último, de observar cuál es la traducción directa de todos estos fenómenos en el mundo del sistema normativo constitucional.<sup>316</sup>

En primer lugar, se modifica el planteamiento clásico de la ley<sup>317</sup> tanto en cuanto a su tramitación como a su eficacia. En cuanto a su tramitación, porque en cuanto se trata de leyes que afectan a puntos básicos de estos grandes intereses “la coincidencia de intereses o la consideración de que se trata de ‘cuestiones de Estado’” hace que se trate de leyes consensuadas, a veces incluso en fraude al reglamento parlamentario. Y, en cuanto a la eficacia, en la medida en que se consienten ciertos incumplimientos masivos de la ley (economía sumergida, fraude fiscal) con alegación de diferentes motivaciones (humanitarias, dificultades técnicas, etcétera).<sup>318</sup>

En segundo lugar, por la aparición de nuevas formas jurídicas al margen de las fuentes tradicionales del derecho y que suponen la práctica desaparición del esquema vertical del Estado de derecho (Negri, Ross), como son, fundamentalmente, los antes aludidos convenios colectivos de trabajo.

315 Cfr. también “Liberalismo vecchio e nuovo”, *Modoperario*, núm. 11, 1981, pp. 86-94, y “Perché torna di moda il contrattualismo”, *Modoperario*, núm 11, 1982, pp. 84-92.

316 Se sigue aquí lo expuesto en Cabo Martín, Carlos de, *La crisis del Estado social*, pp. 73 y ss.

317 “Si se identifica en la ley la manifestación más alta de la voluntad colectiva, y la prueba crucial de la existencia de una esfera pública superior a la esfera privada, una serie de fenómenos a los que asistimos en la sociedad contemporánea pueden ser definidos como un desquite del contrato, o sea, de la típica manifestación jurídica de la esfera privada. Más que como una manifestación de la voluntad colectiva el Estado se presenta, para utilizar la feliz expresión de Carlo Cattaneo, que no se ha dejado encantar por las definiciones metafísicas de este ente supremo que se yergue imperioso sobre la voluntad de cada uno, como una ‘inmensa transacción’ entre diversos intereses. El instrumento típico de esta inmensa transacción es bastante más el acuerdo informal entre las distintas partes que componen la sociedad civil que no la institución formal, y minuciosamente regulada por la Constitución, de la ley”, Bobbio, Norberto, “La crisis de la democracia y la lección de los clásicos”, en Bobbio, N., G. Pontara y S. Veca, *Crisis de la democracia*, Barcelona, 1986, p. 17.

318 Con todo, las versiones liberales más radicales (Hayek) pretenden, al contrario del dogma liberal clásico conforme al cual la ley debía ocuparse del mundo de lo privado, como garantía, por ser el Legislativo el órgano de la sociedad (todo ello en relación con la problemática de la división y predominio de poderes, Cfr. Cabo Martín, Carlos de, “División y predominio de poderes”, en Ramírez, Manuel (ed.), *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas (El proceso constitucional español)*, Barcelona, 1978, pp. 71 y ss.), que debe ocuparse precisamente de todo aquello que no es la sociedad privada, es decir, de reglamentar las instancias estatales, etcétera, dejando el mundo privado a su libre regulación social.

En tercer lugar, la propia sustitución de la norma jurídica por acuerdos políticos sin más capacidad vinculante que la que imponen estos mismos poderes privados, singularmente, los acuerdos sindicatos patronal, los pactos por la competitividad o el empleo, etcétera.

Estas modificaciones jurídicas se ven completadas en el orden de los derechos y las libertades, bien por el desconocimiento “puro y simple [de] los derechos sociales constitucionalmente reconocidos”, entre otras cosas por no existir “una estructura garantista de los derechos sociales a la manera como el Estado liberal la construyó para los derechos individuales (Ferrajoli)”, bien por una “progresiva limitación de los derechos y libertades fundamentales”. Frente a las expectativas creadas por el Estado social, la realidad es que el poder público se ha mostrado incapaz de alcanzar los niveles previstos; por ello “surge el arsenal jurídico de la democracia destinado a proteger de esos ataques al orden socio-económico establecido”. Son fenómenos de este tipo la generalización de la normativa de excepción, la ampliación de los supuestos de restricciones de derechos, la vaguedad en la tipificación de las figuras penales, etcétera.<sup>319</sup>

319 Cerrada ya la edición de este trabajo, ha aparecido un nuevo aporte del profesor Carlos de Cabo sobre la función del derecho constitucional y del Estado en la crisis del Estado social, y que constituye, a mi juicio, referencia obligada para quienes deseen profundizar en estos aspectos. Cabo Martín, Carlos de, “Transformaciones actuales del Estado y del derecho: perspectivas teóricas”, *Actas del Congreso sobre “El Constitucionalismo en la Crisis del Estado Social”*, Oñati, 1996.