
Sobre la indefensión de lo público

About the Indefension of What is Public

Juan Andrés MUÑOZ ARNAU

Universidad de La Rioja

juanandres.munoz@unirioja.es

RECIBIDO: 05/10/2016 / ACEPTADO: 23/12/2016

Resumen: En opinión de d'Ors la exaltación contemporánea de lo social no es en realidad el reflejo de un mayor respeto por lo público, más bien al contrario. El autor analiza uno de los trabajos de d'Ors en el que señala diversas manifestaciones que constituyen abusos de derecho por parte de particulares o de grupos de interés y que invaden el espacio (real o figurado) de lo público.

Palabras clave: Abuso de derecho, vía pública, banca, partidos políticos, medios de comunicación, contaminación del medio ambiente, socialismo.

Abstract: In the opinion of Álvaro d'Ors the contemporary exaltation of what is social is not in fact a reflection of a greater respect for what is public; rather the opposite. The author analyzes one of the works of d'Ors in which he points out various manifestations of abuse of their right by individuals or interest groups and that invade the space (real or figurative) of what is public.

Keywords: Abuse of owns right, public way, banking, political parties, media, pollution of the environment, socialism.

I. INTRODUCCIÓN

He tomado prestado como título de este trabajo el de la pre-lección pronunciada en la Universidad de Navarra por el Prof. Álvaro d'Ors en el curso 1972-1973 y publicada después con el mismo nombre en el volumen *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*¹. Quiero con ello sumarme al homenaje al maestro en ocasión del centenario de su nacimiento. Como constitucionalista, es uno de los temas objeto de estudio por d'Ors que puedo comentar con mayor solvencia.

Me gustaría poner de manifiesto algo muy conocido por quienes se han nutrido de su pensamiento que es lo permanente de sus argumentos, paradójicamente por lo aparentemente anacrónico de sus propuestas. D'Ors fue un espíritu libre y radical, un auténtico intelectual desligado de modas y de corrientes de opinión, y desde luego, completamente inmune a lo que de él

¹ Cfr. D'ORS, Á., «La indefensión de lo público», en *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, 1973, pp.139-146.

se pudiera pensar². En ese rasgo, que le ha hecho ser malinterpretado en más de una ocasión, reposa por otra parte la riqueza de su aportación a la ciencia jurídica y al pensamiento en general. De hecho, comienza sus palabras dando razón de que no vaya a ocuparse en un tema propio del derecho romano porque «en este momento histórico, cualquier tema jurídico concreto resulta menos urgente que el de la actual crisis del Derecho»³. Y de todos los motivos que conducen a esa crisis, él elegía hablar del modo en que los particulares abusan de lo público y de la indefensión jurídica en la que éste se encuentra.

Dicho esto, no cabe duda de que aunque su reflexión tuviera un carácter general que supera los límites de lo que pudiera acontecer en un país determinado en su razonamiento influyó la situación española. Para entender su toma de posición ante la cuestión hay que tener en cuenta que se produce en un momento anterior a la transición política en España y desde luego, a la aprobación de la Constitución Española de 1978. Conviene también adelantar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado desde sus primeras sentencias sobre la mayor parte de las cuestiones que aborda la pre-lección lo que obliga a mirar los problemas de los que habla el prof. d'Ors desde una perspectiva histórica. Podría decirse que según otros argumentos de d'Ors el derecho continúa estando en crisis, pero a día de hoy no lo estaría por el motivo por él indicado en la prelección. O al menos según el modo en que desarrolla el argumento.

Por otra parte, desde el mismo título encontramos una paradoja ya que a los conocedores del pensamiento de d'Ors no se nos oculta su predilección por el derecho privado, que era según él, el auténtico derecho. De no ser así, estaríamos según él ante otra de las razones de la crisis del derecho que está a su vez en el origen de lo que llama el «vulgarismo jurídico». Históricamente éste guarda relación con la ausencia de jurisprudencia; no en vano la vulgarización del derecho romano se produjo en la época en la que el derecho se imponía en lugar de alcanzarse a través de un razonamiento⁴. Pero no es ese vulgarismo el que le ocupa en este momento, sino más bien uno universal (esto es, no específico del derecho romano) que es consecuencia de la pérdida de autonomía de la ciencia del derecho y de su confusión con la Sociología y la Economía⁵. La razón de la vulgarización está en que el jurista no acomete su

² Adame.

³ *Ibid.*, 139.

⁴ La coincidencia en este punto con Savigny es evidente.

⁵ La inquietud coincide con la de Kelsen, pero no debemos llevarnos a engaño porque su concepción de la ciencia jurídica es muy diferente.

papel de búsqueda del derecho del caso concreto sino que se refugia en los datos que aportan esos saberes, cuya relación con el derecho es solo tangencial. Se llega a hablar del derecho como ciencia social, siendo así que las ciencias sociales no tienen por objeto de estudio a la persona sino a la masa social. A su entender, el derecho debería estar incluido en las ciencias humanas, junto con las leyes de la naturaleza. El derecho pertenece al terreno de las humanidades y su estudio no exige tanto conocimientos de sociología y economía como de derecho privado. Llega a decir algo tan contundente como «(M)uy frecuentemente nos encontramos entre nuestros alumnos de Jurisprudencia muchos jóvenes que sienten una clara vocación hacia los estudios políticos, económicos, empresariales, etc., y no para el Derecho propiamente dicho. Son los que en alguna ocasión he llamado ‘ordenancistas’ para contraponerlos a los verdaderos juristas o ‘judicialistas’»⁶. El motivo es que «(e)l verdadero jurista es siempre un casuista, que juzga conflictos particulares con una dialéctica especial, el método propiamente jurisprudencial (...). No se siente reformador, y la ley no es un instrumento, sino un límite»⁷.

Todo esto podría hacernos pensar que el derecho no guarda relación con lo público y, por tanto, nos encontraríamos con una contradicción difícil de explicar. Sin embargo, y para empezar, hay que hacer notar que en el texto sobre «la indefensión de lo público» no se hace referencia propiamente a la *summa divisio* jurídica sino más bien a otra distinción sobre la que han corrido ríos de tinta en los últimos digamos cuarenta años; me refiero a la que diferencia los espacios privado y público. No se trata de una distinción sencilla, de otra manera no hubiera alimentado el debate, pero además es posible dotar a cada uno de los dos miembros del binomio de contenidos un poco diferentes dependiendo del autor o incluso del contexto en que cada autor escribe. Y probablemente haya que empezar avanzando qué es lo que entiende d’Ors por público y qué por privado.

Según sus palabras «El aspecto que hoy quisiera esclarecer brevemente (...) es concretamente el de la dejación de la defensa de lo público frente al abuso de los particulares»⁸. Estamos por tanto hablando de una situación particular que es la de abuso. Y el abuso en términos jurídicos tiene una connotación especial puesto que parte de un derecho previo. Abusa el más fuerte

⁶ P. 33.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Cit., 139.

o el que tiene una posición de fortaleza. Abusa el que tiene un derecho. Y consiente ese abuso quien tiene la obligación de ponerle fin. Son los intereses privados los que lo cometen pero es la quien tiene la misión de crear leyes quien lo consiente. Hay egoísmo y dejación.

D'Ors no analiza el concepto de público sino que más bien recurre a la intuición, si se quiere al lenguaje común, para su concreción. «Cuando hablamos de lo público y de las cosas públicas viene a nuestra mente la idea de la vía pública, la calle y aunque es verdad que no se agota con este ejemplo todo el grupo de cosas públicas ni el concepto mismo de lo público, no es menos cierto que el caso de la vía pública resulta especialmente ejemplar para tratar de lo público en general y del problema concreto del abuso por los particulares».⁹

La tesis del Prof. d'Ors consiste en afirmar que el espacio público ha sido invadido por los intereses privados hasta el punto de que aquel queda desnaturalizado por la presión de intereses particulares que se presentan, precisamente, como medio imprescindible para la existencia de un espacio público verdaderamente democrático. En el fondo late el problema de la ruina del bien común zarandeado por intereses particulares que se presentan a sí mismos como otras tantas posibilidades legítimas de aquel. La indefensión de lo público es otra manera de decir la crisis de la idea de bien común.

En los últimos años el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en infinidad de ocasiones sobre cuestiones en las que comparece la distinción entre público y privado: al hablar de inversiones públicas y privadas, de centros de educación, de entidades sanitarias, de sociedades, incluso de colaboración público-privada. En todas ellas da la distinción por conocida. Pero en sus primeros años se ocupó expresamente de la doctrina sobre la distinción público-privado. Concretamente, a propósito del caso *Caja de Ahorros de Asturias* (STC 18/1984, de 7 febrero) estableció:

«[...] la Constitución, [...], al establecer en su artículo 1.1 la norma que configura al Estado como social y democrático de Derecho, está afirmando un principio que se ajusta a una realidad propia del mundo occidental de nuestra época, y que trasciende a todo el orden jurídico.

»[...] La interacción Estado-Sociedad, y la interpenetración de lo público y lo privado trasciende, como hemos señalado, al campo de lo organizativo

⁹ *Ibid.*, 141.

y de la calificación de los entes. La función ordenadora de la sociedad puede conseguirse de muy diversas formas, que siempre han de moverse dentro del marco de la Constitución[...]. Lo que sí interesa señalar es el reconocimiento constitucional de entes asociativos o fundacionales, de carácter social, y con relevancia pública. Esta relevancia pública no conduce, sin embargo, necesariamente a su publicación, sino que *es propio del Estado social de derecho la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general* [la cursiva es mía].

»La configuración del Estado como social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, *que difumina la dicotomía Derecho público-privado y agudiza la dificultad tanto de calificar determinados entes, cuando no existe una calificación legal, como de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica.*» FJ 3 [la cursiva es mía]

Esta difuminación de los límites entre lo público y lo privado no hace más que avalar lo que d'Ors señala de una manera engañosamente intuitiva. Sus afirmaciones, que eran una constatación de fenómenos extendidos ya en otras países, pero en menor medida en el nuestro –al menos en algunas de sus manifestaciones–, respondían a su agudeza para detectar la entraña de lo jurídico en cualquier circunstancia. Y, aquello, escrito en 1973, se nos presenta ahora como algo que tiene una actualidad extraordinaria en todo el mundo pero especialmente en nuestro país aunque el paso de los años pueda hacer a primera vista recelar de la terminología utilizada.

Quizá una primera cuestión de la que habría que dar razón es el por qué de que pueda hablarse de una crisis hoy. Es decir, el abuso de lo privado sobre lo público ha existido siempre, por tanto, qué es lo que convierte ese asunto en actual. También podría decirse de otra manera, qué es lo que incrementa el egoísmo o la dejación de responsabilidad. Y aquí el profesor d'Ors muestra una de las vertientes del antiliberalismo (aunque no solo, como en seguida veremos) que lo caracterizó. Según él nuestro tiempo, en el que se habla tanto de *humanidad*, supone, como paradoja, un máximo *rebajamiento de lo humano* por influjo de pensadores tan distintos como Marx, Freud, Marcuse, Lévy-Strauss, o Foucault¹⁰. El primero, al afirmar la predeterminación del comportamiento humano por factores exclusivamente económicos; el segundo, por la impor-

¹⁰ *Ibid.*, 140.

tancia concedida en el análisis psicológico a los estímulos eróticos; el tercero, por la relación dialéctica que establece entre el análisis económico marxista y la sexualidad como liberación; Lévy-Strauss ahonda en ese rebajamiento de lo humano, a juicio de d'Ors, cuando propone, como medio para aproximarse al conocimiento de las estructuras sociales, el análisis de las formas de vida propias de sociedades arcaicas que explicarían «un determinismo formal de todos los fenómenos humanos». En último lugar estaría Foucault, para quien, según d'Ors, se puede prescindir del hombre a la hora de construir el nuevo estructuralismo de los fenómenos sociales.

Sin duda se trata de un análisis a vuela pluma en el que ni siquiera cita obras de referencia de los autores pero lo que quiere decir es nítido. El tipo humano que invade el espacio público es alguien que responde en su mentalidad a los rasgos típicos del 'modelo' que resulta de las teorías de los autores expuestos. Y de nuevo podríamos preguntarnos cuales son esos rasgos. Se trataría de alguien que valora sobre todo la comodidad material cuyo aumento depende del trabajo desprovisto de otro fin que no sea ese; la sensualidad exacerbada; el sentirse más cómodo en un primitivismo que ignora el esfuerzo consciente por la mejora moral.

2. EXALTACIÓN DE LO SOCIAL Y ABUSO EN EL USO DE LAS COSAS PÚBLICAS POR LOS PARTICULARES: LA VÍA PÚBLICA COMO PARADIGMA DE LO PÚBLICO

D'Ors observa cómo la exaltación de lo social frente a lo privado choca con el abuso en el uso de las cosas públicas por los particulares. Y toma la vía pública como paradigma de lo público para dejar constancia de algunos fenómenos que son, según él, indicativos de un uso ilegítimo del espacio público.

2.1. *Invasión de la vía pública por vehículos privados*

Observaba cómo este lugar público de utilidad común es invadido por objetos materiales –los vehículos privados– que entorpecen la circulación libre de los viandantes. Tenía por ilícito dificultar el movimiento libre de las personas en la vía pública. Para entender esta visión suya quizás debería ser tenidas en cuenta sus circunstancias personales. Don Álvaro d'Ors fue siempre un viandante; también un usuario continuo del transporte público que convertía, por su pasión por enseñar, en una cátedra amigable. Eso no significa que sea parte interesada en su tesis, como si se tratara de una confrontación entre

peatones y conductores sino más bien el modo en que algunos abusan una vez más de su posición, en detrimento del derecho de todos.

Cuando escribía el Prof. d'Ors no existían los parquímetros, al menos en la ciudad en la que residía, ni una racionalización del espacio dedicado a aparcamientos de vehículos. Pero su argumentación es trasladable a la situación actual. El disfrute de un lugar donde aparcar a cambio del pago de una tasa que revierte en el erario público no parece que sea a primera vista algo a lo que puedan oponerse dificultades. Las multas o incluso las retiradas de vehículos por estar aparcados en forma indebida, de alguna manera podrían garantizar un uso adecuado de la vía pública aunque a veces se produzcan actuaciones desproporcionadas por parte de los agentes públicos. Lo que sí parece razonable –y ahora se insiste en ello con mucha frecuencia– es la utilización de los medios de transporte públicos para minimizar el efecto de los vehículos que utilizan energías contaminantes y conseguir también un tráfico más fluido. Sí parece cierto que la circulación de un elevado número de vehículos con capacidad para colapsar el tráfico, pero también para dificultar el discurrir tranquilo de los viandantes por las aceras reservadas para ellos, disminuye lo que podríamos denominar la calidad del espacio público alterado por ruidos, gases, posibles conflictos entre los usuarios de la vía pública, etc.

Otra cosa que podría ser objeto de consideración es la gestión privada de los espacios destinados a aparcamientos. Pero eso no debería causar extrañeza cuando en algunos países se han privatizado los establecimientos penitenciarios.

2.2. *Publicidad*

Se fijaba D. Álvaro en el fenómeno de la publicidad como otra forma ilegítima de invasión de lo público. No sólo en la publicidad comercial, la de los anuncios de la vía pública sino en la que discurre por la vía pública a través de la prensa periódica¹¹. Ambas son expresión de intereses económicos o ideológicos particulares –y en consecuencia parciales– y no estrictamente comunes a la colectividad.

Considera especialmente aquella publicidad que «atenta contra principios religiosos o morales que la colectividad, en virtud de una decisión de responsabilidad, considera como válidos». Pero también la publicidad que atenta

¹¹ *Ibid.*, 142.

contra el pudor y concretamente la publicidad pornográfica: «los particulares no pueden abusar de lo que es público, en este caso la pública decencia». Merece la pena analizar esto porque d'Ors tiene siempre en cuenta la realidad social, que por otra parte, él quiere conocer sin necesidad de la utilización de medios científicos (estadísticos por ejemplo) para ello y a través de la mera observación. Estamos hablando de una publicidad que atenta contra los principios religiosos o morales de una comunidad. Por tanto esos principios han de estar encarnados en la comunidad en cuestión. Sólo una colectividad política oficialmente indiferente o 'religiosamente pluralista' podría invocar la libertad religiosa para utilizar la publicidad de un modo contrario a la religión (la católica se entiende) de un modo lícito. Pero en ningún caso puede admitirse cuando los principios contra los que la publicidad atenta operan en un orden diferente al de la moral confesional. Una vez más, d'Ors nos sorprende con la actualidad de sus planteamientos a pesar de que la terminología que utiliza pueda chocar. Hoy la cuestión de la publicidad está más activa que nunca y por diversas causas que van desde la protección de las mujeres, hasta el rechazo de los clichés sexistas.

Una vez más, quienes utilizan así la publicidad abusan en realidad del derecho del que son titulares, que es la libertad de expresión¹², en detrimento de un bien público. Por eso d'Ors abogaba por establecer una censura previa de los contenidos publicitarios que en ningún caso podían dejarse a la decisión libre de las empresas lo cual abocaría a una relajación de los criterios de admisibilidad sobre los contenidos publicitarios que arrastraría a empresas que mantuvieran criterios más estrictos anteriormente. Lo cierto es que la publicidad como medio de subsistencia de los medios de comunicación social puede, efectivamente, imponer criterios contrarios al interés general que es lo que deberían preservar los medios. Si se quiere, esa censura previa constituiría un mecanismo de protección para las empresas propietarias de medios de comunicación que de ese modo podrían oponerse a la publicación de publicidad indebida.

La pretendida ilegítima invasión de lo público en este campo sería también una intromisión en la esfera de la intimidad que cada uno quisiera reservarse para sí mismo al no tener posibilidad alguna de defenderse contra un ambiente invasivo de la propia interioridad. Una cierta intimidad puede «acompañar» a la persona incluso en la vía pública y no digamos cuando lee el periódico. La idea de orden público tutelado por la ley y la intimidad que lleva

¹² *Ibidem.*

a cuestras cada ser humano se erigen como límites a los excesos que pudieran darse en este campo.

Hay un derecho, al menos a mi me lo parece, a no ser inquietado por una publicidad que incita a comportamientos que la conciencia moral, el buen gusto, o la imposibilidad de realizar ciertas conductas por falta de medios –la falta de dinero para satisfacer presuntas necesidades–, repudiaría. La incitación al consumo puede debilitar el sentimiento de frugalidad tan necesario para la democracia, como afirmaba Montesquieu¹³, y para la propia existencia del estado de bienestar creando tensiones en el sistema político¹⁴.

¿Puede ser legítimo incitar a un consumo sin límite cuando sectores amplios de la población carecen de lo necesario? El espacio público requiere sobriedad y no una abundancia que no puede alcanzar a todos. Esto puede crear tensiones sociales en una población que comprueba la mala distribución de la riqueza. Exigencias de la justicia social reclaman una moderación de la publicidad que pudiera contribuir a la exacerbación del consumo.

El hecho de que la publicidad, en vallas por ejemplo, reporte unos ingresos al Estado o las corporaciones locales no puede ser excusa para obrar de otra manera. El bien público más general debiera prevalecer sobre un bien público general de menor rango –obtener recursos– como pueda ser satisfacer cualquier tipo de necesidad social.

3. *La banca*

El ejemplo que el Prof. d’Ors utiliza para ilustrar la intrusión ilegítima de la banca en el espacio público: la emisión de títulos de crédito¹⁵, no tiene parangón con los hechos producidos, por ejemplo en nuestro país, a raíz de la crisis bancaria. La ausencia de controles sobre las actividades financieras ha producido una especie de cataclismo en la economía poniendo en crisis el bienestar de los ciudadanos sobre los que recae en última instancia la sanción del sistema bancario. El entrecruzamiento de los intereses de parte de la clase política con los intereses de los banqueros ha producido un fenómeno

¹³ Cfr. SECONDAT, C. L. DE, baron de Montesquieu, *El espíritu de la leyes*, Libro IV, cap. I.V, Tecnos, Madrid, 1972.

¹⁴ Cfr. EASTON, D., *Esquema para un análisis de la política*, Amorrortu, Buenos Aires, 1969. Capítulo 8 y *Children in the political system: Origins of political legitimacy*, McGraw-Hill Book Company, New York, 1969, cap. III.

¹⁵ D’ORS, A., «La indefensión de lo público», cit., 143.

generalizado de corrupción política, económica y social que ha perjudicado de manera general el bienestar de los ciudadanos. El supervisor bancario no ha sabido o querido abortar prácticas que significaban posibilidades de negocio en detrimento de los intereses generales.

La nacionalización de la banca propuesta en algunas ocasiones por determinados grupos políticos no sería la solución¹⁶, a la vista de los escándalos generados por la mala administración de las cajas de ahorro. La nacionalización o el impedir a la banca la realización de actividades como las que señalaba el Prof. d'Ors no mejoraría una situación que trae su causa de la avaricia de gestores privados o públicos.

4. *Partidos políticos*

Los partidos políticos es otro de los temas que consideraba el Prof. d'Ors¹⁷ y que de nuevo, de modo sorprendente, vuelve a discutirse hoy. Tenía él la experiencia del sistema de partidos en España durante la Segunda República y por supuesto tenía un conocimiento –por observación de la realidad y por reflexión teórica–, de la existencia y funcionamiento de los partidos en todo tipo de regímenes políticos ¿qué hubiera dicho a la vista de su funcionamiento efectivo en nuestro país a partir de la transición política? ¿Qué del sentido de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre ellos?

La jurisprudencia constitucional ha señalado la naturaleza ambigua de los partidos al definirlos como asociaciones privadas investidas de funciones públicas. Con una idea de conjunto sobre el orden social más deseable proyectan sobre la acción gubernamental los intereses de categorías sociales diversas que muchas veces, a pesar de lo que se diga, están en contradicción con el bien común o el interés general, según se prefiera. No es que a veces mantengan ideas diversas sobre lo que sea el bien común sino que, sencillamente, promueven ideas e intereses que están en su contra al constituir únicamente intereses parciales contrarios incluso a los principios y valores que proclama

¹⁶ En nuestro país la nacionalización de la banca fue uno de los motivos de propaganda de FE (Falange Española) antes y después de la Guerra Civil. Cfr. PRIMO DE RIVERA, J. A., «Discurso pronunciado por José Antonio Primo de Rivera en el Cine Madrid, de Madrid, el día 17 de noviembre de 1935», en *Obras completas*, Delegación Nacional de la Sección femenina de FET y de las JONS, Madrid, 1954.

Con esto no quiero indicar que el Prof d'Ors fuera deudor de esta forma de pensar.

¹⁷ D'ORS, A., «La indefensión de lo público», cit., 144.

la constitución. No se trata de la violación de una idea que a algunos podría parecer abstracta y trasnochada –la idea de bien común– sino de un ataque al ordenamiento jurídico en su conjunto. Las oligarquías partidistas pueden imponer intereses personales o de grupos reducidos. Cuando las estructuras o el funcionamiento de los partidos no son democráticos existe un peligro real de que los intereses generales sean preteridos. Además la financiación del sistema representativo que los partidos monopolizan resulta artificialmente cara para el funcionamiento de la democracia.

Los partidos se apropian de las instituciones del Estado aprovechándolas en su favor. Las instituciones representativas acaban siendo el altavoz del que se sirven grupos sociales que actúan sin tener en cuenta la voluntad concreta de los electores en cada caso y pueden llegar a constituir un entramado negocial con grupos de interés de distinto signo.

Estando llamados a ser un cauce para canalizar la participación de los ciudadanos llegan a suplantar su voluntad imponiendo decisiones que no reflejan los deseos verdaderos de los votantes. El espacio público para la participación viene a ser ocupado por las oligarquías partitocráticas. La estructura y el funcionamiento de los partidos dejan de responder a las exigencias democráticas sin que exista manera de poner remedio a la situación.

Son los partidos, a veces, quienes con sus estrategias ponen en peligro la Constitución ignorando sus mandatos o proponiendo reformas oportunistas; en suma, causando quebrantamientos constitucionales. Los representantes de los ciudadanos elegidos a través de la mediación de los partidos políticos se apoderan de la voluntad popular, si se puede hablar así, sin que haya medios adecuados para que los ciudadanos puedan actuar contra ellos de una manera rápida y eficaz.

La cuestión en la que se centraba el Prof. d'Ors era la legitimidad de una financiación pública de los partidos. Las constituciones, o en su caso, las leyes estatales de partidos han establecido mecanismos para su financiación y los correspondientes controles del gasto. Pero muchas veces es un control meramente formal y, en todo caso, no se evita ni se persigue con eficacia la financiación ilegal, opaca, y casi siempre corrupta. La voracidad de los partidos que necesitan mantener una burocracia permanente, y unos bienes materiales –edificios, publicaciones, etc.– exige un nivel de gasto superior a los ingresos que procura la financiación oficial. Esto pone a los partidos en una situación de dependencia en relación con los grupos de intereses o aun de potencias extranjeras. Las posturas mantenidas por los partidos acerca de las decisiones políticas que deben tomarse en cada caso por gobiernos, parlamentos, etc., se hacen sospechosas de connivencia con intereses privados.

5. *Periódicos*

La reflexión que hacía el autor de la pre-lección debería hacerse extensiva ahora a todos los medios de comunicación: *la radio y la televisión privadas*. Una y otra disfrutan de soportes técnicos de titularidad pública y proyectan sus mensajes en un espacio social sobre el que vierten intereses particulares: publicidad, noticias y modos de entender la convivencia política, muchas veces en tensión con los valores constitucionalmente proclamados. El hecho de que las cadenas de radio y televisión se disputen la audiencia hace que los contenidos que se transmiten muchas veces no tengan más fin que el de ganar dinero, lo que provoca una programación tantas veces degradada donde no se mira, por ejemplo, si las ideas que transmiten determinados líderes políticos u otros actores sociales son nocivas para el bien común. No existe en los medios de comunicación la idea clara de que aunque la libertad de expresión pueda amparar la circulación de ideas muy diversas –también las contrarias al orden constitucional vigente–, eso no quiere decir que éstas últimas deban beneficiarse de una propaganda hecha a través de unos medios de comunicación que tienen una responsabilidad social. No es admisible servirse de unos medios cuyos soportes técnicos son de titularidad estatal para transmitir ideologías contrarias, por ejemplo, a los derechos humanos o la idea misma de Estado de Derecho.

6. *Contaminación del ambiente*

Considera el Prof. d'Ors la contaminación del ambiente como otra manifestación del impacto de intereses particulares –el de las empresas privadas– en el espacio público, en el medio ambiente. La contaminación se produce por actividades de muy distinto tipo realizadas por sujetos privados o públicos. Una cierta contaminación es el resultado inevitable de un desarrollo necesario para mantener los fines de prosperidad por parte del Estado. La cuestión está en limitar al máximo los resultados no queridos del desarrollo y exigir responsabilidades a quienes con su actividad degradan el medio ambiente por encima de los límites establecidos en la legislación. Las constituciones del último tercio del pasado siglo y las del siglo XXI suelen incluir referencias al medio ambiente para conseguir su protección. La Constitución Española, por poner un ejemplo, establece en su artículo 46:

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

El artículo, que forma parte del Capítulo Tercero del Título I, «De los principios rectores de la política social y económica» configura el principio como un derecho que necesitará del concurso del legislador para ser exigido ante los tribunales. Pero ese reconocimiento como derecho de cada uno de lo que a todos pertenece reclama unas políticas enérgicas del Estado en esta materia. La sanción penal que se anuncia para quienes causen daño en el medio ambiente habilita al legislador para establecer tipos penales que cohiban los comportamientos contrarios a la pureza medioambiental. Sin embargo el poder social de las grandes empresas contaminadoras dificulta la adopción de medidas eficaces a nivel global.

La apelación a la «indispensable solidaridad colectiva» lleva la protección del medio ambiente al ámbito de la responsabilidad personal que reclama «pequeños actos» de compromiso con el medio ambiente¹⁸.

En los países de socialismo real, es el Estado el que no ha sido capaz de garantizar el medio ambiente y sus instalaciones. Los medios de producción

¹⁸ «[...] La existencia de leyes y normas no es suficiente a largo plazo para limitar los malos comportamientos, aun cuando exista un control efectivo. Para que la norma jurídica produzca efectos importantes y duraderos, es necesario que la mayor parte de los miembros de la sociedad la haya aceptado a partir de motivaciones adecuadas, y que reaccione desde una transformación personal. [...] Sólo a partir del cultivo de sólidas virtudes es posible la donación de sí en un compromiso ecológico. [...] La educación en la responsabilidad ambiental puede alentar diversos comportamientos que tienen una incidencia directa e importante en el cuidado del ambiente, como evitar el uso de material plástico y de papel, reducir el consumo de agua, separar los residuos, cocinar sólo lo que razonablemente se podrá comer, tratar con cuidado a los demás seres vivos, utilizar transporte público o compartir un mismo vehículo entre varias personas, plantar árboles, apagar las luces innecesarias. Todo esto es parte de una generosa y digna creatividad, que muestra lo mejor del ser humano. El hecho de reutilizar algo en lugar de desecharlo rápidamente, a partir de profundas motivaciones, puede ser un acto de amor que exprese nuestra propia dignidad (n. 211).

«Una ecología integral también está hecha de simples gestos cotidianos donde rompemos la lógica de la violencia, del aprovechamiento, del egoísmo» (n. 230) Cfr. FRANCISCO, *Laudato Si'*, 2015.

que son estatales son los que contaminan. Más de una década después de ser redactada la pre-lección se producía el accidente de Chernobil. El medio ambiente como derecho trasciende la naturaleza pública o privada del agente contaminante.

Lo que si es cierto es que son los poderes públicos los que deberían ser más respetuosos con el medio ambiente tanto si son titulares de las empresas contaminantes como cuando deben impedir que los privados sean la causa del deterioro ambiental.

7. La causa de la indefensión

Para el Profesor de la Universidad de Navarra estos fenómenos que delatan la indefensión de lo público están relacionados con la desaparición del sentido del Derecho. La exaltación de lo social, decía, «implica una disminución de aquel sentido jurídico que precisamente permite delatar los actos abusivos». Porque el Derecho no es una ciencia social. Así las cosas la causa última es la concepción que se mantiene del Derecho. Su ubicación en el sistema de las ciencias.

8. La falsa solución que proporcionó el socialismo implantado

Abordaba en el punto n. 9 de su pre lección una cuestión que los acontecimientos históricos acaecidos con posterioridad a su escrito permiten verla de otra manera. Se preguntaba si el socialismo implantado en los países comunistas habría superado la indefensión de lo público en las manifestaciones expuestas por el prof. d'Ors que, como él mismo dijo, son propias de la crisis del derecho que afecta a Occidente. Y concluía que la aparente superación del problema resultaba falsa pues el socialismo, al suprimir la tensión entre lo público y lo privado, aniquilaba la libertad pues esta sólo es posible cuando se mantiene esa distinción¹⁹. «La necesaria defensa de lo público debe servir a la libertad razonable de los particulares, y no al orden por sí mismo, porque el orden sólo se justifica por el bien común de los particulares, suprimida cuya

¹⁹ El Prof. d'Ors daba por sentado «resulta evidente», decía-, «que en estos últimos [los países socialistas] no se da tal indefensión». El carácter totalitario de esos países impide, a mi juicio, cualquier tipo de comparación, porque, como decía el autor, allí no había libertad.

libertad, el orden, realmente, carece de sentido»²⁰. El Derecho es para la libertad que en la sociedad sólo es posible mediante la distinción permanente entre lo público y lo privado.

9. REFLEXIÓN FINAL

Lo *público* no coincide con lo estatal. Lo *público* es un bien –el *bien común*–, cuyo destino es favorecer una cierta plenitud de vida en los miembros de una sociedad determinada. La responsabilidad de su defensa recae, en primer lugar, en los poderes públicos y también en el conjunto de los ciudadanos. Y unos y otros, *poderes públicos y ciudadanos son los responsables de su indefensión*. Unas veces por pura negligencia de quienes deberían velar por él impidiendo conductas dañinas de los agentes sociales. Otras, porque son los mismos poderes públicos los causantes directos del menoscabo de lo público. Solo la revitalización de la idea de bien común y su comprensión adecuada podría ser el punto de partida para la defensa de lo público.

Aunque las ideas del profesor de la Universidad de Navarra puedan ser en algún aspecto discutibles no cabe duda que esta pre-lección supo poner ante sus alumnos problemas candentes que requerían una toma de postura intelectual y cívica y que con el paso de los años no solo no pierden actualidad sino que muestran lo certero de sus intuiciones.

²⁰ D'ORS, «La indefensión...», cit., 146.

