

# EL CONCEPTO DE PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO PÚBLICO (\*)

Por  
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Yo asistí a todos los ejercicios de las oposiciones a Cátedras que, va a hacer pronto cuarenta años, ganó tan brillantemente Manuel CLAVERO (las que yo obtuve se celebraron cuatro años después); ahí surgió nuestra amistad, nunca desmentida hasta hoy, antes bien afirmada y acrecida, como el buen vino.

CLAVERO era entonces un joven en la plenitud de su fuerza y de sus recursos, con los músculos elásticos de una joven pantera en el momento de emprender su salto predatorio. Su seguridad y su brillantez impresionaban.

Hoy el ciclo vital que entonces se abrió para él, y que ha sabido rellenar de valores positivos, ha concluido. ¿Con cuántos frutos? Son éstos tan abundantes, tan pródigos, tan visibles que es difícil no admirarse. Aquel joven garzón es hoy don Manuel; sus alumnos (todas las generaciones sevillanas —y virtualmente todas las andaluzas— durante más de treinta y cinco años) le recuerdan y le admiran, como deudores que son de él de un sentido plenario del Derecho y de la justicia, ésta en el modo clásico, como una virtud personal, que luego pasa a ser un necesario componente colectivo; sus discípulos constituyen un equipo de Catedráticos y de Profesores perfectamente significado en la comunidad científica española; las gentes andaluzas que han tenido menos contacto con él, muchas el tan indirecto de votar o no votar su candidatura en unas elecciones, saben perfectamente quién es, un político honesto que no dudó un instante en echar por la borda toda su carrera en ese orden por sostener la causa andaluza como él la estimaba en su conciencia.

Me queda un estamento bastante característico aún por nombrar, el de sus compañeros de todas las Universidades españolas. Todos admiramos y queremos al Profesor CLAVERO por su ciencia, por su hombría de bien, por su lealtad y derechura.

Os figuraréis, pues, con cuánto gozo yo estoy aquí presente para honrar a este universitario y a esta persona de verdad ejemplares.

---

(\*) Este trabajo, como resulta de su introducción, corresponde a la participación del autor en el curso organizado por la Universidad de Sevilla en Homenaje al Profesor M. F. CLAVERO ARÉVALO en septiembre de 1991 y se publicará en el *Libro Homenaje* que recoge las conferencias entonces pronunciadas.

## I

Debo comenzar esta conferencia con la indicación de que el tema me ha sido propuesto por los eficaces organizadores de este homenaje. En la distribución de partituras que se ha hecho para este oportunísimo Congreso se me ha asignado la de una reflexión general sobre la personalidad jurídica y el Derecho Público.

En el Antiguo Régimen el Estado estaba personificado en el Rey. Pero el Rey era una institución y no una simple persona física: «*Le Roi ne meurt pas*», decía el viejo Derecho Público francés (o, en la famosa trasposición retórica de BOSSUET: «*O princes, vous mourrez, mais votre Etat doit être immortel*»). En el Derecho inglés se hablaba de una *corporation sole*, como ha estudiado MAITLAND, una corporación que se constituye con una sucesión de personas en el tiempo, aunque en cada momento sólo esté presente una. Cada Rey es solidario con sus predecesores y transmite la antorcha a sus descendientes. Esta institución es lo que suele llamarse «la Corona», o «la Monarquía», en abstracto, que trasciende a cada uno de sus titulares.

Cuando la Revolución Francesa acaba con el sistema milenarista va a sustituir al Rey por un nuevo titular, el pueblo, de él será lo que se sigue llamando, extrayéndolo del patrimonio institucional absolutista, la soberanía, esto es, el poder más alto, el que puede modificar o sustituir la Constitución y, además, el que puede innovar el Derecho, crear la Ley, producto al cual habrán de subordinarse todos los demás poderes. El artículo 3.º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 lo expresará claramente: «El principio de toda soberanía reside en el pueblo. Ninguna corporación, ningún individuo podrá ejercer autoridad que no emane de él expresamente». La Constitución monárquica de 1791 lo subrayará aún más, a propósito justamente de la posición del Rey, para evitar cualquier equívoco respecto de la anterior situación: «Sólo en nombre de la Ley puede exigirse obediencia. El Rey reina por ella y en los términos que ella prescriba». La Ley es, pues, el producto de la «voluntad general» y todos los poderes, incluso el monarca mismo que ha supervivido del antiguo orden político —un momento, apenas, en esta primera ocasión—, se limitan a su ejecución o aplicación.

La legalización de todos los poderes es el principio básico alrededor del cual se constituye todo el Derecho Público contemporáneo: legalidad de delitos y penas, frente a la concepción anterior que consideraba al *ius puniendi* como una potestad de corrección moral

indeterminada infligida por el vicario de Dios para el gobierno humano que era el Rey; la legalidad del impuesto y del gasto o Presupuesto; legalidad del proceso en su desenvolvimiento y en su decisión, debiendo hacerse expreso, a través de la motivación, ese carácter de particularización de la Ley en el caso concreto; legalidad de toda la acción de la Administración, incardinada en el poder ejecutivo; reserva de la Ley para poder limitar los derechos fundamentales (art. 4.º de la Declaración), etc.

El nuevo sistema del Derecho Público que ha de instaurarse tras la Revolución parece simple: un fondo de libertad, unos poderes tasados y concretos que habilitan las Leyes; al final un proceso (o paraproceso: el contencioso-administrativo) controla la observancia de esa legalidad y decide definitivamente si se ha observado o no en el caso concreto discutido.

En esa primera época el Derecho Administrativo es el Derecho de la organización subconstitucional, de sus competencias y de sus procedimientos de actuación según la Ley, de sus límites, garantizado todo por un contencioso-administrativo rudimentario.

La Administración se identifica así con el Poder Ejecutivo, incluyendo en él a las organizaciones por él controladas o tuteladas. El Poder Ejecutivo estaba subordinado a las Leyes (Legislativo) y «separado» del Judicial, lo que, al implicar la prohibición a este último de intervenir contra la Administración, se suplía con la especificación en algunos órganos administrativos de la función de controlar esa subordinación legal, según el principio *juger l'administration c'est encore administrer*.

Desde esa concepción del Derecho Administrativo el concepto de persona jurídica se utiliza únicamente para las entidades sometidas a la tutela del Estado, concretamente los municipios (los departamentos o provincias no alcanzarán el reconocimiento de personalidad propia hasta que se supere su concepción meramente instrumental de la Administración del Estado, lo que no ocurrirá hasta este siglo; por otra parte, la eclosión de los organismos autónomos será también posterior). Ese concepto de personalidad jurídica del municipio se adopta de los textos romanos y con él se explica su titularidad de bienes, el beneficio de la «menor edad», que, a la vez que justifica la tutela, le proporciona la ventaja de la rescisión por lesión y, en fin, su capacidad procesal.

Del Estado como persona jurídica no se habla, salvo en una aplicación muy singular, cuando era titular de relaciones jurídicas patrimoniales. A esta situación se la designaba con la expresión «actuación de la Administración *como* persona jurídica», y había que entender como persona jurídica privada, pues nadie imaginaba

a otra en aquel momento. De ello resultaba una visión dual de la Administración en su actuación, ya que podía manifestarse o como poder o como persona jurídica privada. Este último concepto, por cierto, está en el origen mismo de la figura de los contratos de la Administración, que durante todo el siglo XIX (con el respaldo en España de la Ley Santamaría de 1888-1894 de lo contencioso-administrativo, art. 4,2.º) fueron considerados contratos privados y que sólo a comienzos del siglo XX en Francia se intentará sustantivarlos como supuestas instituciones de Derecho Administrativo, a partir de JÈZE y de HAURIOU sobre todo, tras la aparición de un *tertium genus* entre actividad autoritaria (o desde el poder) y actividad de gestión (privada) de la Administración, la figura de una gestión pública.

Resulta evidente que tras esa construcción de una instrumental o *ficta* actuación de la Administración como persona privada está pesando la tradición de la doctrina del Fisco, especialmente desarrollada sobre fuentes romanas y de los comentaristas en el siglo XVIII.

## II

En Alemania, que no ha tenido la experiencia de la Revolución Francesa, surge en un famoso texto de ALBRECHT (una reseña bibliográfica de un libro sin mayor interés) de 1837, que será sobre todo sistematizada por GERBER en 1852, una idea completamente distinta. Es el Estado en su conjunto lo que debe de caracterizarse como una persona jurídica, pero no ya en los términos comunes del Derecho Privado, sino como una *potentior persona*, singular y armada con todos sus atributos de poder, cuyas facultades se caracterizarán como derechos subjetivos (públicos) del sujeto, correspondiendo sus obligaciones a los derechos de los ciudadanos. Desde esta idea GERBER dirá que la personalidad del Estado es el presupuesto de toda construcción jurídica del Derecho Público.

Es evidente que esta construcción no tiene ninguna relación con la anterior. Subyace en ella visiblemente un componente hegeliano, que pretende sustantivar la totalidad del Estado como un «espíritu objetivo» transpersonal que vendría a sustituir el tradicional, y ya visto como arcaico, centro subjetivo del monarca, y que a la vez elude sabiamente la posición exacta del pueblo en el sistema. La soberanía será, por supuesto, el primero de los atributos o derechos de esa persona superior, diluyéndose así los graves problemas políticos e históricos de su titularidad, como ya notó HELLER, mediante la interposición de ese ente fantasmal y su disolución en un «Estado de Derecho» puramente formal, sin derechos fundamentales ni de-

mocracia. Por cierto, que la misma intención de diluir con palabras el lugar constitucional del pueblo trasladó la fórmula, exactamente, a nuestro régimen pasado, cuando la llamada Ley Orgánica del Estado de 1967 atribuyó al Estado, a lo más integrado por «órganos» (concepto abstracto en el que sería difícil intentar acomodar al pueblo), la titularidad de la soberanía, artículo 1.II. La construcción, en todo caso, sometida a las reelaboraciones de la Escuela alemana de Derecho Público del fin del XIX y comienzos del XX, va a alcanzar un gran éxito dogmático. No, por cierto, conviene advertirlo, con el fundador mismo del moderno Derecho Administrativo en el Derecho alemán, el gran Otto MAYER, que en su trabajo clásico sobre «La persona jurídica y su utilización en el Derecho Público», publicado en el *Festgabe Laband*, 1908 (ahora recogido en los *Kleinen Schriften*, tomo I, 279 y ss.), critica sin reservas a «los profesores alemanes que, sin ninguna ayuda, han nombrado persona jurídica al Estado».

En todo caso, es importante notar que la vivencia real de un sistema democrático estricto, que no comienza en Alemania hasta Weimar, y entre nosotros hasta 1978, no toleraba esa prestidigitación verbal de la realidad en conceptos tan convencionales. Como ha dicho SCHEUNER, «el Estado es una cooperación organizada que tiende a la distribución de órganos y de funciones, de modo que nada justifica encubrir los problemas de una asociación de personas mediante la idea de un poder estatal sustantivado, dotado de voluntad propia». La Ley no es la voluntad del Estado, es la «voluntad general» o de todos, como precisa el Preámbulo de nuestra Constitución y resulta del artículo 66 de ésta. La Sentencia sería igualmente absurdo intentar explicarla como el producto quintaesenciado de un ente místico: es la expresión concreta del Derecho sobre el que el pueblo vive (cfr. art. 117 de la Constitución: «La justicia emana del pueblo»).

En parte alguna y ni siquiera en la iuspublicística actual alemana, por supuesto, no digamos en el constitucionalismo anglosajón, que no ha perdido nunca la conciencia de su raíz democrática, se explican la Ley y la Sentencia como expresiones de un concepto sustantivado y abstracto del Estado, explicación que sería profundamente antidemocrática y contraria, además, a cualquier idea material del Derecho, que no tolera su reducción a un simple *iussum* del Estado como entidad abstracta.

Recordemos esta cita de Konrad HESSE: «A la concepción actual del Estado... le está vedada la vuelta a representaciones del mismo como una unidad sustantiva dada, situada más allá de las fuerzas históricas reales... aislando al Estado de su substrato sociológico».

En el caso inglés ello es muy claro: *King and Parliament* son dos realidades distintas que son *reciprocally trustees for each other*. A su vez, los jueces no siguen la voluntad del príncipe, sino *the Law of the land*, en el cual sobre un fondo común de principios y reglas desveladas por la historia (*common Law*) puede interferir un *statute Law* o derecho legal creado por las Cámaras o por el Gobierno, siempre con un carácter puntual, de interpretación restrictiva. El conjunto de todos estos actores sustanciales de la vida pública se articula bajo el concepto puramente estructural de «Constitución», que respeta la singularidad de tales actores. La idea misma de un Estado abstracto y transpersonal falta en estos países.

Desde esta base se comprende que no tenga cabida la idea de una voluntad atribuible a un ente abstracto, Estado, que vendría a ser el ordenador de la sociedad y del Derecho, que era lo que el viejo dogma de la personalidad del Estado presentaba e intentaba justificar, desde concepciones absolutistas subyacentes y sólo conceptualmente travestidas.

### III

Si la personalidad general del Estado no es sostenible en el Derecho Público, fuera del orden jurídico internacional, en donde los diversos Estados se enfrentan y se relacionan entre sí como totalidades o globalidades, hay que decir que el dogma de la personalidad jurídica cuadra perfectamente a una de las partes del Estado, a la Administración. La Ley y la Sentencia no son explicables, ya lo hemos visto, como productos de una entidad transpersonal y mística; en cambio, los actos administrativos, los contratos administrativos, los procesos contencioso-administrativos, las ejecuciones administrativas no son comprensibles siquiera si no se imputasen, no ya al Estado, que es otras muchas cosas, como sabemos, y que no admite a los ojos de los juristas una determinación imprecisa, sino a la Administración como sujeto de distintas relaciones jurídicas en su amplia variedad.

La Administración es una organización instrumental cuya personificación no requiere mística alguna; actúa siempre ante el Derecho como un sujeto que emana actos, declaraciones, que se vincula con contratos, que responde con su patrimonio de los daños que causa, que es enteramente justiciable ante los Tribunales. Esta realidad está personalizada como veste última de su organización, con toda evidencia.

No hay en ese reconocimiento de personalidad, como bien se

comprende, ninguna imaginación, ningún misticismo, ninguna explicación supraestructural de un mecanismo político que intente ocultarse; es, por el contrario, una calificación puramente técnica, un dato que hace posible su funcionamiento como lo que la Administración sobre todo es, una organización.

Sólo la Administración entre la diversidad de poderes del Estado se manifiesta precisamente así. Resulta con ello explicada la insalvable heterogeneidad entre la Administración y la Ley y la Sentencia, que es absurdo pretender explicar como los actos de un mismo sujeto superior, cuya excelsa eticidad pueda producir las decisiones más altas del Derecho, según los dogmas hegelianos.

Por otra parte, la Administración del Estado no es, como ya observó Otto MAYER tempranamente y es de común experiencia, una Administración que corresponda al tipo corporativo, esto es, cuyos miembros sean todos los ciudadanos. Por el contrario, éstos localizan su condición de miembros de la comunidad en el Parlamento o Cortes que es su órgano específico representativo (art. 66 de la Constitución) y cuyo producto jurídico, la Ley, actúa *ad extra* de la Administración, vinculándola, habilitando sus poderes, estableciendo sus límites, imponiéndola un «sometimiento pleno» (art. 103.1). Esta exterioridad y esta eficacia de la Ley respecto a la Administración explican por sí solas el convencionalismo —y más aún, la inexactitud— de considerar a la Administración y al legislativo como órganos de una misma persona superior y la necesidad, por el contrario, de ofrecer para explicar sus relaciones algo más que el *intus* de una misma organización sustantiva, del supuesto Estado persona jurídica única. Tal relación no es explicable si no se parte, como resulta claro, que Ley y Administración son entre sí un *quid aliud* y que la vinculación de esta última por aquélla no se produce, en modo alguno, en un ámbito interno o doméstico, como es lo propio de las Administraciones corporativas. Así lo prueba también el que las sanciones que pueda imponer a los ciudadanos la Administración no puedan explicarse, de ninguna manera, desde la teoría de las sanciones puramente disciplinarias o interiores.

En consecuencia de todo ello, puede establecerse con alguna seguridad que la Administración del Estado es una persona jurídica perfectamente sustantiva en sí misma, de tipo institucional burocrático (*Anstalt*) y no corporativo, aunque sea territorial, y que está sujeta a la Ley como cualquier otro sujeto de Derecho, aunque en ella ese sometimiento se matice con ciertas especialidades cuya singularidad estudia el Derecho Administrativo, y que son, sobre todo, especialidades de funcionamiento (la potestad de autotutela, especialmente).

## IV

La personificación de la Administración del Estado como algo distinto de los demás órganos políticos superiores plantea el problema de la posición del Gobierno. El Gobierno emana de las Cámaras y dirige a la Administración (arts. 99 y 97 de la Constitución). La Administración del Estado es un instrumento para la dirección de la política interior y exterior del Estado (art. 97), pero entre esa política está la de cumplir con los fines propios de la Administración (servir con objetividad los intereses generales de acuerdo con los principios que enuncia la Constitución y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho: art. 103.1) y la de organizar y prestar los servicios públicos que, dentro de otros fines constitucionales, se incardinan precisamente en la Administración.

El Gobierno actúa, pues, constituido en órgano central de la Administración, precisamente en su centro motor o de mando. Con independencia de su posición constitucional propia, el Gobierno, bien su Presidente, Vicepresidentes y los Ministros y Secretarios de Estado (art. 98), bien actuando colegiadamente en Consejo de Ministros, es el órgano central de la Administración del Estado. Actúan así como comisionados del «propietario del poder» (expresión de HAURIUO: el pueblo a través de las Cámaras), por «confianza» del mismo (arts. 99 y 101), para la apropiación del aparato administrativo.

Pero el Gobierno no agota en eso sus funciones, sino que ejerce otras varias funciones constitucionales: actúa ante las Cámaras, disuelve éstas, interpone recursos de inconstitucionalidad, nombra ciertos titulares de ciertos órganos constitucionales, ejerce la gracia en materia penal, se relaciona con otros Estados, etc. Estos actos, en los que el Gobierno no actúa como órgano de la Administración del Estado, no son, por ello, verdaderos actos administrativos y no son justiciables ante los Tribunales contencioso-administrativos (art. 2.*b* LJ), pero podrán, en su caso, ser impugnables ante el Tribunal Constitucional —la mayoría tampoco en esta vía—. Lo que carecería de todo sentido es intentar excluir de esta revisión jurisdiccional los simples actos de dirección política de la Administración por el Gobierno, ya que éste actúa en esos casos como órgano de ésta.

## V

Pero la Administración del Estado no es hoy la única Administración. Hay que hablar de Administraciones, de una pléyade o género entero, cada vez con singularidades más variadas.



Están, en primer término, las Administraciones de las Comunidades Autónomas. Supuesto que en estas Comunidades están dotadas de poder legislativo propio, habrá que hacer de ellas las mismas precisiones que acabamos de hacer de la Administración del Estado: son, sin duda, Administraciones territoriales (art. 137 de la Constitución), pero no corporativas por no interiorizar en sus respectivos seños los ciudadanos de sus propias Comunidades Autónomas, los cuales tienen su representación propia en las Asambleas o Parlamentos respectivos, cuyas relaciones con las Administraciones son idénticas a la que hemos explicado respecto del Estado. Se trata, pues, de Administraciones territoriales no corporativizadas.

Viene luego todo el complejo de las Administraciones locales (municipios, provincias, entidades locales menores, comarcas, etc.), que son ya, a la vez, entidades territoriales y corporativas. Aquí, en efecto, la representación de los vecinos se interioriza en el seno de la propia Administración personificada, lo cual es una diferencia radical con las Administraciones políticas superiores; por ello el poder normativo de estas Administraciones cae de lleno en el ámbito del Derecho Administrativo.

Finalmente está todo el *compositum* organizativo, cada vez más complejo, de Administraciones corporativas de base privada, de Administraciones institucionales, de empresas públicas, de sociedades mercantiles en mano pública, etc., en cuya problemática particularizada no podemos ahora entrar.

Creo que de las singularidades de todos estos entes (en particular de la aplicación respectiva del Derecho Administrativo y del Derecho Privado a las mismas) van a tratar otras ponencias de este Congreso, y a ellas debo remitirme. Se encuentra aquí, con frecuencia, lo que don Federico DE CASTRO llamó «abuso de la personalidad jurídica», que obliga, más que en el Derecho Privado, a «levantar el velo» para localizar a las Administraciones titulares reales, solución que ha propuesto Santiago MUÑOZ MACHADO a propósito de la responsabilidad patrimonial concurrente entre varias Administraciones, pero que no ultima sus consecuencias en esta única aplicación.

## VI

En fin, para cerrar la exposición creo que debo decir algo de la caracterización del Derecho Administrativo como el Derecho propio de esa clase singular de personas jurídicas que son las Administraciones públicas. No significa esta concepción, naturalmente, excluir la perspectiva constitucional entre sus elementos básicos; antes

bien, y como hemos visto, es precisamente la perspectiva constitucional la que nos conduce derechamente a esa concepción, excluyendo la idea de una personalidad global del Estado que se encuentra con objeciones insalvables en un Estado democrático de Derecho.

Pero tras la Constitución ocurre que la jurisdicción contencioso-administrativa se extiende a ciertos actos que no proceden de las Administraciones Públicas, sino de otros órganos constitucionales. Son, en concreto, los actos que los artículos 58.1.º y 74.1.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 1985 llaman «de administración» y de personal refiriéndose al Congreso de los Diputados, al Senado, al Tribunal Constitucional, al Tribunal de Cuentas, al Defensor del Pueblo, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y a sus Comisionados.

Se ha sostenido que esta extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa destruiría el concepto subjetivo del Derecho Administrativo como el Derecho de las Administraciones Públicas en cuanto personas. No lo creemos así, ciertamente. El Derecho Administrativo no está construido para resolver los problemas de los mínimos aparatos u organizaciones de apoyo logístico (personal, medios materiales, contratos, eventuales responsabilidades patrimoniales a terceros) que esos grandes órganos constitucionales, cuyas funciones sustantivas caen claramente fuera de la regulación del Derecho Administrativo. Cabía que los problemas de esos pequeños órganos de apoyo fuesen resueltos (como es el caso de muchos Parlamentos) por el sistema de la «autodikia» o justicia interna administrada por los propios órganos, o por comisiones especiales no judiciales, o haberse atribuido (es el caso también de otros países) a los Tribunales civiles ordinarios. Son fórmulas puramente pragmáticas, que intentan resolver un problema concreto, el de reconocer una tutela judicial efectiva a las personas que se integran o que se relacionan con dichos aparatos de apoyo (hoy exigencia del artículo 24 de la Constitución), pero que no tienen que ver con los grandes principios estructurales del ordenamiento. Aquí, claramente, se ha atribuido esta materia a los Tribunales contencioso-administrativos por simple analogía material, sin otra trascendencia.

En la propia Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa está claro que su materia se nutre de un núcleo duro o principal (art. 1.º: actos de las Administraciones como sujetos) y de la simple determinación legal (art. 3.c). Estas ordenaciones procesales encuentran, por lo demás, muchas excepciones de esta clase. Así, nadie dudará de que las entidades públicas de la Seguridad Social son Administraciones públicas, y sin embargo su contencioso está

atribuido a la jurisdicción social o laboral, como el de las Mutualidades de Funcionarios. Del mismo modo, el contencioso referido a partidos políticos, no obstante su relevancia constitucional (art. 6), corresponde a los Tribunales ordinarios, en tanto que el de los Sindicatos, cuya relevancia constitucional es también explícita (artículo 7), es propio de la jurisdicción social. Etcétera.

## VII

En conclusión, la idea y la técnica de la personalidad jurídica es básica para el Derecho Público contemporáneo, pero ha de rebajarse desde la vieja perspectiva idealista, hegeliana, constructora de vagas entidades totalitarias fantasmales y místicas, a simples mecanismos más próximos, instrumentales, operativos, concretos, sin ninguna efusión de ningún espíritu objetivo más o menos imaginado.

Desde esa perspectiva realista el concepto resulta un concepto central para la concepción entera y para la comprensión del Derecho Administrativo y de todos sus mecanismos propios.

Con el comunismo, HEGEL ha muerto entre sus ruinas. Los juristas recuperamos con ello una visión más próxima, más explicable por técnicas concretas —más justas también, por lo tanto.

## ADDENDA

En pruebas este artículo, puedo leer el reciente libro del Profesor Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Tecnos, 1992, por cierto versión de la conferencia pronunciada por el autor en el mismo ciclo de homenaje a Manuel Clavero en que mi trabajo aquí publicado se dictó también.

No tendría demasiado sentido que yo intentara ahora un cuerpo a cuerpo con el Profesor GALLEGO ANABITARTE, al resultar notoria la contraposición entre nuestros puntos de vista y nuestras conclusiones respectivas.

Sin ningún afán polémico, pues, me permitiré sólo algunas observaciones, que me parecen bastante simples.

1.º ¿Por qué insiste GALLEGO ANABITARTE en que George JELLINEK es, sin más, la expresión del «Derecho Público Europeo»? Nada menos cierto. El Derecho Público Europeo del sistema democrático y de la división de los poderes está expresado mucho más propiamente, desde sus orígenes revolucionarios, en la doctrina francesa, como es obvio. La doctrina alemana es más bien la expresión, o del absolutismo inicial en que surgió, o del dualismo esencial que mantuvo después (con neto predominio del principio monárquico) hasta Weimar. Otras expresiones genuinas del nuevo constitucionalismo, mucho más vivas, en cuanto que elaboradas y construidas al hilo de casos judiciales y no sobre un sistema de conceptos didácticos, son la americana y la inglesa, como es bastante obvio, doctrinas que jamás se han inspirado en JELLINEK o en LABAND y que ni siquiera les conocen ni les dicen absolutamente nada. Pues bien, a ninguno de estos tres constitucionalismos democráticos (con una excepción parcial en HAURIQU, nunca seguida por los demás autores y ordenada sobre criterios esencialmente distintos de los germánicos;

CARRÉ DE MALBERG es, a estos efectos, un epígono —el único en Francia— del iuspublicismo alemán; se les ha ocurrido nunca que el Estado sea una persona jurídica en su esencia, y que, consecuentemente, la Ley o la Sentencia necesiten explicarse como la voluntad de dicha extraña persona (¡imagínese lo que podría decir sobre esto un jurista de *common law*!). Menos aún entenderían que la relación entre el Derecho objetivo y los destinatarios deba calificarse de relación jurídica intersubjetiva a través de esa sorprendente persona fantasmal; esto ya afecta al núcleo mismo de la teoría del Derecho, donde se buscará en vano tamaña afirmación. Que en uso de su libertad científica al profesor GALLEGO ANABITARTE le atraiga más la explicación alemana antigua que la democrática genuina, histórica y actual, es una cosa; que se intente presentar esa opción como la única científica y políticamente objetiva y la negación de la misma como un error o el fruto de una ignorancia incomprensible, es otra enteramente distinta.

2.º La propia doctrina constitucionalista alemana inmediata a JELLINEK no es ya citable (y GALLEGO no la cita, en efecto) en esa supuesta posición canónica e indiscutible. Ya OTTO MAYER (como hemos notado conjuntamente GALLEGO ANABITARTE y yo mismo, en este mismo artículo), quizá por su perspectiva de administrativista, le parecía una ocurrencia pintoresca, sin base real. No hablemos ya de KELSEN, quizá no menos europeo que JELLINEK. HELLER, por su parte, tras observar que el propio concepto de Estado de Derecho tuvo que ser redescubierto en 1910 por Richard THOMA (Herman HELLER, *Gesammelte Schriften, II, Recht, Staat, Macht*, Leiden, 1971, pág. 223), dirigió golpes directos, brutales, incluso, contra el intento de ocultar el tema básico de la titularidad del poder o de la soberanía en una abstracta personalidad del Estado (un «concepto del Estado sin sangre», «Blutleere Staatsbegriff», *ibidem*, pág. 92), incapaz de determinar el titular o sujeto del poder. Y esto: «El concepto alemán de la soberanía del Estado fue, de hecho, la paráfrasis de una *tergiversatio* del verdadero problema, el problema originario de situar la soberanía en el pueblo o en el príncipe» (pág. 92). «Si la doctrina de la soberanía del Estado tiene que dejar de ser solamente una *tergiversatio* —¡como es hoy!— del verdadero problema y si la teoría del poder soberano del Estado ha de tener un sentido comprensible, entonces es indispensable determinar quién es el sujeto del poder soberano» (ver pág. 95), etc. Que toda esa artificiosa construcción procede de la «HEGEL. herrschende Lehre», como dice inicialmente HELLER (*ibidem*, pág. 81, y reitera en la pág. 93: «el fundador de la doctrina de la soberanía del Estado, HEGEL»), es bastante evidente y no entiendo por qué GALLEGO ANABITARTE se asombra de una afirmación mía paralela. Basten sobre este punto las citas que el anterior artículo hace de HELLER y de constitucionalistas alemanes actuales (mucho más atentos, por cierto, al constitucionalismo norteamericano, actual e histórico, como es manifiesto, que al viejo y convencional conceptualismo idealista clasificatorio de su propio pasado); GALLEGO parece excusar esta consulta a los autores actuales diciendo de lo que cita que son confusos sobre estos temas, argumento que cuesta admitir en boca de un germanista consumado como es GALLEGO, que más bien parece inclinarse a dar un valor canónico o definitivo, inamovible, a algunos autores (JELLINEK y WOLFF, sustancialmente) de su elección. Hace mal el Profesor GALLEGO en pensar que, en cualquier universidad del mundo actual, y en primer término en las propias alemanas, los iuspublicistas alemanes de finales del XIX sean considerados clásicos insuperables y de recurrencia obligada. No es así en ningún sitio. Más claramente aún: no tiene por qué serlo en España, ciertamente, salvo por un convencionalismo conceptual arcaico, difícilmente justificable ante la actual realidad constitucional.

3.º Pero más sorprendente aún es que el propio estudio del Profesor GALLEGO ANABITARTE, págs., 106 y ss., págs. 142, 165, 170, etc., concluya, con una patente contradicción, aceptando la imposibilidad de encerrar el poder constituyente del pueblo (y aún la actual realidad organizativa actual del Estado: pág. 171) en una construcción artificiosa y absolutamente convencional del Estado como persona jurídica formal capaz de encerrar y de explicar todo su funcionamiento. Quizá convenga destacar este texto de la pág. 170, que es una de las conclusiones de su trabajo: «El formalismo y la lógica del concepto de persona jurídica, creación del Derecho civil, es inaplicable para entender jurídicamente el fenómeno del Estado, tanto por la cuestión de la soberanía, como por la enorme complejidad de unidades, centros, competencias, delegaciones, litigios entre órganos, etc., que se producen dentro de toda la organización estatal. No se puede explicar cómo el soberano crea una persona jurídica cuando no existe un orden jurídico superior que dé sentido y existencia a esa persona jurídica, ni tampoco

por qué el soberano se va a enajenar a sí mismo creando una persona jurídica separada de él, y que va a actuar por el soberano. El concepto de persona jurídica estalla ante el «fenómeno organizativo estatal». En definitiva, esa es mi propia tesis, justamente, como habrá podido notarse. El pueblo como sujeto del poder soberano es el dato primario del Estado constitucional. El Derecho y la justicia son creación suya, sin tener que pasar por ninguna construcción mental forzosa de transfigurar al pueblo en un simple órgano subordinado de una entidad superior, el Estado, del cual sea un simple elemento o parte relativa. La tesis del Profesor GALLEGO ANABITARTE, tan enfática y dogmáticamente sostenida en la primera parte de su trabajo, cae en la segunda al simple contacto del dogma democrático fundamental, sin que parezca ser capaz de resolver una contradicción tan manifiesta. Este no es un detalle ocasional. Concluamos de nuevo con HELLER: «sin la aceptación de la existencia de una *volonté générale* realmente presente y representada no es posible llegar ni al concepto de Derecho ni al del Estado» (pág. 119).



# JURISPRUDENCIA

