

La personalidad jurídica del Estado*

El Estado recibe la calificación de “persona jurídica” -destinatario de normas y titular de poderes y deberes- tanto en el Derecho interno como en el Derecho Internacional, representando ello, a la vez, un precepto positivo y un supuesto de razonamiento¹.

Mas pese a la universalidad de semejante noción esta es tan compleja que, aún considerándola un dogma (F. Bataglia. “Il domma della personalitá giuridica della Stato”. Zanichelli. Bologna. 1942), deja subsistente la problemática.

En primer lugar, el concepto mismo de persona jurídica continúa siendo equívoco, exigiendo decidir cómo puede aplicarse indistintamente a seres físicos y a otros de naturaleza heterogénea, entre los cuales se encuentra el Estado. De otra parte, el Estado, personificación unitaria, comprende una pluralidad de sujetos -entes o entidades- constituidos con su propia sustancia, dicho así metafóricamente, que son también personas jurídicas. Además, tratándose de una misma persona ¿por qué se le atribuye, según los casos, una condición diferente, sea de Derecho Público o de Derecho Privado?

* Publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho* No. 8, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1956, pp. 21 a 55.

¹ La personalidad jurídica del Estado es un supuesto en todo sistema de Derecho positivo aun cuando no tenga una formulación concreta. Generalmente ésta suele encontrarse en los códigos civiles. Así sucede en los de Argentina (Art. 33), Brasil (Art. 20), Venezuela (Art. 19), Portugal, Chile... etc. Otros países la incluyen en Leyes ordinarias, Bélgica (Ley 20 de abril de 1836) Colombia (Ley 153 de 1887, art. 80 y Ley 55 del mismo año art. 24), De otra parte, la personalidad del Estado se encuentra afirmada en las constituciones, incluso en la de la U.R.S.S. (arts. 4, 5 y 6).

En cambio, se ha repetido frecuentemente que en Inglaterra no existe definido el Estado como sujeto de derecho sino la corona. Nada sin embargo, más inexacto. Ya Bracton se refería a una “universitas regni”, y en pleno absolutismo abundan las expresiones “República Anglorum” o “Commonwealth of England” hasta el punto de que, como decía Coke, “la Corona es un símbolo jurídico” (“an hieroglyphif of the law”). Por lo demás, Frederic William Maitland, famoso Profesor de Oxford, ha demostrado que la personalidad del Estado se contiene “en esta preciosa denominación de trust” teniendo en cuenta que “no hay gran diferencia entre Público, Estado y Corona, pues cada uno es el trust del otro” (“Introducción a la obra de Otto von Guericke. “Les théories politiques du moyen âge”. Trad. francesa. Ed. Sirey. París. 1914. Pág. 48).

Todo ello obliga a reconsiderar, con sentido, crítico, el problema de la personalidad del Estado en los propios términos en que se ha ido planteando y resolviendo en la historia del pensamiento jurídico.

NOCIONES PREVIAS

a) La “persona” considerada como una categoría jurídica

El concepto de “persona” deriva de una doble necesidad, a saber: de la existencia necesaria de un sujeto del Derecho y de la existencia, asimismo necesaria, de un sujeto en toda relación jurídica. El concepto de sujeto es primordial dando lugar al concepto de persona, si bien uno y otro acaban por unificarse.

El primer concepto, el de sujeto, tiene carácter necesario pues sin él carecerían de sentido tanto el Derecho como la relación jurídica “La noción misma de Derecho resultaría incomprendible -asegura Stammler- si no contuviera la categoría de **sujeto**; es decir, ser concebido como un fin en sí, según un orden jurídico, frente a **objeto**, tomado también en un caso concreto como simple medio para determinados fines”²

En su consecuencia, “sujeto de derecho es un ser que un Derecho históricamente dado considera como un autofin (“Selbstweck”), y al contrario, objeto de derecho es aquello que, en igual situación, se maneja como simple medio para un fin”³.

Así persona será aquel ser a quien el orden jurídico determina como un posible sujeto de derecho.

De otra parte, en la estructura de toda relación jurídica también ha de entrar necesariamente un sujeto como titular de derechos, obligaciones y responsabilidades. Entonces, semejante sujeto de la relación jurídica, titular efectivo de derechos, obligaciones y responsabilidades, se denomina precisamente “persona”. En este sentido, el sujeto o persona constituye el presupuesto de cualquier relación jurídica, tan necesario en ella como lo es el sujeto en todo juicio lógico (sujeto-predicado-cópula). En efecto,

² R. Stammler. “Tratado de Filosofía del Derecho”(Traducción de W. Rocés). Ed. Reus. Madrid 1930 Págs. 292-93).

³ R. Stammler. “Unbestimmtheit des Rechtssubjekts”, Berlín. 1907. Págs. 28 y siguientes y “Theorie der Rechtswissenschaft”. Berlín. 1911. Pág. 194.

conforme sostiene Kelsen “al concepto de derecho subjetivo corresponde el de sujeto de derecho o persona jurídica. Constitúyese por la necesidad de representar un “titular” de los derechos subjetivos -de las facultades y de los deberes jurídicos-. Tiene que haber algo -mejor aún, “alguien”- que “posea” derechos subjetivos. Por tanto, **sujeto** es el término opuesto a **objeto** en la relación jurídica. Ejemplo: En un préstamo, el sujeto obligado (el prestatario que ha de devolver la suma recibida) y el sujeto titular del derecho (el prestamista que ha de ser reintegrado) frente al **objeto**, en este caso la cantidad de dinero⁴.

Acentuando el carácter estrictamente formal de la persona, Kelsen la considera “el centro o punto de referencia al cual es imputable el hecho, que es el contenido de un sistema de normas de Derecho”⁵.

De cuanto se ha dicho se colige que la persona, en tal que sujeto de derechos, obligaciones y responsabilidades, constituye una mera calificación jurídica extraída no de la realidad física sino de la realidad jurídica⁶.

Se tiene la calidad de persona en virtud de una determinación del Derecho y en la medida que de ella resulte. De aquí que Radbruch y Santi Romano afirmen que “ser persona es el resultado de una atribución del orden jurídico”⁷. En suma, el orden jurídico prescribe las condiciones precisas para ser sujeto de derechos y obligaciones y así determina concretamente el ser que, mediante tal determinación, ostenta la cualidad de persona⁸.

El concepto abstracto de sujeto del Derecho o de sujeto de una relación jurídica, se hace concreto cuando el orden jurídico determina la cualidad de persona, identificándose entonces el concepto de sujeto con el

⁴ H. Kelsen. “Teoría General del Estado” Traducción española de Luis Legaz y Lacambra. Ed. Labor, Madrid-Barcelona. 1934, Págs. 82-86.

⁵ H. Kelsen. Obra citada. Pág. 85.

⁶ Santi Romano. “Frammenti di un Dizionario Giuridico”. Ed. Dott. Giuffrè. Milano. 1947. Págs. 204 y siguientes.

⁷ G. Radbruch. “Filosofía del Derecho”(Traducción de J. Medina Echeverría). Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1932. Pág. 171. F. Ferrara. “Teoría de las personas jurídicas”(Traducción de ovejero). Ed. Reus. 1929. Pág. 330.

⁸ La locución latina “persona”, en tal que sujeto con capacidad jurídica no comienza a emplearse hasta la época justiniana. (Bonfante “Corso di Diritto Romano”. VI, 314 y Arangio Ruiz, “Instituzioni di Diritto Romano”. Pág. 40). Anteriormente se designaba con el término “caput” Girard “Droit Romain”I, Nota 1 a la pág. 97). Sobre la etimología de la palabra “persona” en los textos romanos consúltese Ferrara, obra citada, págs. 315 y ss.

concepto de persona, con lo cual tiene lugar la concreción de una abstracción.

En resumen:

- 1.- La persona, es el sujeto necesario del Derecho y de la relación jurídica (los conceptos de persona y sujeto son identificables).
- 2.- La determinación de este sujeto la establece el orden jurídico (éste indica quién lo es o puede serlo).
- 3.- En virtud de semejante determinación del orden jurídico se discierne concretamente la cualidad de persona (persona concreta o indicada).
- 4.- La cualidad de persona es una condición precisa para ser, titular de derechos, obligaciones, responsabilidades, poderes y oficios.
- 5.- En consecuencia, la persona es la concreción de una abstracción. El sujeto es el concepto abstracto y la persona el concepto concreto. Con la determinación operada por el orden jurídico ambos aparecen unificados.

Por tanto, la persona puede definirse de esta manera: "Cualidad determinada por un orden jurídico que constituye la condición precisa de todos los derechos, obligaciones, responsabilidades, poderes y oficios"⁹.

b) El ser humano como sujeto del Derecho (la denominada persona física o natural)

Según se ha dicho anteriormente, el orden jurídico -expresado en el Derecho histórico- determina "quién" es persona, o, mejor aún, establece las condiciones que disciernen la cualidad de persona, indicando de esta manera al sujeto posible de derechos, obligaciones, responsabilidades, poderes y oficios.

Ahora bien, en la época actual la conciencia civilizada sienta como un imperativo que todo ser humano es persona. Por ello asegura Rappisardi Mirabelli que, "En el Ordenamiento jurídico de los Estados modernos la atribución de la cualidad de persona se deduce de un principio "a priori" genérico e indistintamente igual para todos los

⁹ Eneccerus, Kipp y Wolff. "Tratado de Derecho civil" (traducción española de Pérez y Alguer).

hombres”¹⁰. De donde resulta una situación igualitaria, pues si todos los seres humanos son personas serán por esta razón iguales¹¹.

Así el Código Civil de Venezuela dispone que, “Todos los individuos de la especie humana son personas” (art. 16) y la Constitución “garantiza a los habitantes de Venezuela la igualdad ante la ley” (art. 35, ord. 8º).

Sin embargo se ha llegado a esta concepción universal mediante un paulatino proceso histórico, merced, sobre todo, al influjo del Cristianismo¹².

1. El derecho de la personalidad

Semejante condición, en virtud de la cual cualquier hombre, por el mero hecho de serlo, tiene la cualidad de persona, igual en tal sentido a los demás hombres, se conoce con el nombre de “derecho de la personalidad”.

En efecto, el imperativo universal que exige tratar a todos los seres humanos como sujetos jurídicos, requiere un derecho originario o inicial que defina la personalidad. He aquí, pues, la correcta denominación de derecho de la personalidad por el cual, cuantos son personas -es decir todos los seres humanos- pueden convertirse en un caso dado en titulares de derechos, obligaciones y responsabilidades¹³.

Teniendo en cuenta la peculiaridad de la persona de estar siempre dispuesta a convertirse en sujeto jurídico, un tratadista ha descrito metafóricamente el derecho de la personalidad como “un recipiente destinado a ser llenado”¹⁴. Mas, aparte de la ingeniosidad de la metáfora, como descripción resulta insuficiente.

¹⁰ Rapisardi Mirabelli. “Elementi di Diritto Pubblico generale” Ed. S. E. del Foro Italiano. Roma 1925. Pág. 56.

¹¹ Radbruch. Obra citada. Págs. 170-71.

¹² La explícita referencia al hombre como fundamento del Derecho se encuentra en la frase de Hermógenes “Omne jus hominum causa constitutum est” D. I, 1, 5, 2.) Pero la evolución tiene lugar en sucesivas etapas históricas descritas por Vincenzo Miceli, “La personalità nella Filosofia del Diritto”. Societa Editrice Libreria, Milano, 1922, Págs. 55 a 252.

¹³ V. Miceli. Obra citada, Págs. 253 a 375.

¹⁴ Karl Specker. “Personlichkeitsrecht” Aaran. 1811. Pág. 2. Wolff Obra citada y también C. Ganzi. “Persone fisiche e persone giuridiche”. Ed. Dott. Giuffrè. Milano 1946.

En efecto, la personalidad es algo más que un derecho potencial a adquirir toda clase de derechos, obligaciones y responsabilidades, pues el hombre, por serlo, desde su nacimiento e inclusive desde su concepción, tiene asegurada una suma de derechos efectivos. Derechos originados y necesarios, conocidos con el nombre de derechos del hombre y también derechos naturales o individuales, entre los que se encuentran el derecho a la vida y el derecho de libertad.

A este respecto la Declaración de Virginia, de 12 de junio de 1776, proclama que “todos los hombres han nacido igualmente libres e independientes; tienen derechos ciertos, esenciales y naturales, tales son el derecho de disfrutar de la vida y de la libertad”... (art. 4 igual al art. 6 de la Declaración Francesa de 1793)

Desde entonces los textos constitucionales consagran estos derechos con carácter de derechos fundamentales, o sea base y condición de todos los demás (Ver Constitución Venezolana, arts. 28 y 35).

He aquí pues el balance que expresa el contenido del derecho de la personalidad¹⁵.

2. Los derechos propios de las personas

Comprenden el conjunto de derechos eventualmente adquiridos por diferentes hechos o actos jurídicos. No se trata así, como en el caso anterior, de derechos originarios, necesarios e iguales para todos los hombres, antes bien son derechos adquiridos y en su consecuencia desiguales. Ejemplo: todos tienen la libertad de proporcionarse la propiedad, pero no es propietario sino aquel que en virtud de un hecho o de un acto jurídico determinado someta un objeto a su dominio. De aquí la igualdad inicial de derechos (los originarios) y la desigualdad sucesiva producida por la diferente adquisición de otros.

Quizás semejante diferenciación, operada por los distintos derechos adquiridos, explica la etimología latina de la palabra “persona” (“*per sonarum*”) máscara usada en las representaciones escénicas que, metafóricamente referida a una diversidad de derechos, indicaría la diferente manera de actuar en el teatro jurídico, donde las personas figuran con una variante fisonomía.

¹⁵ Gauzi. Obra citada.

c) Persona y capacidad jurídica

Generalmente se tiende a confundir ambos conceptos, con lo cual “la personalidad o persona es sinónima de capacidad” (Coviello). Pero no es así exactamente, pues la capacidad consiste en una modalidad o condición modal de la persona; “medida de las posibilidades jurídicas de la persona en cuanto límite de sus derechos y obligaciones”. De esta manera se explica que, aun considerando iguales las personas, sus capacidades sean distintas. Cabe una restricción de la capacidad (incapaces) sin dejar de ser por ello persona, es decir, sujeto de derechos y obligaciones. Lo cual exige diferenciar uno y otro concepto.

Además la misma capacidad comporta dos diferentes posibilidades, a saber:

1º Capacidad de derecho (“Rechtsfähigkeit” o “capacité de jouissance”)

La capacidad de derecho es la posibilidad de **tener** derechos y obligaciones. Toda clase de derechos y obligaciones, así originarios y adquiridos (propietarios, acreedores, deudores... etc.). En suma, la capacidad de derecho es la simple capacidad de ser titular, por lo cual se la llama también capacidad pasiva, la de poder “tener”.

En alemán se la enuncia, en efecto, con este término “Habenkönnen” (poder tener).

2º Capacidad de obrar o de ejercicio (“Handlungsfähigkeit” o “capacité d'agir”)

No se trata, ya solamente de “tener” o “disfrutar” los derechos sino además de poder ejercitarlos. Posibilidad de ejercitar tales derechos. Esta es pues una capacidad activa ya que no existe sólo para **tener** derechos sino también para hacerlos valer, de aquí el nombre: capacidad de obrar o de ejercicio. De esta manera los menores, enfermos mentales y otros incapaces tendrán capacidad de derecho pero, en cambio, no podrán actuar por sí. Por ejemplo, la adquisición o enajenación de un inmueble de su pertenencia la hará en su nombre su representante legal y lo mismo sucederá cuando hayan de comparecer en juicio.

Por tanto, al “Habenkönnen” o “poder tener” corresponden para definir la capacidad plenaria, el “Könnenhaben” o “tener poder”.

La capacidad comporta diversas gradaciones: así, capacidad plenaria y capacidad restringida, (ejemplo de esta última, el menor emancipado), capacidad general y capacidad parcial (ejemplo de esta última el extranjero desprovisto de derechos políticos y todas las personas jurídicas, quienes no pueden ser sujeto de ciertas categorías de derechos, como los derechos de familia), capacidad personal y capacidad patrimonial.

d) Clasificación de las personas: las llamadas “personas jurídicas”

Cierto que todos los hombres son personas, según se ha demostrado, pero no todas las personas son precisamente hombres. De aquí la primera clasificación de las personas: unas, las personas físicas o naturales y otras, las personas indistintamente llamadas jurídicas, morales, ideales o incorpóreas.

El hombre, individualmente considerado, es centro de sus propios intereses, de sus propias finalidades y de sus propias actividades. Resulta así evidente que el orden jurídico lo determine como sujeto posible de derechos y obligaciones; es decir, le discierne la cualidad de persona.

Empero, también existen intereses, finalidades y actividades ajenas al hombre individual, o mejor quizás que lo trascienden. En efecto; hay intereses, finalidades y actividades supraindividuales que, dejando por tanto de ser singulares, tienen otro diferente centro de imputación. Tal sucede con aquellas instituciones jurídicas que en la época medioeval denominaron los canonistas “Corpus morale” y los civilistas “Persona ficta et representata”¹⁶.

Es Sinibaldo di Fieschi, mejor conocido con el nombre papal Inocencio IV (1243-1314) quien elabora por vez primera la doctrina que define una pluralidad de seres humanos con una personalidad distinta de

¹⁶ Jörs Kunkey. “Derecho Privado Romano” (Traducción española) E. Labor. Madrid-Barcelona. 1932. 8 a 43, a. “La Teoría moderna de la personalidad jurídica arranca del desenvolvimiento dado al Derecho Romano por la ciencia romanística y canonística de la edad media y posterior”. Claro que ello no obsta a que en Roma existieran colectividades con cierta personalidad desde la época imperial, según se colige del texto de Ulpiano: “Si quid universitate debetur, singulis, non debetur, necquod debet universitas, singuli debet” (D. 3, 4, 7, 81). Siendo el término “corpus” el que sirve técnicamente para indicar la asociación con personalidad. Ver Francisco Ferrara. Obra citada, págs. 8, 11, 35 y 39. Sin embargo, el concepto de persona jurídica y la elaboración de la teoría explicativa de la ficción pertenecen a la edad media.

la que corresponde a cada uno de ellos (“Cum collegium in causa universitatis fingatur una persona”). Ciertamente que esta persona constituye una representación intelectual, pues no tiene apariencia física, mas no por ello deja de ser una realidad jurídica, susceptible inclusive de producir efectos materiales¹⁷. Lo importante es que en ella el patrimonio, los derechos y las obligaciones, tienen un titular autónomo, un sujeto de Derecho diferente y diferenciado, lo cual hace configurar un ente, entidad o ser que es una persona. Esta persona, así configurada, diferente a las personas individuales, naturales o físicas, se denomina en el lenguaje moderno “persona jurídica” o también persona moral, persona colectiva o persona ideal, expresiones, sin duda, no del todo adecuadas¹⁸.

La naturaleza de la persona jurídica ha sido vivamente controvertida y las consecuencias de esta controversia se reflejan en las variadas soluciones contenidas en los distintos sistemas del Derecho positivo.

1.- **Teoría de la ficción.** Las especulaciones jurídicas de la edad media fueron reanudadas por Savigny (1779-1861), quien junto con Puchta (1798-1846), Windscheid (1817-1892), Unger (1828-1913) y otros, conciben la persona jurídica como una mera ficción, puesto que únicamente el hombre singular es capaz de derechos, llegando inclusive a sostener Windscheid que “los derechos no tienen sujeto sino que están destinados a servir fines impersonales”. No obstante el Derecho positivo puede extender semejante capacidad a sujetos artificialmente creados por simple ficción; con lo cual la persona jurídica no será más que “un sujeto creado artificialmente capaz de tener un patrimonio”. Idéntico es el criterio de la doctrina inglesa que califica la Corporación de “artificial Being”. Unger, aun más radical, declara que al constituirse una persona jurídica tiene lugar “una creación de la nada”.

¹⁷ Francesco Ruffini “La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo di Fieschi (Innocenzo IV) ed in Federico Carlo di Savigny”. Incluido en “Scritti giuridici minori”. Ed. Dott. A. Giuffrè Milano. 1936. Págs. 5 a 90. Inocencio IV establece que los particulares investidos de beneficios o prebendas son meros representantes del sujeto ideal (“aliud est Persona aliud dignitatis”), sin que la muerte del investido afecte al cargo, pues “dignitas non perit decedente persona”. Ver también Ferrara. Obra citada, Págs. 71a 80.

¹⁸ El nombre de “persona moralis” lo introduce Samuel Pufendorf, utilizándolo, por vez primera al código Prusiano. La Ley municipal francesa de 1884 habla de “personas civiles”. El nombre de “persona jurídica” (“Juristische Personen”) lo adopta el Código civil alemán, lo mismo que el español, italiano, federal suizo de obligaciones y venezolano. El Código soviético, “personas morales” Zitelmann les llama “personas incorpóreas” y han recibido la denominación de “personas colectivas”, “personas sociales” y “personas ideales”.

En opinión de los referidos tratadistas es ello evidente, por cuanto tan sólo los hombres pueden actuar conforme a las normas del Derecho objetivo, como únicos seres dotados de voluntad, convirtiéndose entonces en sujetos de derechos y obligaciones. Ciertamente que existen intereses colectivos, los cuales ha de regular y proteger el Derecho, mas en este caso se “personifican”, fingiendo una persona puramente pensada. Se trata, en suma, de una persona ficticia pues el Derecho procede “como si” fuera una auténtica persona. La ficción, en efecto, según hace observar Unger, es un recurso no exclusivo del Derecho sino también de la Ciencia y el Derecho ha de servirse de ella para producir un fin deseable.

La teoría de la ficción, dice su crítico Francisco Ferrara, comienza estableciendo una premisa: sólo el hombre es sujeto de derecho y llega al corolario de que la persona jurídica no puede ser más que un ser fingido.

Mas, ¿que hará este hombre artificial -alega irónicamente Gierke- que, como un tercero, está en perfecto aislamiento junto a los individuos coaligados? Y el Estado, ¿es también un ente ficticio? Entonces, ¿en nombre de una sombra ha de sentenciar un Tribunal?”¹⁹.

Kelsen, con su característica agudeza, hace notar que, “la distinción entre hombre y persona constituye uno de los conocimientos metódicos más importantes de la Ciencia del Derecho.

Sin embargo, a pesar de que en todo momento y lugar se insiste en esa distinción, se está aun lejos de haber extraído de ella todas las consecuencias posibles. Compruébase esto en la distinción entre personas “físicas” y personas “jurídicas”, sosteniéndose que las personas físicas son los hombres y las personas jurídicas todos aquellos sujetos de Derecho que no son hombres. Ahora bien: es indudable que para el conocimiento jurídico sólo pueden existir personas jurídicas. Y si la persona “física”, como sujeto de Derecho, ha de ser objeto de conocimiento jurídico, tiene que ser persona jurídica en el mismo grado y en el mismo sentido que todas aquellas para las que se ha reservado hasta ahora el nombre de “personas jurídicas”. Una y otras tienen que ser referidas al común denominador del Derecho, para que puedan unirse en el común concepto de persona jurídica²⁰.

¹⁹ Otto Von Gierke, cita de Francisco Ferrara. Obra citada. Pág. 188.

²⁰ H. Kelsen. Obra citada. Pág. 82.

Burckard refuta con vehemencia el supuesto de que el hombre ostente el privilegio de ser el único sujeto de derechos y a tal efecto escribe: “el hombre puede oponer: yo soy de carne y hueso, y no una simple sombra; si algo existe en el mundo soy ciertamente yo. Bien, tú eres de carne y hueso; como hombre eres más realidad que apariencia; ¿pero eres carne y hueso en cuanto sujeto jurídico? ¿Es una cualidad necesaria, inherente a ti como hombre, que seas sujeto de derecho, o eres tal únicamente porque te invisten los rayos del orden jurídico? Eres sujeto jurídico como hombre *ipso facto*, o tienes la posibilidad de ser sujeto únicamente porque el orden jurídico te comprende en sus regulaciones? Y si así es, si es el orden jurídico el que decide si tú puedes ser sujeto, o no, el que de hombre te eleva a persona, ¿eres entonces como sujeto un ser real en otro sentido de aquél en el que también el pensamiento, el concepto, la idea son un ente real? ¿Y debes maravillarte tú, hombre, de que el orden jurídico reconozca un sujeto allí donde no existe un hombre.”²¹

De otra parte, y aun cuando los derechos puedan adquirirse independientemente de la voluntad, tampoco la voluntad psicológica, como hecho natural, es contemplada por el Derecho. Así, advierte Kelsen que “el querer de la persona (no la voluntad del hombre) es el “deber ser” del orden jurídico parcial. Por eso una acción humana no puede ser acto jurídico sino en tanto que es calificado por el Derecho como facultad o como deber jurídico, en tanto que pueda ser referida a una unidad del orden total o parcial; con otras palabras, en tanto que es realizada por una persona de Derecho”²².

2.- Teoría orgánica o de la Persona colectiva real. Tuvo su origen en las conclusiones a que llegó el jurista alemán Beseler, cuando en 1830 investigaba el carácter de un tipo especial de asociación, denominado “Genossenschaft” (literalmente Compañía). Posteriormente Blunschli, en 1844 y Kuntze en 1859, prosiguieron la investigación en el dominio del Derecho público, comprobando que el Estado y el Municipio o Municipalidad son realidades histórico-orgánicas. Es más, “el Estado tiene voluntad propia, que es la voluntad popular, manifestada en la ley, distinta de la voluntad de los particulares y a veces contraria a ella”. Como también, “dispone de órganos materializados en aquellos hombres

²¹ Buckard. Referencia incluida en Ferrara. Obra citada. Páginas 332-33.

²² H Kelsen. Obra citada Pág 85.

llamados a la ejecución de esta voluntad, lo cual no debe maravillar porque el Estado mismo es una unión humana”.

Por ello, tanto el Estado como el Municipio “no son, objetos de la fantasía, sino creaciones sociales, a veces espontáneas, potencias vivas que, de igual modo que el individuo, obtienen reconocimiento jurídico. El Derecho no las crea sino que se limita a reconocer su preexistencia”²³.

Pero es Otto Von Gierke, en su portentosa obra, consecuencia de cuarenta años de labor fecunda, quien da forma acabada a la teoría, insistiendo en el análisis de las Corporaciones germánicas.

La Corporación -para Gierke- es una persona real colectiva (“realer Gesamtperson”) formada por hombres reunidos y organizados en una existencia comunitaria que tiende a la consecución de fines que trascienden la esfera de los intereses individuales, mediante la común y única fuerza de voluntad y acción. Este todo colectivo es un organismo social, dotado, a semejanza del hombre, de una potestad propia de querer y por tanto, capaz de ser sujeto de derechos. Este ente surge espontáneamente, por hechos histórico-sociales, o por constitución voluntaria de los hombres. Por cuanto el hombre lleva una vida individual simultáneamente a la vida social, puede dividir su voluntad y contraponer a la voluntad de sí mismo, el vínculo de la voluntad colectiva. Los derechos de que la persona, colectiva está investida, corresponden exclusivamente a ella; pero no hay aquí una antítesis neta entre persona colectiva y personas coligadas, más bien hay una ligazón en la separación, por consiguiente una mezcla de los derechos de la unidad y la pluralidad. Todas estas relaciones escapan al derecho individual y deben concebirse como un verdadero derecho social.

Gierke acentúa la capacidad de querer y de obrar propia de la persona real colectiva, a la cual el Derecho atribuye personalidad porque la considera portadora efectiva de una única voluntad. Esta voluntad propia (“Gesamtwille”) no es la simple suma de varias voluntades autónomas sino una voluntad plúrima y única, la voluntad común, ordenadamente declarada. En cuanto a la acción colectiva. (“Gesammthandlung”) traduce, en acto, de una manera visible, la voluntad general. Así la persona real colectiva es capaz de querer y obrar y lo logra por medio de órganos, que son seres humanos, no actuando

²³ F. Ferrara. Obra citada que contiene las opiniones de Blunschli y Kuntze en las Páginas 173-74.

representativamente sino como exponente y expresión del querer profundo de la persona colectiva que quiere por intermedio de sus órganos.

La crítica de Ferrara se concreta, sobre todo, a la noción de la voluntad común de la persona real colectiva, en cuanto se considera independiente de la voluntad del conjunto humano. Por lo demás, también en este caso resulta adecuada la aclaración de Kelsen respecto a la naturaleza jurídica del “querer”, calificado por la norma, en oposición a la voluntad psicológica que no es más que un hecho natural²⁴.

Sin embargo, depurada de sus exageraciones, la teoría orgánica o de la persona real colectiva ha inspirado positivamente otras modernas concepciones. Así sucede con la teoría de la persona real ideal -que ha servido de criterio al Código civil alemán- la teoría del derecho subjetivo -que ya no hace depender éste de la voluntad sino del objeto de ella que es un bien o subjetivamente un interés- seguida por el alemán Bernatzik, el francés Michoud y en Italia por Santi Romano, Alfredo Rocco y Ugo Forti. Además la teoría de la organización (“*Einrichtungstheorie*”) de Enneccerus en la que la capacidad jurídica está ligada a la reunión y a la organización.

3.-Teoría de Ferrara. Posteriormente el civilista italiano Francisco Ferrara (1877-1942) ha valorado los distintos puntos de vista sobre las personas jurídicas, con propósito de darles coherencia, en una interesante recapitulación. Para este tratadista las personas jurídicas, son: “entes ideales que sirven como forma jurídica de unificación y concentración de derechos, obligaciones y potestades, para el perseguimiento potenciado de intereses humanos encaminado a la consecución de determinados fines”.

En primer término se excluye la naturaleza ficticia de la persona jurídica. Esta constituye una realidad, siquiera sea de un tipo distinto a la realidad sensible. A este respecto el autor recuerda, con palabras de Rumelin que “el concepto de realidad es relativo y variable en los diversos campos del conocimiento. Si por real se entiende todo lo que es perceptible por los sentidos, ciertamente las personas jurídicas no son reales, pero no son reales tampoco los conceptos de las ciencias abstractas, y en particular tampoco es real nuestro mundo jurídico. Por cuanto el concepto de real se amplía a todo lo que existe en nuestro pensamiento,

²⁴ H. Kelsen. Obra citada. Pág. 85.

contrapuesto a lo que es imaginario y fingido. Entonces no queda duda que las personas jurídicas son una realidad. Son reales en el mismo sentido y del mismo modo que son reales las demás formas jurídicas, como es real una obligación, una herencia, un contrato. Realidad ideal jurídica, no realidad corporal sensible”.

La persona jurídica es “una forma jurídica”, “una manera de unificación dispuesta por el Derecho objetivo”. Con lo cual la persona, tanto la jurídica como la natural, se encuentran implícitas en la realidad normativa y no son más que un centro de referencia de un complejo de normas, según sostienen Kelsen y Maiorca. Pero Ferrara supera este formalismo, añadiendo que semejante unificación preexiste en la conciencia social puesto que ésta considera las instituciones y asociaciones como una unidad ideal. He aquí la realidad histórico-orgánica de Blanchli y de Kuntze. Es en virtud de tal preexistencia que el Derecho puede operar la transformación de una unidad ideal social en una unidad jurídica.

Por último, el sujeto de derechos, obligaciones y potestades es esta unidad ideal transformada en unidad jurídica mediante su reconocimiento²⁵.

e) Clasificación de las personas jurídicas

La “suma divisio” tiene lugar en estos dos grandes grupos, personas -o sujetos- de Derecho Internacional y personas de Derecho interno, atendiendo al doble Ordenamiento jurídico que respectivamente las califica como tales. Porque, como afirma Perassi, “no existiendo un único Ordenamiento jurídico, o el Derecho abstracto, la calidad de persona es siempre relativa a un Ordenamiento determinada. Ser sujeto de un Ordenamiento significa encontrarse respecto a éste en una relación que lo hace destinatario de sus normas, con una valoración subjetiva, en virtud de la cual se le atribuye un derecho, una obligación o un poder (“Lezioni di Diritto Internazionale”. Roma. T. I., pág. 44).

Así se es sujeto, desde el punto de vista del Ordenamiento Internacional, por un motivo jurídico distinto del que es propio del Ordenamiento interno, y ello hasta el punto de que no es suficiente la

²⁵ Ferrara. Obra citada. Págs. 330, 359 y siguientes, ver asimismo “Tratatto di Diritto Civile”.

personalidad del Estado según el Derecho interno, para adquirirla "ipso iure" en el orden internacional. Es más; en el caso del reconocimiento de beligerantes puede quedar escindido un sujeto antes único, como a la inversa, cabe que varios Estados adquieran, en forma de Unión, una nueva personalidad internacional (G. Arangio-Ruiz. "Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale. Giufre Editore. Milano, 1951. T. I. págs. 29 y ss).

Este primer grupo, de "entes sujetos del Ordenamiento internacional" comprende varias especies indicadas, sin que se pretenda ordenarlas ni siquiera hacer una enumeración exhaustiva.

1.- **Colectividades de integración estatal.** Estados, simples y compuestos. Asociaciones de tipo clásico -o sea Confederaciones, Uniones reales y personales- así como las modernas -"Commonwealth" británica, Unión Francesa, Unión Occidental (creada en 17 de marzo de 1948), el Consejo de Europa (Tratado de Londres de 5 de mayo de 1949), Pacto de Benelux (Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo), Liga Árabe, etc., y también las desmembraciones: colectividades beligerantes y Gobiernos en exilio.

2.- **Colectividades no etáticas.** La Santa Sede, la Soberana Orden de Malta, Dominios, Fideicomisos, Territorios bajo tutela, etc.

3.- **Colectividades internacionales.** Organizaciones de Naciones Unidas (ONU), Organización de Estados Americanos (OEA), Instituciones Administrativas (Organización Internacional del Trabajo, Organización de la Aviación Civil Internacional) e Instituciones jurisdiccionales (Corte Internacional de Justicia).

En el segundo grupo, de "entes sujetos al Ordenamiento interno"²⁶, se establece esta bipartición: personas jurídicas públicas y personas jurídicas privadas, expresiones que, pese a su uso corriente, "tienen mucho de convencional" (Miele). Inclusive se ha llegado a sostener que "sólo cuenta la estructura corporativa o institucional, independientemente de que corporaciones e instituciones se califiquen de públicas o privadas, pues la diversa función y capacidad de que están revestidas no altera su unidad sustancial" (Ferrara), en su consecuencia "la personalidad es única" (Miele). Si bien, al mantenerse la diferencia en los diversos sistemas de Derecho positivo se hace imprescindible darle una caracterización.

²⁶ Foderado. "Stato e persona Giuridiche Pubbliche". Cedam. Padova. 1943 y "Contributo alla teoria della personalità degli organi della stato". Cedam. Padova. 1941.

Puede así afirmarse. de momento con cierta vaguedad, que la nota distintiva de la persona pública consiste en ser partícipe, de una u otra manera, de las prerrogativas propias del Estado, mas semejante noción es provisional dado que la dificultad de sentar un criterio diferenciativo obliga a examinar detenidamente la cuestión, como se hará más adelante.

Dentro de la categoría de las “personas públicas” o “de carácter público” se han distinguido siempre las llamadas “Corporaciones territoriales” (Estados, Regiones, Provincias, Municipios, etc.), las demás “Corporaciones públicas o de Derecho Público” y aun empresas privadas, Sociedades que rigen servicios públicos o de utilidad pública.

Entre las “personas privadas” o “de carácter privado” se configuran con modalidades especiales, las asociaciones, corporaciones y fundaciones. (Ver art. 19 del Código Civil venezolano).

CONCEPTO DE PERSONALIDAD DEL ESTADO

Después de haber establecido qué se entiende por persona y cuáles son sus diversas especies, clasificadas en el Derecho, precisa dilucidar los motivos en virtud de los cuales cabe incluir al Estado entre las personas; es decir, en qué sentido y en qué medida puede asegurarse que el Estado se encuentre dotado de personalidad.

Pues bien, semejante calificación se ha manifestado en una doctrina evolutiva cuyas diferentes fases conviene examinar aisladamente para advertir la coherente unidad del conjunto.

a) Planteamiento histórico del problema: Los orígenes de la doctrina

La doctrina de la personalidad del Estado va integrándose en el transcurso de tres períodos históricos, a saber: Un primer período, que comprende, a la vez, el régimen absolutista y las nuevas aportaciones que promueven su transformación (siglos XVI a XVIII). El segundo período se concreta a los supuestos doctrinales de las revoluciones norteamericana y francesa (siglo XVIII). Por último, el período contemporáneo, del Estado de Derecho, en el que se elabora la dogmática de la personalidad del Estado con un método jurídico.

Primer período: El absolutismo y sus transformaciones

La doctrina de la soberanía -poder plenario que no reconoce otro superior- y a la cual da forma concluyente Juan Bodino (1533-1596), comporta que la integridad del poder del Estado, o sea el poder soberano, pertenece a la persona del Monarca -el Soberano por antonomasia- quien lo ejerce como un derecho dominical. En suma, la soberanía se considera entonces una propiedad del Monarca

De esta manera, según la interpretación radical del absolutismo, el Monarca se convierte en la única personificación del poder soberano puesto que la soberanía, por definición, es indivisible.

Una apología prematura de la personalidad única del Soberano se hace ya en el siglo XIV, en un sermón del Obispo de Exter comentando el texto bíblico del libro de Ezequiel: "Rex unus et omnibus"²⁷; mas, es el famoso Boussuet (1627-1704) quien la describe con frase rotunda: "Todo el Estado está en la persona del Príncipe; en él se encuentra el poder, en él se encuentra la voluntad de todo el pueblo"²⁸. Digna anticipación del dicho de Luis XIV, "L'Etat c'est moi".

Sin embargo, aun cuando así fuera efectivamente como realidad de hecho en la plenitud del régimen absoluto, no ha de desconocerse que el Estado había de tener una continuidad, caso de faltar la persona del Monarca, cuando éste muriera y de una manera más ostensible al ser depuesto, lo cual sucedió en Inglaterra con la ejecución de Carlos I (1600-1649) y el destronamiento de Jacobo II (1633-1649).

Asimismo, el carácter dinástico o electivo de la Monarquía imposibilitaba al Monarca designar libremente a su sucesor, en detrimento de la soberanía que, en tal que poder ilimitado, no admite restricciones. De donde se deduce que, inclusive en pleno absolutismo, la Corona se hallaba condicionada, siquiera fuera en una mínima medida, a las reglas del Derecho, afirmándose por tanto como una auténtica institución (Oficium). Es más; desde la edad media tenía un cierto auge la doctrina que prescribía la diferencia entre la persona del Rey y la personalidad de

²⁷ J. N. Figgs. "El Derecho Divino de los Reyes". (Traducción).

²⁸ F. Battagli "Il Domma della Personalita giuridica dello Stato". Ed Nicola Zancelli. 1942. Pág. 15.

la Corona²⁹ prevaleciendo por fin en Gran Bretaña, donde aún hasta nuestros días la personalidad del Estado se encuentra revelada, al menos simbólicamente en la institución de la Corona.

Mas, aparte de este exiguo margen ofrecido por la interpretación, en pleno absolutismo se delinea una doctrina de la personalidad del Estado que indica a éste como sujeto del poder soberano, en contraste con la persona del Monarca, quien, dicho en términos modernos, se reduciría, en tal que órgano, a ejercitar una función estatal. Es lo que intenta demostrar, por vez primera, un gran tratadista político, Juan Althusius (1557-1638) en su difundida obra "Política methodice digesta" (primera edición de 1603, considerablemente ampliada en 1611).

Althusius, con rigor analítico, hace una descripción del Estado ("politia", "regnum", "populis", "respública"), concebido orgánicamente como una co-asociación federativa de entidades primarias -provincias y ciudades- que se obligan, en virtud de ella, a mantener el derecho que corresponde a la totalidad o sea al Estado³⁰ Este derecho que ha de mantenerse, es precisamente la soberanía, la cual pertenece, de una manera necesaria y exclusiva, al Cuerpo social ("corpus symbioticum", "Cuerpo conviviente", o "Communio symbiotica universalis"), como si se tratara de su propia alma, hasta el punto que, de perderla, el nombre mismo de "respública" resultaría inadecuado.

Así, el Estado se configura formando un solo Cuerpo -con las integraciones colectivas de provincias y ciudades- dotado de una cabeza rectora y cuyo derecho, la soberanía, denominado también "jus majestatis", es la potestad preeminente y suma para disponer de cuanto de

²⁹ J. N. Figgs. Obra citada. Págs. 33-34 y 67. Véase nota 30 que expone la doctrina medioeval de los canonistas.

³⁰ Althusius. "Politica Methodice digesta". La definición literal es "universalis publica consociato, qua civitate et provincias plures ad jus regni mutua communicatione rerum et operandum mutuis viribus et sumptibus habendum, constituendum, exercendum et defendendum se obligant" (Publica y comunal co-asociación que a la ciudad y provincia obliga, a la mutua comunicación de cosas, obras y mutuas fuerzas para defender el derecho del Reino). Althusius concibe la sociedad Política como una realidad de hecho y de Derecho. Siguiendo al aristotelismo considera un hecho natural las formaciones primarias; pero, a su vez, para integrar las superiores es necesario dos pactos: a saber, el pacto de coasociación y el pacto con el gobernante. Este es un contrato bilateral en el que el pueblo actuando de mandante confiere un mandato y con él constituye un verdadero derecho asimilable a la "negotiorum gestio"

una manera general concierne a la salud espiritual y corporal de los miembros del Estado³¹.

El Gobierno del Estado corresponde a la colectividad (“non singulis, sed conjunctum universis membris et toto corpori consociato regni competit”), la cual puede delegar el ejercicio de sus poderes, ostentando entonces el Príncipe -sea unipersonal o plural- el nombre de Soberano, tan sólo técnicamente (“terminus technicus”), pues si hace una propiedad singular de los poderes delegados pierde su autoridad para convertirse en tirano, que es un simple privado.

En consecuencia, el Estado, en tanto que Cuerpo social (“homines conjuncti consociati et coherentes”), es sujeto de Derecho, la persona pública por excelencia, pues comprende a todas las demás (“universalis publica consociatio”), por lo que no quedaría mistificado el pensamiento de Althusius denominándola, con licencia terminológica, una superpersona.

A partir de la concepción de Althusius los tratadistas multiplican sus especulaciones, en su empeño de diferenciar una doble personalidad superpuesta: la del Príncipe o Soberano (“majestas personalis”) y la de la colectividad social (“majestas realis”).

En este sentido Hugo Grocio (1583-1645) distingue cuidadosamente en su obra “De jure belli ac pacis”, (1625, reeditada en 1646) ambas personalidades; “el sujeto común de la soberanía” que es precisamente el Estado, del “sujeto especial de la soberanía”, la persona o personas que según el Derecho interno de cada país ejerce el poder.

Mas, si hasta entonces la especulación de los tratadistas pretendía determinar, sobre todo “a quien” pertenecía el poder soberano, para atribuirle luego el carácter de persona soberana, falta, en cambio, esclarecer “cómo” o de qué manera se constituía esta personalidad. Es precisamente lo que hace Samuel Pufendorf (1632-1694), cuando, en 1672, publica su profundísima obra “De jure naturale et gentium”, donde expresa que el pacto es el acto constitutivo de la personalidad del Estado “En efecto -escribe- para que la multitud, es decir, muchos hombres, sean una Persona, a la que correspondan ciertos derechos, diferenciados de los

³¹ Althusius. Idem. “Potestas praeminens et summa universalis disponendi de iis, quae universaliter curamque anime et corporis membrorum Regni seu Republicae pertinent” (Potestad preeminente y suprema que pertenece para disponer de cuanto concierne universalmente a la salud del alma y del cuerpo de los miembros del Reino).

que tienen sus miembros particulares en cuanto tales, es necesario que hayan unido primero sus voluntades y fuerzas mediante pactos, sin los cuales es imposible entender cómo puede hacerse la unión (“conjuntio”) de quienes son iguales por naturaleza”³²

De otra parte, pertenece también a Pufendorf una luminosa anticipación del moderno concepto de persona, y aun el nombre mismo de “persona moralis”. La personalidad -explica- es un atributo ideal conferido por el Derecho (“impositio en oposición a “creatio”), término de relación con los demás conceptos jurídicos y en consecuencia distinto de la existencia material; de donde resulta que, todo ser humano es “persona moralis” o mejor aun, “persona moralis simplice” para diferenciarla de la “persona moralis composita”.

El Estado tiene su origen en un acto jurídico, el pacto, verdadera regla de Derecho, que le confiere el atributo ideal de persona. En una palabra, el Estado es una “persona moralis composita” y como tal sujeto del derecho de soberanía.

2º período: La personalidad del Estado en los supuestos revolucionarios

La ideología revolucionaria -inspiradora de las revoluciones norteamericana, francesa y sus epígonos- aparece resumida en un libro, tan reducido como enjundioso, el famoso “Du contrat social ou Principes du Droit Politique” (1762) de Juan Jacobo Rousseau (1712-1778).

También, a la manera de Pufendorf, para Rousseau el acto constitutivo de la personalidad del Estado es el contrato. “El Cuerpo político o soberano no deriva su ser sino de la santidad del contrato” (L. I. cap. VII), añadiendo, “Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y recibimos en cuerpo a cada miembro como parte indivisible del todo” (I, VI). Ahora bien; este cuerpo así constituido y dotado de una voluntad, la voluntad general, es precisamente el Estado. Empero el Estado precisa un poder. Complemento necesario, pues “si el Estado no es sino una persona moral -idéntica terminología que la de Pufendorf -cuya vida consiste en la unión de sus miembros; y si el más importante de sus cuidados es de su

³² S. Pufendorf. “De jure naturae et gentium”(Edición inglesa de Basil Keunet. London. 1710. Libro VII, cap. II, sec. 6).

propia conservación, necesita una fuerza universal y coactiva para mover y disponer cada una de las partes del modo conveniente al todo” (Libro II, IV).

El pacto engendra, junto con el cuerpo político, la soberanía. El derecho de soberanía corresponde “al cuerpo político” y “así como la naturaleza da a cada hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos” (Libro II, IV).

Precisa ahora preguntar, ¿qué aporta Rousseau a la doctrina de sus predecesores?

Ante todo, la rotunda afirmación de que la soberanía es consustancial al Cuerpo estatal, radicando en él de una manera exclusiva, inalienable e imprescriptible. Empero, la intuición sorprendente de Rousseau consiste en considerar constituido este mismo Cuerpo estatal como no lo hará sino un siglo después la llamada “teoría de la forma” (“Gestalttheorie”) aplicada tanto a la Psicología como a la Sociología en virtud de la cual se considera que el todo es cualitativamente distinto a la suma de las partes componentes (“Gestaltqualität”). Esto representa el yo común (“le moi commun”) y “la voluntad general” (“volonté générale”); una formación nueva, como se desprende de este significativo párrafo: “en lugar de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación -el contrato social- produce un cuerpo moral y colectivo el cual recibe, en virtud del mismo acto, su unidad su yo común, su vida y su voluntad (Libro I, cap. VI). Y aún de una manera más concluyente demuestra que no se trata de la suma de voluntades o de intereses expresados por la mayoría, antes bien, de una forma independiente, pues “existe diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general; ésta no mira sino a un interés común, la otra mira al interés privado y no es más que la suma de voluntades particulares; pero quitad de estas mismas voluntades lo más y lo menos, que se anulan, y. quedará como suma de las diferencias la voluntad general.” (Libro II, Cap. III).

Empero, al proclamar Rousseau que, “el soberano lo componen la totalidad de los particulares” (“Contrat Social”, I, VII) identifica el pueblo con la persona del Estado, aserto mantenido, de una manera implícita o explícita, en la mayoría de los textos constitucionales, a partir de la Constitución norteamericana de 1787, e inclusive en las más recientes, como la de Weimar (Art. 2) la francesa de 1946 (Art. 3) y la italiana de

1948 (Art. 1). Con ello se reincide en el error conceptual de Bodino por cuanto la novedad se reduce a transferir la soberanía personificada, de un sujeto individual, a una colectividad, conclusión certeramente objetada por los tratadistas de la escuela germánica, según se comprobará en seguida.

3º período: De la dogmática jurídica

La doctrina contemporánea de la personalidad del Estado no tiene ya por base, como en el periodo precedente, el concepto de poder político sino nociones de carácter jurídico. Claro que ello no era posible antes de haberse configurado jurídicamente el Estado de Derecho, con lo cual una vez definido de semejante manera, “la personalidad del Estado es punto de partida y fundamento del Derecho Público” (Gerber), haciendo “eje de esta construcción no tanto el Estado como institución objetiva sino como sujeto de derechos y deberes” (Laband).

Esta elaboración doctrinal corresponde a la escuela jurídica alemana y especialmente a Karl Friedrich Wilhelm Gerber (1823-1891), Paul Laband (1838-1918) y Georges Jellinek (1851-1911).

Para Gerber³³ el Estado representa la unidad jurídica que denominamos persona, en cuanto actúa como sujeto de relaciones jurídicas. Pero aun cuando constituyendo una agrupación humana el Estado no es el pueblo -según sostenían algunas tendencias del Derecho natural- ya que éste no es sujeto ni menos aun persona y por el contrario, “es en el Estado y a través del Estado que el pueblo adquiere unidad jurídica”. Ahora bien; únicamente el Derecho puede determinar la unidad del Estado lo mismo que la de cualquier persona, con lo que la multitud se transvalúa jurídicamente -nosotros dijimos se juridifica- adquiriendo en el Estado la unidad correspondiente a la persona.

No obstante, el Estado no se reduce a una mera forma jurídica sino que es una unidad con un contenido real por cuanto “el pueblo en el Estado logra la conciencia de su totalidad jurídica y tiene capacidad de querer” y “esta potencia de querer es alguna cosa en sí y por sí existente; en suma, es una realidad”.

³³ K. F. W. Gerber “Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts. Lipsia. 1865. (no traducida. Citas de la 3ra. Edición de 1880, Págs. 1, 2, 19, 226 y 237).

Laband³⁴ insiste en análogos razonamientos. Si el Estado puede tener derechos y deberes es porque se trata de un sujeto de Derecho. “El Estado es una unidad organizada, una persona con su propio querer”, un querer distinto e independiente del de todos sus miembros, aun cuando éstos sean llamados a participar en su formación.

Esta personalidad del Estado es “ideal” -una figura jurídica- mas los ciudadanos determinados en su conjunto por ella, constituyen su sustrato real. En suma; el Estado es una forma jurídica, mas no forma pura sino forma con su contenido, es decir una forma material.

En Jellinek³⁵ el Estado ofrece dos aspectos: uno sociológico y otro jurídico. Como sociedad política tiene bases reales (hombres, territorio, interacciones de poder) pero en tanto que modo de estar jurídico es una ordenación, una figura jurídica. Esta doble existencia permite al Estado “ostentar una personalidad pues tiene querer unitario, querer condensado en una unidad independiente”.

Estos criterios de la escuela alemana, responden al intento común de afirmar la personalidad del Estado, “mediante una construcción jurídica” (Gerber), pero pese a la escrupulosidad metodológica aun quedan resabios naturales -psicológicos y sociológicos- como le sucede a la teoría orgánica de Gierke con lo cual, por otra parte, se encuentran tantas proximidades.

En cambio Hans Kelsen (1881) reduce la personalidad del Estado a un concepto estrictamente jurídico, sosteniendo que aquél es persona en razón a la existencia de otras personas. En efecto, si cada persona no es más que el centro de imputación de un conjunto de relaciones derivadas de un orden jurídico parcial, entonces la pluralidad de personas necesitarán, a su vez, un centro de imputación del conjunto de relaciones derivadas del orden jurídico total. Esta persona, “punto último de la imputación, es la persona del Estado”.

Elimina Kelsen la noción de “voluntad”, en tal que fenómeno natural, utilizando el vocablo metafóricamente para indicar el querer jurídico que expresa el “deber ser” preceptuado por el Derecho. “Aquí se presume aun -comenta Kelsen- que, en principio, la “voluntad” del Estado - en cuanto que el querer jurídico es el “deber ser” del Derecho y que, por

³⁴ P. Laband. “Das Staatsrecht des deutschen Reiches” 4ta. Edición Tubinga 1910). Págs. 53 y siguientes 89.

³⁵ G. Jellinek. “Théorie de l’Etat”(Traducción francesa. Giard et Briere. París. Tomo II, Pág. 248.

tanto, la “voluntad” de otras personas constituye el orden jurídico parcial- es el orden jurídico total, el cual, personificado, constituye la voluntad colectiva o la persona colectiva compleja”³⁶.

b) Alcance exacto de la noción de personalidad del Estado

En la etapa histórica del Estado de Derecho, la personalidad del Estado no puede afirmarse de otra manera que como una consecuencia de su propia vinculación al Derecho. Así Otto Mayer declara que “la noción de Estado-persona o personalidad del Estado, se refiere directamente a la existencia y mantenimiento de un determinado orden jurídico que forma el Estatuto orgánico del Estado”³⁷.

Entonces el Estado, según la feliz expresión de Carré de Malberg, “es un ser del mundo jurídico”, lo cual sucede con todas las personas conforme sospechó ya Pufendorf, y lo demostraron cumplidamente Radbruch, Santi Romano y Kelsen.

Es por tanto del Ordenamiento jurídico que ha de deducirse la cualidad de persona atribuida al Estado pues, de acuerdo con el razonamiento de Michoud, “si se concibe al Estado como persona, sujeto de derechos, a la vez se admite que está sometido al Derecho, con lo cual, de la misma manera el titular de derechos subjetivos se encuentra ligado al Derecho objetivo que condiciona el ejercicio de su poder”.

La pretendida realidad del Estado, referida a su substrato, en tal que “unidad real de acción y decisión” (Heller), se hace superflua, pues conforme reconoce el propio Heller, “la organización estatal es el sujeto del poder plenario del Estado y es el Estado el que personifica esta organización lo cual equivale a decir que se encuentra íntegramente regida por el Derecho”³⁸.

De todo lo dicho anteriormente se desprende que cabe definir el Estado, conforme lo hace Carré de Malberg, como *una colectividad unificada que se manifiesta en una organización regida por el Derecho*,

³⁶ Kelsen. Obra citada, Pág. 93.

³⁷ Otto Mayer. Cita de Carré de Malberg. “Contribution a une théorie générale de l'Etat”. T. I. Pág. 29 Nota.

³⁸ H. Heller, “Teoría del Estado”. Traducción española del Fondo de Cultura Económica. México. 1947. Págs. 108, 256, 231, 255, 263, 264 y 271.

agregando, "y sujeto exclusivo de la soberanía". Por tanto, la única persona soberana.

Esta definición consta de cuatro partes que precisa examinar: 1°. Es una colectividad *unificada*. 2°. Que se manifiesta en *una organización*. 3°. Organización "regida por el Derecho". 4°. Sujeto exclusivo de la soberanía.

1°.- El Estado es una colectividad unificada

Al estudiar el Estado, atendiendo a los datos que sirven para describirlo, aparece dispuesto como "una unidad de estructura" (Heller). Por tanto, una unidad real, ideal, histórica y jurídica.

Pero es en la doctrina de la revolución francesa, y en sus propios textos legales, donde se encuentra formulado con mayor exactitud el concepto de colectividad indivisible de ciudadanos que constituyen una entidad extraindividual cuya personalidad es el Estado".

¿Qué ha de entenderse así por colectividad unificada e indivisible? Pues *una individualidad jurídica*, distinta a la individualidad de los miembros singulares y transitorios que la componen. Por ello Rousseau sostiene -y su doctrina en este extremo tiene plena validez- que el Estado es algo más que una reunión de asociados que han establecido un nexo contractual y cuyo querer y cuyos intereses son la suma de voluntades y de intereses particulares expresados por la mayoría. Al contrario estas voluntades e intereses privativos excluyen el interés común y la voluntad general, según se dijo anteriormente. En suma, dicho con frase del propio Rousseau, esta comunidad, unitaria e indivisible, lo es porque tienen un "yo común". Es decir, en el sentido de que "los individuos múltiples que la componen, en *un cuerpo total* e indivisible, constituyen una nueva individualidad"³⁹. Esta colectividad nueva es titular de un derecho subjetivo también nuevo, que no procede de sus componentes, el poder soberano o potencia pública, distintivo peculiar del Estado.

³⁹ A Mestre. "La notion de personnalité morale chez Rousseau en "Revue de Droit Public et de la Science Politique". T. XVIII. Pág. 450. También L. Duguit. "Traité de Droit Constitutionnel". T. I. S. 48 y 49. Carré de Malberg. Obra citada. T. I. Págs. 37, 47 y 50. Kelsen. Obra citada. Pág. 346 y siguientes. Ver también Bobbio, "Lezioni di Filosofia del Diritto". 1941. y "La persona nella sociologia contemporanea". 1938. W. C. Sforza. "Colectivita e persona" en "Studi in memoria di Francesco Ferrara". Ed. Giuffré. Milano. 1943. T. I. Págs. 109.

Mas el Estado tiene una estructura jurídica o sea, “el modo conforme se ordenan los elementos necesarios para la configuración perfectamente definida del mismo”, pues “los entes se distinguen de los elementos que los componen, asumiendo una unidad propia” (Crosa. “Corso di Diritto Costituzionale”. Giappichelli Editore. Torino 1950. T. I. pág. 34). Es así que el pueblo, lo mismo que el territorio y el poder, constituyen tan sólo los elementos de la estructura estatal.

Los tratadistas coinciden por ello en afirmar, que “el conjunto del pueblo no es un sujeto de derecho” (Laband), sino que, por el contrario, “el pueblo encuentra en el Estado su personalidad jurídica” (Orlando). De donde se desprende, con absoluta consecuencia, que, “el pueblo no es una persona sino un órgano del Estado” (Jellinek), doctrina que mantiene los textos del Derecho positivo. Así la Constitución venezolana proclama que, si bien la soberanía reside en el pueblo, ésta se ejerce “por medio del sufragio y por órgano del poder público”, con lo cual el sufragio se define como “una función pública”, es decir, una función del Estado (Constitución artículos 38 y 39, igual a los arts. 79 y 80 de la Constitución anterior). Lo mismo declara la Constitución mexicana en el art. 41.

No podría ser de otra manera para que persista la unidad del Estado trascendiendo a los cambios de las generaciones, tanto la de los gobernantes como la de los gobernados, manteniendo su continuidad.

2º.- El Estado como organización

Pero la “colectividad unificada e indivisible” requiere, para manifestarse, una organización. Así Jellinek afirma que “el Estado no puede existir sino mediante sus órganos, hasta el punto de que si fueran suprimidos en el pensamiento no quedaría jurídicamente sino la nada”.

De esta manera el Estado se concibe como una unidad de funciones orgánicas, por lo que, reafirma Kelsen, “el Estado *no coexiste* con sus órganos pues no existe sino en ellos, no siendo más que la unidad de todas las funciones orgánicas”⁴⁰.

⁴⁰ H. Kelsen. Obra citada. Pág. 352.

Ello resulta necesario ya que existiendo un posible sujeto de Derecho ha de mediar “una organización para manifestar la voluntad única”⁴¹.

Empero, la voluntad estatal -y en ello insiste Kelsen- no es la voluntad psicológica sino la jurídica, entendida como un hecho o complejo de hechos referidos al Estado, por encontrarse prevenidos en una norma, a lo cual le llama “unidad de imputación”.

Ahora bien; el vocablo “órgano” procede del griego (“organón”) y significa precisamente “instrumento”. Es decir, metafóricamente el “órgano” es “instrumento” mediante el cual actúa el Estado (creación y ejecución de la voluntad estatal).

Mas, el concepto de órgano es inseparable del concepto de función. Así todo órgano presupone una función que debe ser ejercitada (deber jurídico) en los términos prescritos en la regla jurídica (regla de competencia). A su vez el conjunto de competencias requieren una persona física a quien le sean materialmente atribuidas. De aquí el tercer concepto conexo, inseparable del órgano y función, que es el de “titular del órgano”. Con todo lo dicho queda perfectamente esclarecido que el Estado no constituye un organismo, en el sentido natural -según han sostenido algunas escuelas- sino una organización de los diferentes dispositivos instrumentales con arreglo a una jerarquía. Así el pueblo reunido en “cuerpo electoral” (órgano electoral); los diputados y senadores, integrados en sus respectivas Cámaras (órgano legislativo); el Presidente y los Ministros (órgano ejecutivo); los jueces y magistrados en sus Juzgados y Tribunales (órgano judicial), etc.

Ahora que el concepto de organización postula el de forma. Toda organización tiene en efecto, una característica externa o formal. La forma es en puridad “el complejo de atributos exteriores que valen para individuar el ente, de una manera íntegra; en correlación con su estructura interior” (Crosa). Clásicamente las “formas de Estado” afectaban tan sólo a la distribución de sus funciones soberanas (unitario, federal, confederal) si bien modernamente se refiere a ella el distinto modo o manera con que participa el pueblo en las funciones estatales. (Tipos de Estado democrático, corporativo, soviético o autocrático).

⁴¹ H. Kelsen. Idem. Pág. 348-49.

3º.- El Estado: Organización regida por el Derecho

La inseparabilidad del Derecho y Estado, según se expuso anteriormente, hace de la norma jurídica el necesario regulador de toda la organización estatal. Ahora bien; la pauta de la organización del Estado se encuentra en la Constitución. Si, en efecto, la organización de la comunidad es el hecho primordial, en virtud del cual ésta se encuentra erigida en un Estado, ha de deducirse que el nacimiento del Estado coincide con el establecimiento de su primera Constitución, sea o no escrita, es decir, con la aparición del Estatuto que por vez primera ha dado a la colectividad los órganos que aseguran la unidad de su voluntad y hacen de ella una persona⁴².

Semejante simultaneidad se advierte en el preámbulo de las Constituciones originarias de casi todos los Estados; por ejemplo, en el de la Constitución Venezolana de 1811 que expresa la voluntad de constituir la personalidad estatal (aquí confederal) al propio tiempo en que se establece la Constitución.

4º.- El Estado es el sujeto exclusivo de la soberanía

Ya se dijo anteriormente que la soberanía -poder supremo que no tiene otro superior- constituye el atributo del Estado. Althusius la reputaba el alma del Cuerpo político y Rousseau la identificaba con éste. La soberanía, en efecto, radica esencialmente en el Estado y no cabe compartirla por ser indivisible.

Por tanto en la soberanía se hace la característica diferencial entre el Estado y las demás personas públicas, así la Provincia, el Municipio o las Instituciones autónomas.

La indivisibilidad de la soberanía no permite sino un sólo titular y en su consecuencia es exclusiva y excluyente.

Esta pertenencia de la soberanía identifica al Estado en el orden internacional.

⁴² Biscarretti di Ruffia. "Contributo alla teoria giuridica della formazione degli Stati". Ed. Giufre. Milano. 1938.

DIFERENCIA ENTRE ESTADO-PODER Y ESTADO-PERSONA JURÍDICA

El Estado ostenta una doble personalidad, según sea el carácter jurídico de su actuación. Ante todo puede actuar ejerciendo funciones públicas y en este sentido es sujeto único de ellas. En cambio puede también actuar realizando actos o negocios jurídicos de índole privada o patrimonial, como otra persona jurídica cualquiera. En el primer caso se dice que se trata del Estado-Poder o de la Potencia pública (“*puissance publique*” en la terminología francesa), en tanto que en el segundo caso el Estado es persona jurídica al mismo título que las demás y lleva el nombre de Estado-persona o bien de Fisco (ver ley Orgánica de la Hacienda Nacional, art. 1).

a) El Estado-poder

El Estado es en efecto titular de funciones atribuidas a sus órganos de una manera exclusiva. Tales son las funciones públicas. Algunos tratadistas hablan de funciones soberanas -legislativas, ejecutivas y judiciales- derivadas del atributo único de la soberanía (Codacci-Pisanelli), pero resulta quizás más adecuado referirse simplemente a “funciones públicas” que comprenden las de creación (creadoras de Derecho objetivo: actos legislativos y reglamentarios) y las de ejecución (aplicación individualizada: actos administrativos y judiciales).

Prescindiendo de la naturaleza y nomenclatura de las funciones públicas sí conviene indicar que toda función pública lo es en la medida determinada en una regla de competencia establecida por el Derecho. Así lo declara expresamente la Constitución Venezolana: “El Poder Público se ejercerá conforme a esta Constitución y a las leyes que definan sus atribuciones y facultades” (art. 41).

Los textos constitucionales, por lo demás, contienen la explícita afirmación de la personalidad del Estado-poder. De esta manera el Estado (o Nación en la terminología venezolana) define los deberes y derechos individuales y sociales (arts. 28 a 32) y otorga la garantía de otros (art. 35 y de una manera más literal los arts. 29 y 30 de la Constitución de 1947).

“El Presidente de la República es el representante del Estado” (art. 102). Otras referencias se contienen en los artículos 31, 45, 47, 50 y 56.

Asimismo el Código Penal protege la personalidad del Estado (Ver Libro segundo. Título I, Capítulos 1º y 2º).

b) El Estado-persona jurídica

El Estado como sujeto de negocios jurídicos de índole privada o patrimonial es el Estado-persona jurídica o Fisco.

El Código Civil incluye en el mismo art. 19 entre las personas jurídicas al Estado y a las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado. Es a título privado, por ejemplo, que el propio Código en su art. 832 atribuye “al patrimonio de la Nación” la herencia intestada a falta de herederos legítimos con derecho a suceder al causante. De la misma manera es susceptible de actos de la misma índole sujetándose entonces a las prescripciones del Derecho Civil o Mercantil.

No obstante, aun cuando actúe como Estado-persona jurídica no puede afirmarse que éste se encuentre exclusivamente sometido a los preceptos del Derecho Privado pues, conjuntamente a ellos, rigen prescripciones de Derecho Público, atendiendo al carácter excepcional del Estado-persona jurídica o Fisco. Este es persona jurídica al mismo título que las demás, empero dotada de ciertas prerrogativas de Derecho Público. (Ley Orgánica de Hacienda Nacional, arts. 3, 7, 9, 10, 15 y 16).

c) Implicaciones de esta doble actividad jurídica

En Francia, los tratadistas, y aun la jurisprudencia, han venido diferenciando cuidadosamente los actos jurídicos, según procedieran del Estado-poder o del Estado-persona, calificándoles respectivamente como actos de autoridad o actos de gestión. Las consecuencias producidas resultan también diferentes, pues los primeros, tratándose de actos de Derecho Público, son recurribles en vía jurisdiccional ante los Tribunales Administrativos (Consejo de Estado, Consejos de Prefectura... etc.) en tanto que los segundos, regulados por el Derecho Privado, se encuentran sometidos a la jurisdicción de los Tribunales ordinarios.

Modernamente ha dejado de utilizarse semejante nomenclatura, pero a pesar de ello, continúa manteniéndose la diferencia entre una y otra especie de actos jurídicos: los actos administrativos (públicos) y los actos de carácter civil o mercantil (privados) que quedan asimismo diferidos a distintas jurisdicciones.

Desde el punto de vista técnico es preferible distinguir la naturaleza del acto, sin que haya necesidad de referirlo a una u otra personalidad, al Estado-poder o al Estado-persona. El acto estatal será siempre de Derecho Público en tanto que el acto civil o mercantil pertenecerá al Derecho Privado y ello producirá como efecto la determinación de una distinta competencia para recurrirlos; en un caso, pertenecerá la competencia a Tribunales que ejercen la jurisdicción constitucional o administrativa y en el otro a los Tribunales ordinarios.

Esta diferencia de actos se encuentra universalmente establecida, incluso en el Derecho Internacional, independientemente de que se mantenga o se excluya la nomenclatura de Estado-poder y Estado-persona jurídica.

Resulta a este respecto interesante comprobar que incluso en la U.R.S.S., con un ordenamiento jurídico tan alejado de las concepciones tradicionales, se mantiene la diferencia entre "Estado federativo" en tanto que unidad de poder económico-político (Constitución art. 4º) y el sujeto jurídico de "derechos civiles" -así literalmente expresado- caso en el cual actúa como Fisco ("Kazna").

En Venezuela la distinción terminológica está apuntada aun cuando con escasa precisión. Así el Estado-poder es designado con el nombre de "Poder Público Nacional" o simplemente "Poder Público" (Constitución, arts. 38, 40, 59, 133, N° 3), si bien unas veces el término sea un sustantivo y otras un adjetivo sustantivizado. En cambio, resulta equivoco el nombre de Nación (Constitución, artículos 2, 22 N°. 2, 45, 50 52, 53, 102, 108 N° 4 y 133 Nos. 9 y 10) que se emplea sin omitir tampoco el nombre de Estado (Arts, 108 N° 9) ni el de República (Constitución Art. 1º 2, 22 no. 5, 1, 43)

La definición del acto estatal, por oposición a acto de Derecho Privado, queda establecida en el Art. 41 de la Constitución, refiriéndolo a una regla de competencia.

Por lo demás, la propia Constitución reserva a la jurisdicción de la Corte Federal los actos de poder público que corresponderían al Estado-poder (Art. 133, Nos. 1, 3, 7, 8, 9, 10).

d) Crítica de la doble personalidad del Estado

Ahora que esta doctrina conforme a la cual se hace de un Estado único dos personas distintas merece ser sometida a revisión.

El Fisco fue en efecto concebido históricamente como un medio técnico para convertir en jurídica una parte de la actividad estatal. Las prerrogativas soberanas del Estado absoluto “jura majestatis” -lo hacían incondicionable. Tan sólo las relaciones entre privados se hallaban vinculadas al Derecho Civil y sometidas al pronunciamiento definitivo de los Tribunales.

Es en una fase avanzada del proceso de juridificación del Estado cuando se admite que puede demandarse al Príncipe como “privatus”, mero tenedor del patrimonio, suponiendo que por ser el Fisco una utilidad -“la Caja que lo Atesora todo”- ha de adoptar la figura de persona de Derecho Civil, capaz de ser deudor o acreedor.

Entonces se delimitan dos personas deferenciadas por sus respectivas cualidades jurídicas. Una, el Fisco, súbdito como los demás, “El hombre privado corriente”. Otra, el Estado propiamente dicho -abstraído de su patrimonio- sujeto del poder de dominio (Otto Mayer).

El Estado de Derecho -como indica el nombre- se halla íntegramente regido por las reglas jurídicas, sin escisión posible. En tales condiciones no puede persistir la imagen de un Estado bifronte, “Su personalidad es única; solo el ámbito en que se mueve es plúrime, y así como el hombre con dos trajes no por ello tiene dos figuras, el Estado que obra *iure imperii* no es el sosia del que obra *iure gestionis*” (Ferrara).

El Estado ostenta una personalidad única que comporta un “status mixto”, como se comprobará más adelante al estudiar el caso análogo de las personas jurídicas privadas provistas, no obstante, de un “status” público.

PERSONALIDAD DEL ESTADO Y ORGANIZACIÓN

a) La pluralidad de personas públicas en el Estado

Ahora que los cometidos propios del Estado -o fines históricos dicho en términos clásicos- no sólo se realizan directamente sino también mediante el concurso de otros sujetos, los cuales constituyen las variadas personas públicas o de Derecho Público. Estas, según indica su adjetivación, “participan de caracteres estatales, de cualidades y prerrogativas que son exclusivas y esenciales del Estado, como **marqués de la souveranité** expresado con lenguaje de otro tiempo” (Ferrara).

Se trata de sujetos individuados y por tanto con personalidad evidente, más, a su vez, tan insertos en el Estado que éste se convierte en su supuesto necesario y en la condición de su misma existencia.

A este respecto observa Ferrara que “el Estado es la persona jurídica originaria, fuente de Derecho y centro de la coacción social. Por esto es único en su especie y se eleva sobre todo y a todos da la norma. Las provincias y los municipios forman, en cierto modo, compartimientos y se convierten así en miembros de la misma organización estatal. Son personas jurídicas de base territorial, geográficamente distribuidas, que, en su conjunto, constituyen toda la colectividad, dotadas de poderes públicos para la satisfacción de los intereses locales que representan. Hay también otras personas de Derecho Público previstas para la satisfacción de intereses especiales, como los establecimientos públicos y los Institutos autónomos o autárquicos”.

Tal sucede, aun en mayor escala, en un régimen federal por ejemplo, en Venezuela con los Estados federados (Constitución arts. 3, 4, y 11), con las municipalidades (arts. 18 y 19) y con los Institutos o establecimientos autónomos (Ley orgánica de la Hacienda Nacional arts. 70 a 74), sin contar otros variados sujetos posibles integrados no obstante en la personalidad unitaria de la Nación o Estado (arts. 1º, 3º, 40).

Semejante concurrencia, en una unidad de estructura y en una comunidad de acción, lleva implícitos estos dos puntos de razonamiento. Ante todo, determinar aquellos caracteres que califiquen las personas jurídicas públicas como tales, y, una vez logrado, establecer, en sus límites exactos, la relación entre ellas y el Estado.

1.- En cuanto a la atribución del carácter público a las personas jurídicas, pudo antaño haber servido de criterio definidor la índole de la función ejercitada, en tanto que específica actividad estatal, mas ahora se hace a todas luces insuficiente.

Hasta el hito que marca, en el progreso del Derecho Público, la fecha crucial de 1914-1918, la persona pública se diferenciaba de la persona privada atendiendo a los respectivos sistemas jurídicos por los cuales se regían, "sistematización tan del gusto francés, en virtud de su lógica y del hábito de pensar categóricamente" según observa, en buen testigo, el Profesor de la Universidad de París André de Laubadère (*"Manual de Droit Administratif"* Librairie générale de Droit et de jurisprudence. 2éme, ed. París. 1947. Pág. 29). Pero en estos últimos treinta y cinco años se ha venido operando una estrecha aproximación entre los dos clásicos sectores del Derecho Público y del Derecho Privado, sin embargo no confundidos, conforme sostienen los monistas desde Duguit a la escuela vienesa. "Con ello -comenta Laubadère- ciertas colectividades privadas han adoptado frecuentemente rasgos que las asimilan a las colectividades públicas (Control estatal extendido a su funcionamiento) y, a la inversa, algunas colectividades públicas, especialmente aquellas que cumplen cometidos económicos, han sido dotadas, sobre todo en sus métodos de gestión financiera, de una flexibilidad y de una extremada libertad de acción" (Obra citada pág. 31). En tales condiciones resulta cada vez más dificultoso señalar la línea divisoria.

Así se ha hecho famoso en Francia el caso de los Colegios de Médicos (*"Ordre des médecins"* creados en la ley de 10 de setiembre de 1942), una organización con personalidad jurídica, de carácter estrictamente gremial, investida, no obstante, de poderes coactivos. ¿Tiene entonces carácter público o privado? En tanto que grupo perteneciente a una profesión liberal, regida por sus propios miembros y en defensa de intereses singulares resulta más próxima a una institución privada. Aun cuando no ha de olvidarse que se trata de un gremio obligatoriamente colegiado que representa la profesión, ejerciendo poderes reglamentarios y disciplinarios.

El Consejo de Estado expresó su perplejidad en sus fallos al declarar, un tanto paradójicamente, que "no son Establecimientos públicos" si bien reconoce que "rigen servicios públicos y sus decisiones constituyan actos

administrativos" (Arrêts "**Monpeurt**" de 31 de julio de 1942 y "**Bouguen**" de 2 de abril de 1943").

Posteriormente las Organizaciones profesionales "Ordres professionnels", se han multiplicado quedando a la vez definidas de una manera más precisa (Arquitectos, Ley 31 de diciembre de 1940 y Ordenanza 30 de agosto de 1947; Farmacéuticos, Ordenanza 5 de mayo de 1945; Contabilistas, Ordenanza 19 de setiembre de 1945; Geómetras, Ordenanza 7 de mayo de 1946; Veterinarios, Ley 23 de agosto de 1947). La reciente legislación confirma, sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado pues considera a tales Colegios gremiales "Establecimientos de utilidad pública" -por tanto no Establecimientos públicos- gestores de "servicios públicos corporativos" (Berton, "Les Ordres professionnels". These. París, 1950).

A ello ha de añadirse la posibilidad de que los auténticos servicios públicos sean prestados por parte de personas jurídicas privadas. Así sucede, de una manera efectiva, con las "Cajas locales de seguridad social" (C. de E. 13 de Mayo de 1938 y 2 de febrero de 1951) cabiendo asimismo que otros distintos se confíen a Asociaciones o fundaciones también de carácter privado (C. de E. 27 de febrero de 1942, 4 de agosto de 1944 y 16 de marzo de 1945) y en fin que las actividades de ciertas empresas comerciales (remolques portuarios, transportes y radiodifusión) se conviertan, mediante acuerdo administrativo, previsto en las concesiones respectivas, en servicios públicos.

Una mayor importancia reviste indudablemente la situación inversa, es decir, la de las personas jurídicas denominadas en Francia "empresas públicas", cuyo único cometido consiste precisamente en desarrollar actividades de carácter industrial y comercial consideradas, sin embargo, "verdaderos servicios públicos" (C. de E. 15 de febrero de 1935, 23 de diciembre de 1949, 20 de octubre de 1950). Se trata pues, de personas públicas cuya peculiaridad consiste en el hecho de "funcionar de la misma manera que las empresas industriales o comerciales similares" (T. de C. 22 de enero de 1931, C. de E. 22 de enero de 1932) o si se quiere, más exactamente "teniendo por principales y habituales actividades las que define el Derecho Mercantil" (Chavanon. Obra citada, pág. 54).

Pero, ¿se les puede atribuir entonces el carácter jurídico de comerciante? Chavanon destacando las exigencias del servicio público se pronuncia por la negativa (Obra citada, pág. 68), si bien Laroque contesta

afirmativamente teniendo en cuenta la vigencia de los preceptos de Derecho Privado. ("Les usagers des services publiques industriels". Thèse Paris 1933. Pág. 598).

El incremento de las nacionalizaciones (Fábrica Renault 13 de diciembre de 1944. Gas y Electricidad 8 de abril de 1946, Hulleras 17 de mayo de 1946, Crédito 12 de diciembre de 1945, Seguros 25 de abril de 1946), convierte progresivamente las empresas privadas en empresas nacionalizadas, quedando establecida una variada gama, sujeta a regímenes diferentes. Así la Electricidad y Gas de Francia como las Hulleras son calificadas de "establecimientos públicos de carácter industrial y comercial" en tanto que las Sociedades Seguros "conserva el Estatuto de Sociedad comercial, continuando sometida a la legislación mercantil".

¿Resultaría mejor lograda la diferenciación apelando a notas conceptuales que permitieran caracterizar netamente uno y otro tipo de persona jurídica?

Es lo que han intentado, sobre todo, los tratadistas italianos, transfiriendo a un distinto plano las mismas dificultades⁴³.

La finalidad, pública o privada, no puede servir de criterio diferenciativo, según se ha pretendido (Orlando, Ranelletti, Zanobini...) por cuanto es muchas veces común -instrucción, beneficencia, industria o comercio- sin que quepa añadir, conforme lo hace ingeniosamente Miele, que el Estado utilice el fin de la persona pública como medio para la

⁴³ La bibliografía italiana es la más completa, no sólo por su volumen sino también por su calidad. Ella cuenta con éstos destacables trabajos Salvatore Foderado. "Contributo alla teorica della Personalità degli organi dello Stato. CEDAM. Padova. 1942 y "Stato e Persone giuridiche pubbliche", CEDAM. Padova, 1943. De Francesco Franceschelli, "Enti pubblici e diritto commerciale" en "Studi per Scorza". Roma. 1940. Giannini. "Persone giuridiche pubbliche e private" en "Stato e Diritto". 1940. Miele. "La distinzione tra ente pubblico e privato" en "Rivista de Diritto commerciale" 1942. Arena. "La società commerciali pubbliche". Milano. 1942. Puchetti, "L'attività commerciale e la prestazioni di servizi pubblica da parte della pubblica amministrazione". Milano. 1942 Jemmolo. "Organi dello Stato e persone giuridiche pubbliche" en "Lo Stato". 1931. Costamagna, "Ancora sull'argomento; organi, istituzioni e persone giuridiche pubbliche" en "Studi senesi". 1940. Vol. LIV. Pág. 389. Forti. "Sui caratteri distintivi delle persone giuridiche pubbliche" en "La Corte di Cassazione". 1925. Pág. 322. Vincenti. "Le persone giuridiche pubbliche Costituzionali". Napoli. 1942. Cantucci. "Sull'elemento distintivo delle persone giuridiche pubbliche, en Studi senesi". 1940. Vol. LIV. Pág. 389. Resta. "Natura e criterio di identificazioni delle persone giuridiche pubbliche" en Giur. 1938. II pág. 931. Girola, "Sui caratteri distintivi delle persone giuridiche pubbliche". En "Temi". 1931.

consecución de sus propios fines (Miele. “La distinzione tra ente pubblico e privato”, en “Rivista di Diritto commerciale”. 1942. T. I. pág. 12), con lo cual la consecuencia lógica consistiría en declarar que “todos los entes morales -personas jurídicas- son siempre sujetos de Derecho Público” (Mortara. “Giurisprudenza italiana”. 1921. T. I. págs. 146-147).

Salvatore Foderado, Profesor de la Universidad de Perugia, ha examinado con rigor analítico los distintos puntos de vista resumidos en su propia conclusión (Foderado, “Stato e persona giuridiche pubbliche”. Cedam. Padova. 1943). La naturaleza de la actividad de la persona jurídica es indiferente para calificarla de pública o privada. Igual sucede con su estructura y funcionamiento que aun adoptando las modalidades del Derecho Privado -recuérdense las “empresas públicas” en Francia- “pueden recibir el crisma juspublicista”. La calificación pública la atribuye el Estado a una persona jurídica siempre que sus actividades -por motivos diversos- representen intereses cuya realización decida asegurar.

De esta manera, a fin de cuentas, el único criterio certero consistiría en remitirse a la voluntad del legislador, solución propugnada conjuntamente por los tratadistas italianos y franceses (Jèze, Waline, Laubadère y la jurisprudencia del Consejo de Estado), quedando con ello situado el problema en punto muerto, hasta el extremo de haberse de afirmar que, “fuera del diferente régimen jurídico a que se encuentran sujetas las personas jurídicas públicas y privadas, no existen características esenciales que puedan conducir a una distinción ontológica entre las dos categorías” (Foderado. Obra citada, pág. 24).

Permítasenos así esbozar una construcción jurídica personal, con todas las reservas y excusas que impone la audacia de semejante intento.

Como tantas veces sucede, el problema exige ser replanteado en otros términos. Por tanto no se pretenderá establecer “a priori”, como ha venido haciéndose hasta ahora, el carácter público o privado de la persona jurídica, cuando lo que procede, ante todo, es precisar el “status” que le corresponde en una relación jurídica dada.

No se trata tanto de que la persona jurídica tenga uniformemente una calidad pública o privada sino de esclarecer la especialidad del “status” que le corresponde en cada uno de sus actos. Es la naturaleza jurídica de estos actos -identificada por definición o por los efectos producidos- que determina el “status” público o privado, independientemente de la configuración de la persona misma, sea un “establecimiento público”, un

“establecimiento de utilidad pública” una “empresa pública” o una sociedad mercantil concesionaria de un servicio público. De otra parte lo mismo sucede en los demás dominios. Por ejemplo, a una persona cualquiera le corresponde o no le corresponde un “status” laboral según sea la naturaleza del acto en virtud de la relación jurídica, aplicándosele entonces el Derecho de Trabajo o el Derecho común.

Ello sentado, resulta congruente que, en las empresas públicas, la jurisprudencia francesa considera funcionarios públicos tan sólo al personal dirigente y contable, sujetándolo a un estatuto de Derecho Público -que comporta la competencia de los Tribunales Administrativos-, en tanto que no asigna tal calidad al personal restante, sometido, en consecuencia, a un estatuto de Derecho Privado (Laubadère. “*Traité élémentaire de Droit Administratif*”. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence. París. 1953, págs. 620 y ss). El caso de los Colegios profesionales (“*Ordres Professionnels*”) queda asimismo satisfactoriamente explicado. Como se dijo antes, la jurisprudencia los declara “empresas de utilidad pública”, es decir, agrupaciones privadas que no rigen ningún servicio público sino una actividad privada, a pesar de lo cual pueden ejercitar un poder reglamentario -Códigos de Deontología- actuando, en circunstancias concretas, con facultades de autoridades administrativas (Laubadère. *Obra citada*, pág. 650).

De esta manera no es del todo exacto afirmar, como lo hace la bibliografía francesa, que estas personas jurídicas son “organismos innominados”, en parte públicos y en parte privados, ya que ordinariamente tienen una calificación legal. Lo único importante, dado que la denominación resulta superflua, es precisar si tienen un solo “status” o un “Status” mixto, de Derecho Público y de Derecho Privado.

En efecto; personas jurídicas integralmente públicas no existe otra que el Estado -unitario, federal o federado- y asimiladamente las Regiones autónomas, las Provincias y los Municipios, por cuanto como “potencia pública” -“*puissance publique*”- únicamente realizan actos de autoridad comprendidos en un “status único”, teniendo en cuenta que al producir actos patrimoniales o de gestión son imputables a otra personalidad paralela que es el Fisco. En cambio, las demás personas jurídicas, coadyuvantes de aquéllas, cualquiera que sea su nombre y calificación, tienen un “status mixto”.

Semejante dualidad había sido advertida por los tratadistas italianos. Es así que Ambrosini ha distinguido siempre las “personas jurídicas estatales” de las “personas jurídicas meramente públicas”. (“*Transformazione delle persone giuridiche*”. Torino. 1914. T. II. pág. 85) y De Francesco adopta también la dicotomía de las personas jurídicas públicas, a las que denomina “primarias” y “secundarias” (“*Personae giuridiche pubbliche e loro classificazione*” en “*Scritti per Vacchelli*”. Milano. 1938, pág. 211). Pero si se admite el razonamiento expuesto, quizá sería preferible, dar al segundo grupo el nombre de “personas jurídicas con status público”.

2.- Esta variación de personas jurídicas desiguales, concordadas no obstante por una unidad de cometido, induce a examinar los nexos que median entre ellas y el Estado.

La índole de la relación no se encuentra definida, Apelando a figuras jurídicas clásicas se ha escogido el concepto de “representación”, el cual no puede sostenerse por cuanto los intereses respectivos no son siempre identificables y los fines pueden resultar inclusive contradictorios hasta el punto de llegar al conflicto. Lo mismo cabe objetar en una pretendida relación “de servicio” (Miele. *Obra citada*, pág. 26), en la que el sujeto obligado habría de “servir” siempre intereses y fines de un sujeto obligante, supuesto manifiestamente contradecido por la experiencia.

Una nueva tendencia califica el nexo de “relación orgánica” (Fadda y Bensa. “*Note al Windscheid*”. Torino. 1902. T. I. pág. 796; Ranelletti. *Obra citada* pág. 517; Zanzucchi “*Instituzioni di Diritto Pubblico*”. Milano. 1943. pág. 14 e inclusive Miele. *Obra citada*, pág. 42), en virtud de la cual “la persona jurídica, encuadrada en la organización del Estado, se convierte en instrumento y por tanto en un verdadero órgano del mismo”, conclusión que rechaza Foderado pues “lleva a identificar la persona pública con el Estado, cuando aquélla actúa realmente como titular de una actividad propia” (“*Contributo alla teorica della personalita degli organi dello Stato*”. Cedam, Padova, 1941, págs 59 y siguientes).

Kelsen ha aportado la escrupulosidad de su método para esclarecer un tanto los términos de la controversia.

Como punto de arranque hace referencia al concepto fundamental de orden jurídico y a sus personificaciones sucesivas, “El orden jurídico parcial se enlaza. por grados, a un orden jurídico total. De este orden jurídico parcial -suceptible de personificación- parte de una serie

ininterrumpida de órdenes y agrupaciones de la más variada índole, que desembocan -a través de la sociedad, la corporación, la asociación, la cooperativa, el municipio- en la comunidad más compleja, en el orden jurídico total; el Estado, y aun más allá del Estado, en la unión de Estados y en la comunidad jurídica internacional”.

Así ha de distinguirse un orden jurídico de totalidad -que tiene su expresión en la persona del Estado- de un orden jurídico parcial -pero siempre inserto en aquél- que tiene su personificación en “comunidades jurídicas infraestatales”. Lo que se personifica es pues un orden jurídico de diferente grado, entendiendo que si la persona jurídica “parcial” constituye un sujeto de imputación, ello es solamente para ciertos actos ya que, en última instancia, han de imputarse al Estado como unidad de la totalidad. Que las personas jurídicas “infraestatales” ostenten una personalidad no significa otra cosa sino que tienen órbitas de competencia propia, mas sin olvidar que éstas dimanen finalmente de las normas de un único orden jurídico total (Kelsen. “Teoría general del Estado”. Traduc. española. Ed. Labor. Barcelona, 1934. págs. 87, 242, 245 y 247).

b) Organización del Estado y personalidad jurídica

La denominada persona jurídica -“estatal” o “infraestatal”- y el conjunto de órganos del Estado que componen su organización, constituyen, al menos en principio, dos conceptos irreductibles.

Las personas jurídicas -sea cualquiera su calidad- cuentan imprescindiblemente con órganos propios, instrumentos -según su etimología griega- “mediante los cuales expresan su capacidad de querer y de obrar” (Ferrara), pero de tal manera ínsitos que “el Estado no coexiste con sus órganos sino **en ellos**” (Kelsen).

En cambio, los órganos del Estado no tienen personalidad. Así no son personas jurídicas ni las Cámaras legislativas ni los Tribunales, pese a su estructura colectiva.

Sin embargo, resultaría desacertado acentuar la diferencia entre conjunto orgánico y persona jurídica por cuanto, conforme advierte Kelsen, “el concepto corriente de órgano del Estado implica por necesidad una cierta personificación. Nada se opone a hablar de los órganos del Estado como sujetos de las funciones creadoras del orden jurídico,

dejándose llevar por la presión de lenguaje jurídico sustantivista y personificador, y así como la persona, en general, el órgano del Estado en particular es también la personificación de un hecho o complejo de hechos específicos". (Obra citada págs. 81, 345, 346 y 347).

No es de extrañar, por tanto que se propenda a conferir una personalidad jurídica, sea explícita o implícitamente, a los órganos del Estado que desarrollan una actividad unitaria. De aquí que "cuando se habla de Administración Pública se hace referencia, de una manera precisa, al complejo orgánico que forma el poder administrativo" (Sandulli. "Manuale di Diritto Amministrativo". Ed. Jovene. Napoli. 1955, pág. 99). Por este motivo en España el recurso contencioso administrativo se tramita y resuelve teniendo por parte a "la Administración general del Estado", que no es sino el conjunto de órganos administrativos.

A tal respecto indica Eisenmann que "la clave del Derecho Administrativo es la Administración como conjunto de órganos, es decir una institución" ("Cours de Doctorat". París. 1951-1952, pág. 135) y los tratadistas italianos modernos proponen adoptar, como sucedáneo, el concepto de "Administración-aparato" o "Aparato Administrativo" (M. S. Giannini. "Lezioni di Diritto Administrativo". Giuffrè Editore. Milano 1950, páginas 3 a 6).

La misma propensión se manifiesta en sistemas jurídicos tan peculiares como el de la U.R.S.S., donde "los Soviets de diputados de los trabajadores, en las Regiones, Territorios, Territorios autónomos, Círculos, Villas y Aldeas, son los **órganos locales del poder público** que -según una opinión unánime- constituyen personas morales" (W. A. Scheuerle. "Les personnes morales" en Revue internationale de Droit Comparé, 1952, pág. 452).

En suma; la organización del Estado se encuentra establecida con una doble estructura: sus órganos, propiamente dichos y la pluralidad de personas -públicas o con "status" público- dotadas a su vez de órganos propios, mas todo reducido a una unidad jurídica que es el último centro de imputación: el Estado.

(Siglas utilizadas; C. de E. = Consejo de Estado. T. de C. = Tribunal de Conflictos).