

CAPÍTULO III

LOS SUJETOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

§ 1. LAS PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS

I. LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN GENERAL. — El primero y más inmediato efecto de la acción organizadora del derecho es la determinación, en el ordenamiento jurídico, de los sujetos a quienes se dirigen sus normas y a los cuales regula como posibles titulares de derechos y deberes. En el campo del derecho administrativo tales sujetos son, por una parte la administración pública o sea el Estado y sus entes auxiliares; por el otro los administrados, comprendidos sin distinción ciudadanos y súbditos. El primer grupo constituye los sujetos activos de la potestad administrativa; el segundo los sujetos pasivos de la misma. Los sujetos activos integran todas las categorías de personas jurídicas; los sujetos pasivos, comprendidos también no pocas personas jurídicas, son en su gran mayoría personas físicas. Por esa razón el tema de la personalidad jurídica asume, en nuestro campo, una importancia particular. Por esto, no está fuera de lugar recordar los conceptos fundamentales que se le relacionan.

Como es sabido, la persona jurídica resulta de un conjunto de elementos personales y materiales, unificados para un fin común y organizados oportunamente en orden a él, a los que el derecho, mediante el reconocimiento, atribuye cualidad de sujeto jurídico. Acerca de la naturaleza de la persona jurídica, han existido dos tendencias principales en la doctrina. La que considera la personalidad jurídica como una ficción, una creación del derecho y la que la juzga una realidad

que el derecho no puede crear, sino sólo reconocer o no¹. Sin entrar en la cuestión, que trascendería nuestros fines, afirmamos que considerar a los entes morales como ficción jurídica equivale a desconocer la realidad del fenómeno asociativo y de las diferentes organizaciones sociales. El derecho no es, en todas sus manifestaciones, sino la recepción de los datos de la realidad en un ordenamiento. La persona jurídica presupone una realidad social, análoga a la realidad natural constituida por la persona física. El derecho, atribuyendo personalidad a una y otra, los transforma en otros elementos de la realidad jurídica. Esto, empero, no equivale a considerar la intervención del derecho como meramente declarativa. Su función es siempre constitutiva, porque la personalidad es un atributo que sólo el derecho puede conferir.

Los elementos sustanciales de la persona jurídica son:

- 1) colectividad de personas; 2) un fin común a conseguir; 3) una cantidad de medios materiales destinados a la consecución de ese fin; 4) el reconocimiento jurídico.

Teniendo en cuenta las relaciones que pueden vincular el elemento de las personas con el de los medios, las personas jurídicas se distinguen en dos grandes categorías, las *corporaciones* y las *fundaciones*.

a) La corporación resulta formada por una pluralidad de personas físicas determinadas, que aplicando los medios señalados, cooperan activamente para la consecución del fin del ente.

b) La fundación, en cambio, es una masa de bienes destinada a la consecución de fines propios de una pluralidad indeterminada de personas. La colectividad asume en ella una posición puramente pasiva, en cuanto se limita a recibir los

¹ Respecto a las diversas teorías sobre la naturaleza de la personalidad jurídica, v. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, 2ª ed., Torino, 1923. ps. 131 a 336; *id.*, *Le persone giuridiche en Trattato di diritto civile*, dirigido por F. VASSALLI, Torino, 1938, p. 15 a 40; SALEILLES, *De la personnalité morale*, París, 1922; MICHOU, *Théorie de la personnalité morale*, 3ª ed., París, 1932. WOLFF, *Juristische Person und Staatsperson*, Berlín, 1933.

beneficios que resultan de la utilización del patrimonio de que se trata.

Una parte de las doctrinas, al clasificar las personas jurídicas, sustituye la palabra *fundación* por *institución*. Según algunos, esta expresión sería sinónima de fundación. Según otros, por institución se entendería, en cambio, cualquier persona jurídica en la cual las personas físicas están excluidas de formar la voluntad del ente, y, por consiguiente, esta voluntad deriva de sujetos extraños, como el fundador o bien la autoridad pública². De tal manera, serían instituciones, además de todas las fundaciones, también las asociaciones, cuyos ordenamientos no se determinan por la libre voluntad de los componentes, sino por otra voluntad externa. Así entendida, la distinción entre corporaciones e instituciones no se basa, como la que media entre corporaciones y fundaciones, en la diferente estructura de la persona jurídica, sino en el distinto modo de formación de su voluntad.

2. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO. — La administración pública en sentido subjetivo está constituida, como hemos dicho, por un conjunto de personas jurídicas. En lo que se refiere a la más importante de ellas, es decir, al Estado, la personalidad no pertenece solamente a aquella parte de su estructura que constituye el poder ejecutivo, la administración pública, sino al Estado en su conjunto, en toda su organización y en todas sus funciones. En el derecho moderno, más que un ordenamiento jurídico, el Estado es una persona jurídica, un sujeto en el ordenamiento mismo y con respecto a sus componentes y aun a los extraños que con él se relacionen. Esa personalidad no es atributo natural y necesario del Estado³. La historia demuestra que muchos Estados no fueron considerados por los ordenamientos respectivos como personas. Así el Estado patrimonial, en el cual el titular de la so-

² Cfr. la doctrina expuesta por FERRARA, *Teoría*, cit., ps. 710 y ss.

³ Sobre la relatividad histórica de la personalidad del Estado y demás problemas conexos al tema, ROMANO, *Dir. cost. gen.*, 2ª ed. cit., ps. 59 y ss.

beranía y de todo poder público era la persona física del príncipe, ejercía todas las funciones como su derecho personal, que podía transmitir a otros sujetos o hacer ejercer en su representación. Señala progreso el Estado de policía, en el cual el príncipe no gobierna más en nombre propio, sino en nombre del Estado, aunque éste no es concebido como el conjunto de todo ordenamiento, sino como la institución misma de la corona o del gobierno. Con los ordenamientos modernos, la idea de la personalidad del Estado se extiende hasta abarcar todos los elementos que en él se hallan organizados: el territorio, la población y las instituciones destinadas a la consecución de los fines sociales para los cuales se constituye el Estado. Estas instituciones carecen de personalidad, precisamente porque se presentan como partes de una institución más compleja. Los funcionarios no actúan en interés de esas instituciones, sino en interés de todo el ordenamiento. Pese a todo, aun entre los Estados contemporáneos, algunos carecen de personalidad, atribuyéndosela a instituciones individuales como la corona, el gabinete, las cámaras. Tal, por ejemplo, es el sistema del Estado inglés.

La concepción de la persona jurídica del Estado, como unidad resultante de todos los elementos que la componen, si bien domina en la doctrina moderna, no se acepta por todos los autores. Algunos la consideran como una abstracción puramente jurídica y buscan sustituirla por una construcción que corresponda más a la realidad social. La mayor parte de estos autores niega directamente la personalidad, no reconociendo en el Estado más que un conjunto de relaciones de supremacía y subordinación, que tiene por sujetos activos las personas jurídicas investidas de poderes públicos. Sólo esas personas constituirían, en realidad, lo que con una abstracción se acostumbra llamar Estado ⁴.

⁴ Esta teoría se sostuvo, en la doctrina alemana, por SEYDEL, *Grundzüge einer allg. Staatslehre*, Berlín, 1873, p. 6 (trad. it. en *Biblioteca di scienze politiche ed amministrative*, vol. VIII, p. 1153); LINGE, *Empirische Untersuchungen zur allg. Staatslehre*, Viena, 1890, p. 102, y BORNHAEK, *Allg. Staatslehre*, Berlín, 1896, p. 13; en la doctrina francesa por DUCUIT, *Traité de droit constitu-*

La cuestión no puede resolverse abstractamente, sino únicamente en base a cada ordenamiento positivo. Una comparación entre los principios propios del Estado antiguo y aquellos totalmente diferentes en que se inspiran la mayor parte de los Estados contemporáneos, vale para negar toda consistencia a las doctrinas que, rechazando la personalidad del Estado, las sustituyen por las personas físicas de sus gobernantes ⁵. En lo que concierne a nuestro derecho, es importante la circunstancia de que el art. 11 del C. Civil de 1942, como antes lo hiciera el art. 2 del Código de 1865, no incluya al Estado en la enumeración de las principales personas jurídicas. Empero, no faltan disposiciones de las que resulta indudablemente la personalidad del Estado. Ya en el antiguo Estatuto, varios artículos consideraban al Estado como titular de derechos, deberes, potestades, calidades (arts. 1, 2, 5, 6, 25, 31, etc.). El Código civil considera al Estado como propietario de bienes, tanto demaniales como patrimoniales (arts. 882-830) y el antiguo Cód. de Comercio, por un principio que no puede considerarse derogado, lo consideraba como sujeto capaz de cumplir actos de comercio (art. 7). Los ejemplos podrían multiplicarse, examinando las numerosas leyes relativas a empleados del Estado, a juicios y abogacía del Estado, a materia tributaria, contabilidad, y a todos los servicios públicos, en los que el Estado aparece siempre como sujeto de derechos y de relaciones jurídicas.

La personalidad de que se trata no es, como algunos han querido sostener, puramente de derecho privado, sino que se extiende al derecho público. La propiedad demanial, las relaciones de empleo, las impositivas y demás en las que el Estado

tionnel, cit., vol. I, ps. 464 y ss., y en la italiana por PRESUTTI, *Istituzioni*, vol. I, p. 506.

⁵ MICHOUX, *La personnalité et les droits subjectifs de l'Etat dans la théorie française contemporaine*, en *Festschrift für O. Gierke*, Viena, 1911; *Id.*, *Théorie*, cit. vol. I, p. 48. En la doctrina italiana, FORTI, I, p. 173. Debe recordarse aparte la opinión que reduciría la personalidad del Estado a las instituciones formadas por el conjunto de sus órganos: DONATI, *La personalità reale dello Stato*, en "Riv. intern. di filos. del dir.", 1922. En contra, MICELI, *La realtà della persona dello Stato*, en "Riv. intern. di filos. del dir.", 1922.

se reconoce como sujeto activo, pertenecen todas al derecho público.

3. CAPACIDAD DEL ESTADO EN EL DERECHO PÚBLICO Y EN EL DERECHO PRIVADO. EL ESTADO COMO CORPORACIÓN TERRITORIAL. — La personalidad jurídica del Estado comprende tanto la capacidad de derecho público como la de derecho privado. La primera se manifiesta especialmente en el ejercicio de las potestades públicas; la segunda, en el ejercicio de derechos privados patrimoniales, en la estipulación de contratos y en la formación de otras figuras de relaciones jurídicas, propias del derecho privado. Estos últimos actos, cuando se realizan por el Estado, se llaman comúnmente *actos de gestión*, en contraposición a los que cumple en el campo del derecho público y que se denominan *actos de imperio*. En el antiguo derecho, mientras éstos eran propios del soberano, la actividad de gestión era atribuída a una persona jurídica privada, el Fisco, considerado titular de todos los derechos patrimoniales, que son hoy los de mayor importancia del Estado⁶. Esta doble personalidad continúa en el Estado de policía, y, según ciertas corrientes doctrinarias, no se extingue siquiera con los ordenamientos modernos, en los cuales, junto con el Estado, sujeto de la soberanía y de los poderes públicos, subsistiría aún el Fisco, sujeto de la propiedad y de todas las relaciones jurídicas privadas⁷. Está fuera de duda, sin embargo, que tal ente ha desaparecido, absorbido en la personalidad unitaria del Estado moderno. Toda nuestra legislación considera a éste como sujeto no sólo de relaciones de derecho público, sino de propiedad privada, de actividad contractual, de créditos y deudas que puedan resultar del contrato y de cualquier otra fuente⁸.

⁶ Especialmente, HATSCHKE, *Lehrbuch*, ps. 40 y 417.

⁷ En este sentido, toda la doctrina italiana. Entre los autores alemanes, v. especialmente O. MAYER, loc. cit., id. en "Arch. für öff. Rechts", XXI, 190, p. 517.

⁸ VASALLI, *Concetto e natura del fisco*, en *Studi senesi*, XXV, 1908; BEHR, *Vom Rechte des Fiskus*, en "Arch. des öff. Rechts", XXXVIII, 1918; O. MAYER, I, p. 118 (ed. fr., I, p. 181).

Se discute la posición que ocupa el Estado en la clasificación de las personas jurídicas. Excluída por razones evidentes la figura de la fundación, pregúntase si pertenece a la categoría de las corporaciones en sentido estricto o a la de las instituciones. La opinión dominante considera que no puede darse solución única y general, sino que debe distinguirse entre Estados despóticos, en los cuales la voluntad pertenece exclusivamente al monarca, y Estados democráticos, en los cuales la voluntad está formada, de manera directa o indirecta, por todo el pueblo. Los Estados despóticos responderían al concepto de institución. Los democráticos, al de corporación. La exactitud de esta distinción parécenos algo dudosa, máxime porque aun en el Estado despótico el monarca forma parte del ordenamiento y, por consiguiente, de la persona jurídica del Estado. No puede considerársele una voluntad externa a éste. La misma constitución del Estado proviene del Estado y no es impuesta por otro ordenamiento. En consecuencia, debe concluirse que cualquier Estado, en cuanto reconocido por su ordenamiento como persona jurídica, pertenece a la categoría de las corporaciones.

Si queremos precisar más, podemos decir que el Estado pertenece a la subespecie de las corporaciones territoriales. A propósito de tal calificación, vale lo dicho respecto del carácter territorial del Estado, cuando, independientemente de su personalidad, la hemos considerado como sociedad organizada, o sea, como ordenamiento jurídico (Cap. I, § 1, n. 1).

4. LA PERSONALIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES MENORES. LA CUESTIÓN DEL ELEMENTO DISTINTIVO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS. DIVERSOS CRITERIOS. — El Estado no asume la totalidad de los fines sociales. Una cantidad, variable según las épocas y las diferentes tendencias políticas, se confía a otras instituciones, que la atienden en el interés general, o se deja directamente a la acción de los particulares, que proveen a dichos fines ya separadamente, ya reunidos en asociaciones privadas. En especial, los fines que tienen menor

grado de generalidad o que se presentan con intensidad o caracteres diferentes según los grupos sociales, determinan la formación de asociaciones menores o instituciones que, viviendo dentro del Estado, aparecen independientes de éste o se le relacionan de diversas maneras. Muchas veces el derecho reconoce estas organizaciones como otras tantas unidades, atribuyéndoles personalidad jurídica. En otros casos, viven como asociaciones puramente de hecho. Limitándonos por el momento a considerar las personas jurídicas, tiene fundamental importancia para nuestros fines la distinción entre personas jurídicas públicas y privadas, entre las numerosas diferencias que pueden hacerse. Solamente las primeras, en efecto, pueden ser sujetos activos de la administración pública, con todas las consecuencias que de esa calidad resultan.

La indagación del carácter distintivo de la persona jurídica pública ha interesado mucho a la doctrina italiana y extranjera, todavía parcialmente dividida en este punto.

La distinción no ofrece dificultad alguna en lo tocante a entes de antiguo origen, como las comunas, provincias, instituciones de beneficencia y demás, cuyo carácter público se reconoce universalmente. Pero van aumentando las categorías de entes sobre cuyo carácter público o privado media seria incertidumbre en la doctrina y jurisprudencia, frecuentemente divididas al respecto. Es oportuno, por ende, recordar los criterios más importantes sobre la discriminación de ambas categorías⁹.

⁹ Una amplia reseña de las diversas doctrinas puede verse en FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, cit., p. 739 y ss.; también entre los autores que se han ocupado *ex profeso* del tema: RANELLETTI, *Concetto delle persone giur. pubbliche amministrative*, en "Riv. di dir. pubbl.", 1916, I, p. 317; FERRARIS, *La classificazione delle persone giur. pubbliche*; id. 1919. I, p. 443; VITTA, *Le persone giur. pubbliche in Francia e in Italia*, Módena, 1928; DE FRANCESCO, *Personne giur. pubbl. e private e loro classificazione*, en *Scritti in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1938, p. 190; MIELE, *La distinzione fra enti pubblici e privati*, en *Studi in onore di F. Ferrara*, Milano, 1942, p. 473. En la doctrina extranjera, además de las obras citadas sobre la persona jurídica, HAURIQU, *Précis*, 12ª ed., 1933, p. 280 y ss.; ROLLAND, *La personification des services publics*, en "Rev. dr. Public", 1922, p. 480; WALDECKER, *Ueber den Begriff der Korporationen des öff. Rechts*, Berlín, 1913; FRANK, *Die öffentlichrechtliche*

1) Hay quienes estiman que las personas jurídicas públicas deben su origen a un acto de creación del Estado, al paso que las personas privadas reposan sobre un acto de fundación o constitución realizado por particulares y sólo reconocido por el Estado¹⁰. El criterio que tendría el mérito de la simplicidad máxima, no puede considerarse exacto. Es sabido que muchos entes públicos (fundaciones con fines de beneficencia o instrucción, sociedades científicas, etc.), tienen origen en un acto privado, mientras nada impide, por otra parte, que algunos de los entes instituidos por el Estado pertenezcan a la categoría de las personas jurídicas privadas.

2) Otras doctrinas sustituyen el criterio del origen por el de la posición en que el ente se encuentra frente al Estado. Una de ellas define al ente público como aquel que está obligado hacia el Estado por la ley a obtener sus propios fines y que, en caso de inobservancia, contrae particular responsabilidad hacia el mismo Estado¹¹. En cambio, otras doctrinas consideran el sistema de "contralor" que el Estado puede ejercer sobre el ente. Si bien es cierto que todas las personas jurídicas son controladas de alguna manera por el Estado, tal control presenta particular intensidad para los entes públicos. No es sólo un control extrínseco, dirigido a impedir que el ente cause perjuicio al orden público y al interés general, como para las personas jurídicas privadas, sino un control intrínseco, que tiene principalmente el fin de evitar que el ente pueda dañarse a sí mismo y poner en peligro la obtención de sus propios fines¹². Recientemente se ha sustituido esta definición por otra: la de la relación de servicio. El ente público es una persona jurídica que desarrolla su actividad al

juristische Person, Kiel, 1924; KARADGE-ISKROV, *Die juristische Person des öff. Recht nach Sovietrecht*, en *Zeitschrift für Ostrecht*, VII, 1933, p. 990; id., *La*

¹¹ ROSIN, *Das Recht der öff. Genossenschaft*, Friburgo, 1886, p. 18; *personne juridique publique*, en "Rev. dr. public", 1934, p. 406.

¹⁰ CROME, *System des bürgerlichen Rechts*, vol. I, p. 232; ENNECCERUS, *Lehrbuch*, vol. I, p. 233.

FORTI, *Dir. amm.*, vol. I, p. 180.

¹² CAMMEO, *Commentario*, ps. 650 y ss.; FORTI, *Dir. amm.*, ps. 180 y ss.

servicio del Estado. Aun actuando para obtener fines exclusivamente propios, lo hace para servir indirectamente los fines de otros sujetos, esto es, del Estado. De aquí una serie de potestades que ejerce el Estado sobre el ente público como frecuentemente se producen en la relación de servicio¹³.

Todas estas doctrinas consideran más bien las consecuencias que la esencia de la naturaleza pública de los entes administrativos. En cuanto a la primera, o sea la doctrina de la responsabilidad por la consecución de los propios fines, ésta concierne a un elemento que no resulta expresamente de la ley, sino que puede deducirse mejor por una serie de medios preventivos y represivos de que el Estado puede hacer uso en sus relaciones con el ente. Por esto, prácticamente la definición se resuelve en la segunda teoría, la del control. En cuanto a ella, da lugar a graves dificultades por la incertidumbre de la distinción entre contralor extrínseco e intrínseco. Identificar esta distinción con la conocida entre contralor de legitimidad y contralor de mérito (vigilancia y tutela), no elimina las dudas, porque hay entes públicos sujetos solamente a un contralor de legitimidad, mientras que por otra parte, el C. civil admite algunos controles de mérito también respecto de empresas privadas¹⁴. Por fin, en lo que atañe a la tesis de la relación de servicio, aparte de que esté en oposición a la doctrina tradicional —que siempre ha limitado esa relación a las personas físicas que actúan en calidad de órganos del Estado, excluyendo expresamente que puede extenderse a las administraciones investidas de personalidad jurídica propia—, debemos destacar que dicha tesis excluiría que el ente esté constituido para la consecución de un fin propio. Quien actúa al servicio ajeno no puede sino proponerse un fin ajeno o

¹³ MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, cit., p. 497 y ss.; *id.*, *Principi*, p. 100 y ss.

¹⁴ Las leyes sobre justicia administrativa hablan de institutos y entes públicos subordinados a la tutela o aun a la simple vigilancia de la administración del Estado (art. 29, n. 1 de la ley sobre Consejo de Estado; art. 4 de la ley sobre Junta provincial administrativa). El Código Civil (arts. 2542 y ss.; 2547, 2618) subordina al control de mérito las sociedades cooperativas, las sociedades de seguros mutuos y los consorcios entre empresas.

sea un fin del sujeto a cuyo servicio desarrolla su actividad. Lo que se opone al concepto de persona jurídica, que no puede separarse de la idea de un ente dirigido a la obtención de fines propios¹⁵.

3) Una tendencia completamente distinta se basa en la posición que el ente asume respecto de los demás sujetos. Según se trate de una posición de superioridad, de supremacía tal que el ente aparezca investido de poderes de imperio o bien de una posición de paridad, de igualdad, de comercio jurídico privado, La presencia de dichos poderes de supremacía serviría para calificar de pública a la persona jurídica¹⁶. Cualquiera sea el valor de esta doctrina, parece necesario distinguir las personas que tienen la titularidad y el ejercicio de esos poderes de aquellas otras que, sin ser titulares, pueden ejercerlos en virtud de una concesión temporaria del Estado (así, las compañías coloniales, las sociedades que explotan ferrocarriles, etc.). Las sociedades concesionarias se han considerado siempre sociedades privadas que, como tales, y solamente con fines de lucro asumen la gestión de una función o de un servicio público¹⁷. Por consiguiente, son personas jurídicas únicamente aquellas investidas por la ley institucional y permanentemente de poderes de supremacía, de modo que tales poderes se presenten como ínsitos y connaturales a sus esencias jurídicas¹⁸.

Esta doctrina, aunque cuenta con autorizados sostenedo-

¹⁵ Por lo demás, esto lo reconoce el mismo MIELE, *Principi*, p. 102. En nuestra opinión, la relación de servicio puede adaptarse a los entes privados concesionarios de actividades públicas, para las cuales el fin público solamente es un medio en la consecución del propósito de lucro que fundamenta su existencia.

¹⁶ G. JELLINEK, *System der sub. öff. Rechte*, cit. ps. 233 y ss. (trad. it. ps. 293 y ss.); FLEINER, *Institutionem*, p. 104; MICHOU, *Théorie de la personnalité morale*, cit., p. 218; FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, ps. 752 y ss.; *id.*, *Le persone giuridiche*, cit., ps. 106 y ss.; FERRARIS, *La classificazione*, cit. ps. 451 y ss.; COVIELLO, *Manuale*, ps. 202 y ss.

¹⁷ Estas últimas son incluidas expresamente entre las personas públicas por FERRARIS *op. y loc. cit.*, FERRARA, *Le persone giuridiche*, p. 114.

¹⁸ ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, en ORLANDO, *Trattato*, vol. II, parte 3ª, Milano, 1920, ps. 420 y ss.; FORTI, *Ammi-*

res, es ampliamente criticada, sobre todo debido a la existencia de algunos entes como las instituciones de beneficencia, que enumera la ley como públicos, pero no disponen de poderes de imperio. Por otra parte se ha observado que esos poderes no se manifiestan necesariamente en el uso de la coerción, sino que pueden consistir únicamente en la potestad de realizar actos de derecho público, cualquiera sea su contenido, potestad que no falta en los entes mencionados (potestad estatutaria y reglamentaria, potestad de certificación, potestad disciplinaria). Antes bien, debe reconocerse que hay otros entes, especialmente en nuestro derecho actual, que no ejercen actividad pública alguna, persiguen sus fines mediante el ejercicio de la capacidad común de derecho privado y, sin embargo, las leyes los designan como entes públicos. Tales los Bancos de Nápoles y Sicilia, el Monte dei Paschi, las cajas de ahorro y otras instituciones públicas de crédito, así como, en general, los entes públicos constituídos para finalidades económicas. Con respecto a éstos, no queda sino considerar errónea la definición de entes públicos hecha en la ley, o bien reconocer que el ejercicio de las potestades públicas no es elemento necesario de la personalidad jurídica de derecho público. Antes de aceptar la primera solución, es necesario averiguar si no sería imposible impedir una conclusión tan opuesta al derecho positivo, adoptando un criterio distintivo diferente. Tanto más cuanto el mismo criterio del poder de supremacía, al igual que los demás examinados, no expresa la sustancia y la causa de la distinción, sino más bien una consecuencia de ella.

5. EL CRITERIO ADOPTADO. — La doctrina que creemos aceptable es la que atribuye importancia decisiva al fin propio de la persona jurídica, esto es, al elemento que es fundamento de la misma personalidad. Parte del concepto según el cual son personas jurídicas públicas las que forman parte de la ad-

nistrazione pubblica e attività economica privata, en Scritti in onore di A. Marghieri, Napoli, 1920, p. 5.

ministración pública, desarrollando una actividad colateral y subsidiaria a la del Estado y contribuyendo, por lo tanto, a la consecución de sus fines. Entes públicos, por consiguiente, son los que tienen por objeto un fin que es propio también del Estado y actúan, al perseguirlo, en interés del Estado, además de hacerlo en interés propio¹⁹. Ciertos autores añaden a ese elemento sustancial otro más estrictamente formal, por el cual el Estado mismo debe considerar el ente activo también en interés propio²⁰. Demostrada que sea esta coincidencia entre los fines del ente y los del Estado, la naturaleza de la actividad que sirve de medio para la obtención de dichos fines no tiene importancia. El mismo Estado provee a algunos de sus fines directos, mediante una actividad privada y contractual exclusivamente. En cuanto a la manera de establecer si el fin del ente es, por lo menos también fin del Estado, el problema se reduce a una cuestión de interpretación. La solución puede resultar fácil cuando logre demostrarse que el fin del ente corresponde a un fin que el Estado también atiende directamente, mediante sus órganos. Tales, sin duda, los fines de salubridad e higiene, previsión y asistencia, educación e instrucción, etc. Donde falte esa correspondencia, puede también suceder que el Estado considere el fin de que se trata como propio, aunque confiando totalmente su gestión a otros entes, que provean a aquél por interés propio. La decisión, en estos casos, depende de una serie de elementos indiciarios, que han de buscarse en las leyes que se refieren a la categoría del ente que corresponda. Esos elementos pueden ser los mismos que otras doctrinas indican como signos decisivos del carácter público. El origen estatal de la persona jurídica, la obligación que le es impuesta de conseguir sus propios fines, la institución de un sistema de contralores particularmente intensos, la misma dis-

¹⁹ O. MAYER, *Deut. Verwaltungsrecht*, vol. I, ps. 85 y ss.; vol. II, ps. 55, 322; ORLANDO, *Principi di dir. amm.*, p. 146; ROMANO, *Il comune*, en el *Trattato* dirigido por Orlando, vol. II, parte 1ª, ps. 86 y ss.; *id.*, *Corso di dir. amm.*, p. 87; RANELLETTI, *Istituzioni*, p. 506; D'ALESSIO, *Istituzioni*, vol. I, p. 202; PUGLIATTI, *Gli istituti*, cit., p. 124.

²⁰ RANELLETTI, *op. y loc. cit.*

ponibilidad de poderes de imperio. Son datos todos que, en conjunto y a veces aún aisladamente, pueden demostrar el carácter público del fin perseguido por el ente. Este sistema ha sido adoptado ocasionalmente por la misma jurisprudencia, que tomando como base el elemento del contralor, u otro de los recordados, ha demostrado claramente que no contienen el criterio distintivo entre personas jurídicas públicas y privadas, sirviéndose de él más bien como indicio muy probable a los fines de la decisión ²¹.

El criterio del fin no halla obstáculo, como se ha considerado, en la existencia de entes públicos eclesiásticos que ciertamente no persiguen fines propios del Estado. Tales entes son públicos, considerados en relación a las finalidades de la Iglesia, ordenamiento público y originario de cuya organización forman parte. No se trata, por lo tanto, de entes públicos del Estado, sino de entes públicos de la Iglesia, que el Estado simplemente reconoce con los mismos caracteres que tienen en el ordenamiento del cual forman parte de manera inmediata ²².

Por fin, el criterio aceptado sirve para rechazar que, entre ambas categorías de entes públicos y privados, pueda hallar lugar una tercera: la de los entes privados de utilidad pública. Esta última encuéntrase ampliamente admitida en la doctrina francesa, por lo demás, inducida por disposiciones par-

²¹ Especialmente el elemento del contralor ha sido utilizado como fundamento en numerosas decisiones: Cons. de Estado, Ses. IV, 19 enero 1938 ("Foro ital.", 1938, III, 174); Ses. V, 29 agosto 1939 ("Foro amm.", 1940, I, 2, 7); 5 diciembre 1939 (id., 1940, I, 2, 51); Casac., 24 junio 1938 ("Foro ital.", 1938, I, 764); Trib. Milano, 20 octubre 1941 ("Temi lombarda", 1941, 261). No siempre se aplica el criterio de manera exclusiva, sino que frecuentemente aparece combinado con otros elementos indiciarios, entre otros el de la atención del mismo fin propio del ente por parte del Estado, mediante sus órganos propios.

²² En ese sentido ROMANO, *Dir. cost. gen.*, 2ª ed., p. 101. En cambio, sostienen que el carácter público de los entes eclesiásticos resulta de un interés que tendría el mismo Estado en su actividad; RANELLETTI, *Principi*, p. 412; JEMOLO, *Elementi di dir. ecclesiastico*, Firenze, 1917, ps. 280 y ss.; MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, cit., p. 514.

ticulares del derecho positivo ²³. Entre nosotros encuentra acogida entre los autores que colocan el criterio distintivo de los entes públicos en el poder de imperio ²⁴. Para esta doctrina los entes que, aun persiguiendo fines públicos, no gozan de poderes de supremacía, pertenecen a la categoría de las instituciones privadas de utilidad pública. Se enumeran entre esos entes las cajas de ahorro, las instituciones públicas de crédito y hasta las instituciones públicas de asistencia y beneficencia. Adoptando, en cambio, el criterio finalista, la categoría señalada no puede aceptarse. Los fines de beneficencia, de ahorro, de especulación para uso de utilidad general, son asumidos por el Estado como propios, tanto que él mismo los ha disciplinado directamente y ha sometido a control a los entes que los persiguen. Dichos entes, por lo tanto, pertenecen, según nuestro criterio, a la categoría de las personas jurídicas públicas.

6. NOCIÓN DE AUTARQUÍA Y SU DISTINCIÓN CON LA AUTONOMÍA Y EL AUTOGOBIERNO. — Luego de lo expuesto es menester precisar el concepto de ente autárquico que presenta estrechas relaciones con el concepto de ente público. La palabra italiana *autarchia* traduce dos diferentes palabras griegas y tiene dos significados, según que derive de una u otra de ellas ²⁵. En una primera acepción, indica la condición de un sujeto que es capaz de bastarse a sí mismo, de proveer por sí a las propias

²³ MICHOU, *Théorie*, cit. vol. I, ps. 295 y ss.; HAURIU, *Précis*, ps. 310, 316 y ss. cfr. también AVRIL, *Les origines de la distinction des établissements publics et des établissements d'utilité publique*, Paris, 1900.

²⁴ LONGO, *Le istituzioni pubbliche di beneficenza*, en ORLANDO, *Trattato*, vol. VIII, p. 387; FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, ps. 760 y ss.; id. *Le persone giuridiche*, p. 121 (aquí el autor restringe el número de entes, que ya había calificado como de utilidad pública, reconociendo a muchos de ellos el carácter de entes públicos). Aparte de esta tendencia, v. en análogo sentido: MIELE, *La distinzione*, cit., p. 533.

²⁵ Las dos palabras son: *αὐτάρχεια* y *αὐταρχία*. Sobre la distinción de ambas etimologías BRONDI, *Autarchia*, en "Atti della R. Accademia delle scienze di Torino", LXII, 1927 (vuelto a publicar en BRONDI, *Scritti minori*, Torino, 1934, p. 161).

necesidades (autosuficiencia); en la segunda, sirve para indicar la posición de un ente al cual se reconoce la capacidad de gobernarse por sí, de administrar por sí sus propios intereses (autoadministración). La palabra considerada con el primer significado se usa principalmente en el campo de la economía y no interesa a nuestros estudios. Entendida, en cambio, como autoadministración, toma un valor jurídico que interesa especialmente al derecho administrativo.

La capacidad de administrar los propios intereses pertenece a cualquier sujeto. Por consiguiente, referida a los entes públicos, debe tener un valor más restringido y particular. Se ha dicho que con esa palabra quiere ponerse en evidencia la capacidad que tienen estos entes de administrar los propios intereses, no obstante que ellos sean también propios del Estado y, por lo tanto, no obstante la posibilidad que tiene el Estado de substituirse a los mismos entes en esta Administración²⁶. De tal modo, el concepto de ente autárquico no diferiría del concepto de ente público, porque ambos tendrían su fundamento en la coincidencia de los fines del ente con otros tantos fines del Estado. Creemos por eso, que será útil adoptar un concepto algo distinto, que valga para poner en claro el carácter público de la capacidad de que se trata y, por ende, de la actividad administrativa que se ejerce sobre su base. Trátase de la capacidad, propia de los entes públicos, de administrar los intereses públicos, desarrollando, cuando es menester, una actividad con los mismos caracteres e igual eficacia jurídica que la actividad administrativa del Estado. Hay entes públicos que no tienen necesidad de desarrollar tal actividad, por cuanto la actividad de derecho privado se adopta mejor a sus fines (cajas de ahorro, instituciones públicas de crédito,

²⁶ ROMANO, *Il comune*, ps. 79 y ss.; *id.*, *Corso di dir. amm.*, ps. 85 y ss.; RANELLETTI, *Istituzioni*, ps. 513 y ss. Sobre el tema cfr. también BLODIG, *Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff*, Leipzig-Viena, 1894; HATSCHKE, *Die Selbstverwaltung in politischen und juristischen Bedeutung*, Leipzig, 1898; MAIORANA, *La nozione dell'autarchia amministrativa*, Roma, 1900; MARCHI, *L'istituto giuridico della autarchia*, Modena, 1904; O. MAYER, *Verwaltungsrecht*, vol. II, ps. 322-352.

entes económicos en general). Pero la mayor parte de los entes públicos desarrollan una actividad típicamente pública (en materia sanitaria, edilicia, de policía local, de obras públicas, etc.) con idénticos caracteres y efectos que la actividad administrativa desplegada por el Estado. También los entes que desarrollan principalmente una actividad privada tienen, por lo menos en potencia, la capacidad de que hablamos en el campo del derecho público, capacidad que puede manifestarse sólo en la organización pública de las funciones y en el carácter público de la relación que los entes establecen con sus funcionarios y empleados.

Como se ve, el concepto de la autarquía es paralelo al de la autonomía de que hemos hablado en otra parte. Así como ésta es la facultad de ciertos entes para establecer la propia organización mediante normas, a las cuales el Estado atribuye los caracteres y la eficacia de la legislación material propia, también la autarquía puede definirse como "la capacidad reconocida al ente para administrarse a sí mismo, o sea, actuar para la consecución de sus propios fines mediante el ejercicio de una actividad administrativa que tiene la naturaleza y los efectos de la administración pública, o sea la administración propia del Estado". Autonomía y autarquía aparecen así como dos formas de legislación y de administración que mientras subjetivamente son propias de entes distintos del Estado, objetivamente —es decir, por sus efectos y por el campo de su eficacia jurídica— pueden llamarse propias del Estado, manifestaciones indirectas de su legislación y administración.

El instituto de la autarquía debe considerarse distinto del autogobierno. El primero presupone la personalidad jurídica de los grupos sociales que están investidos de ella. El autogobierno, prescindiendo de tal personalidad, indica solamente la facultad concedida a dichos grupos para administrarse mediante algunos de los propios componentes. El autogobierno, instituto característico del antiguo derecho inglés, se refería originariamente a las administraciones gubernativas locales que eran confiadas por medio de nombramiento real, a

los notables del lugar como exponentes de las poblaciones. En el siglo pasado, el instituto fué aplicado a las personas jurídicas y a sus administradores, extraídos del cuerpo de sus componentes mediante elección popular. Este sistema hace a la administración de los entes (especialmente en comunas y provincias) independientes de manera parcial de las autoridades del Estado, por lo cual el autogobierno ha sido siempre sinónimo de libertad e independencia en el sistema de las administraciones locales ²⁷.

Todo esto no tiene relación alguna con el concepto antes delineado de la autarquía. Ésta, como capacidad específica de los entes públicos, es propia de toda persona jurídica pública, cualquiera sea el sistema de su organización y la posición de sus órganos directivos hacia el Estatuto. La práctica y en parte la doctrina misma, han atribuído a veces a la palabra autarquía el contenido de autogobierno, haciendo de ella el equivalente de aquellas libertades comunales que son características de los regímenes liberales. Es necesario, empero, no confundir ambos conceptos. Autarquía y autogobierno pueden coincidir en los mismos entes, pero pueden también estar separados.

7. DISTINTAS CATEGORÍAS DE PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS. — Sobre los entes públicos pueden hacerse diversas distinciones, fudadas en diferentes criterios:

a) Una categoría importantísima es la de los entes públicos territoriales, que son corporaciones formadas por poblaciones enteras residentes en un territorio determinado, enumerándolo entre sus elementos constitutivos y que disponen, como el Estado, de poderes de supremacía *ergo omnes*. Al

²⁷ Sobre el autogobierno: GNEIST, *Selfgovernment Comunalverfassung und Verwaltungsgerichte in England*, Berlin, 1871; HEAST, *Local government in England*, Londres, 1903; BERTOLINI, *Il governo locale inglese*, Torino, 1899. Sobre el derecho inglés moderno, v., en cambio: SCHÜLE, *Staat und Selbstverwaltung in England*, Berlin, 1933; HASLUCK, *Local government in England*, Cambridge, 1936. Los ordenamientos más recientes están detallados, con amplia bibliografía por I. SCOTTO, *Il governo inglese*, en "Riv. dir. pubbl.", 1947, I, p. 84.

igual que el Estado, no tienen su fundamento en la consecución de fines determinados, sino en la satisfacción de distintas necesidades sociales del grupo demográfico que los forma. En nuestro derecho esos entes, además del Estado, abarcan las comunas y provincias ²⁸. Todas las demás personas jurídicas públicas están, en cambio, formadas por personas que constituyen una parte más o menos limitada de la población: una clase social, los que ejercitan una profesión dada, los pertenecientes a determinada religión, los necesitados de ayuda, asistencia, instrucción. Los entes no territoriales tienen siempre fines determinados y limitados. En compensación, son numerosísimos y tienden a multiplicarse cada vez más.

b) Entes locales y nacionales. Los primeros desenvuelven su actividad en determinada circunscripción territorial, los segundos extienden su acción a todo el territorio del Estado y, a veces, como el mismo Estado, atienden los intereses nacionales que trascienden los límites del Estado. Los entes territoriales figuran entre los entes locales, distintos de todos los demás por los caracteres especiales que expresáramos. Son también locales la mayor parte de las instituciones de beneficencia, los consorcios, las cámaras de comercio, etc. Son entes nacionales las principales academias, las numerosas "obras" nacionales (de combatientes, de maternidad, etc.). Hay algunos entes que no pueden, en rigor, clasificarse en locales o nacionales, por cuanto aun residiendo en determinada ciudad o provincia y desenvolviendo su actividad preferentemente en ventaja de los respectivos habitantes, la extienden a cualquier persona, sin distinción de origen o residencia. Tales son las universidades y demás institutos de instrucción investidos de personalidad jurídica, las academias, las bibliotecas, etc.

c) Corporaciones e instituciones. Mientras los entes territoriales, Estado, comunas, provincias y regiones son por

²⁸ La personalidad pública de las regiones surge de la Constitución, donde se las designa como "entes autónomos" e investidos de algunas potestades públicas (art. 115, 117, 118, 119, etc.). La personalidad de las provincias y comunas fué establecida por el art. 2 del Cód. Civ. de 1865 (art. 11, Código de 1942).

naturaleza, corporaciones públicas, los entes no territoriales, aunque en doctrina a veces se los designara sin distinción como entes institucionales, pueden tener carácter de corporaciones o de instituciones²⁹. Como ejemplos de las primeras recordamos los consorcios entre particulares y entre entes públicos, los colegios y órdenes profesionales, las universidades israelitas. Indudablemente son más numerosas las institucionales, algunas con base asociativa, otras con sustrato patrimonial. Estas últimas llámense también fundaciones públicas. Ejemplos de instituciones con base asociativa son las academias, los comités de beneficencia, las comisiones de patronato y numerosos entes nacionales con finalidades altruistas: la Cruz Roja italiana, la obra nacional para protección de la maternidad, etc. Tienen carácter de fundaciones la mayor parte de las instituciones de beneficencia, los institutos de instrucción investidos de personalidad jurídica, el Instituto nacional para las exportaciones, la Obra nacional de previsión para empleados, etc.

Deben considerarse comprendidos entre los entes nacionales aquellos que, con reciente terminología, han sido llamados "enti parastatali". No pocas dudas, en verdad, se han tenido sobre el significado de esta palabra, introducida en el lenguaje jurídico por el mismo legislador³⁰, especialmente, porque la letra de varias leyes parece contraponer los "enti parastatali" a los entes públicos³¹. Sin embargo, prevalece hoy la opinión que excluye que se trata de una categoría de

²⁹ Sobre la distinción, v. N.º 1 de este párrafo.

³⁰ La expresión se encuentra por vez primera en los arts. 2 y 18 del D. L. 13 noviembre 1924, n. 1825, sobre el contrato de empleo privado. La misma designación aparece sucesivamente en el D. L. 13 mayo 1926, n.º 870 sobre el tratamiento tributario de algunos "enti parastatali"; en el R. D. del 1.º julio 1926, n.º 1130, para la ejecución de la ley sobre relaciones colectivas de trabajo, art. 3; en el D. L. del 24 marzo 1930 n.º 436, sobre la habilitación de materias estadísticas, etc.

³¹ "Enti pubblici e parastatali" léese en la mayor parte de las fuentes precitadas; también a veces "gli enti autarchici e quelli parastatali". Sobre la distinción, además de las obras generales: ROMANO, *Corso di dir. amm.*, p. 92; RANELLETTI, *Istituzioni*, p. 531; FORTI, *Dir. amm.*, vol. I, p. 185; MAURO,

entes distintos de los entes públicos y los considera más bien una subespecie de éstos³². Trátase particularmente de entes de extensión nacional, sometidos al contralor del gobierno central y, en nuestra opinión, con carácter institucional³³.

d) Puede ser también de alguna utilidad distinguir los entes públicos en simples y complejos. Los primeros están formados por personas físicas o por una masa patrimonial de carácter unitario; los segundos están formados por otros entes, reunidos entre ellos para constituir una institución mayor y más apta para la consecución de sus fines. Tienen carácter complejo los consorcios entre comunas, provincias e instituciones de beneficencia, la Obra para la protección de la maternidad y la infancia, en cuanto reúnen, además de personas físicas, todos los institutos locales cuyos fines corresponden a aquellos de los que toma nombre la obra.

e) Entes necesarios y accidentales. Los entes necesarios son los que por ley deben constituirse en todas las partes del territorio del Estado, como las comunas, los entes comunales de asistencia, instituídos en todas las municipalidades, las cámaras de comercio. Los entes accidentales se forman, en cambio, cuando se presente la oportunidad, por acto discrecional de la autoridad administrativa o por voluntad espontánea de algunos grupos sociales o de particulares. La distinción entre entes coactivos y voluntarios tiene base distinta. Atañe sólo a las asociaciones, sean corporativas o institucionales, y se refiere a la condición de los individuos en las relaciones con el ente, en cuanto la pertenencia a éste puede

Sul concetto di ente parastatale, en "Riv. di dir. pubbl.", xx, 1928; GIROLA, *Enti parastatali* en *Studi urbinati*, III, 1929; FORTI, *Gli enti parastatali*, en "Riv. di dir. pubbl.", xxvi, 1934; FERRARA, *Le persone giuridiche*, ps. 128 y ss.

³² La opinión contraria fué defendida por CAMMEO, *Gli impiegati degli enti pubblici e il rapporto di impiego privato*, en "Giur. ital.", lxxx, 1927.

³³ En efecto: de los ejemplos que se hallan en las "relaciones" que acompañan algunos de los textos legislativos que se mencionan (Instituto nacional de previsión social, Instituto de seguros de accidentes, Instituto de crédito para empresas de utilidad pública, etc.) parecería que el concepto queda limitado a los institutos, a las obras, a los entes nacionales, en suma, de carácter no corporativo.

ser obligatoria o facultativa. Es siempre obligatorio pertenecer a una comuna, a una provincia y, a veces, a un consorcio necesario o constituido por autoridad de la administración pública. Es voluntaria la participación en los consorcios facultativos, en los comités de beneficencia, en la mayor parte de las "obras" nacionales de carácter asociativo.

8. ORIGEN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA PÚBLICA. — Reseñaremos los orígenes, posibles modificaciones y la extinción de las personas jurídicas públicas.

a) Sustancialmente, pueden distinguirse entes de carácter natural, entes constituidos por voluntad privada y entes formados directamente por el Estado. Pero jurídicamente, siempre se necesita una providencia estatal para que el sujeto tenga existencia en el campo del derecho. Sólo en ciertos entes de origen antiquísimo, que gozan de personalidad jurídica por inmemorial posesión, el acto estatal no puede identificarse. En el desarrollo siguiente hemos de prescindir de esta hipótesis.

1) Los entes que hemos llamado de formación natural tienen su origen en fenómenos espontáneos de condensación demográfica o de centralización de intereses económicos en una zona territorial determinada, o en la natural diferenciación de necesidades y tendencias de un grupo de población respecto a las del grupo mayor de que forma parte. Se tienen así las conocidas figuras de la disgregación de un ente y la formación subsiguiente de entes nuevos; la fusión de diversos entes con formación de un ente mayor, que no representa a ninguno de los preexistentes, etc. Tal es, por lo general, el origen de las comunas y provincias. El hecho natural no tiene, sin embargo, valor constitutivo alguno, sino que es solamente el presupuesto de una decisión discrecional del Estado. Esa medida tiene su origen por un acto legislativo, esto es, por una ley formal⁸⁴.

⁸⁴ Para las regiones debe dictarse una ley constitucional, para las provincias una ley ordinaria, para las comunas una ley regional (Const., arts.

2) El acto privativo de voluntad puede constituir el origen de numerosas personas jurídicas. Asume diferente carácter según se trate de entes con base asociativa o de fundaciones. En el primer caso, ese acto es un acuerdo entre varias personas, un negocio plurilateral, para algunos es directamente un contrato⁸⁵; en el segundo caso, tenemos un acto unilateral, llamado por la doctrina negocio de fundación, dirigido a la formación del ente y a la disposición de los bienes necesarios para su dotación⁸⁶. A estos negocios jurídicos privados deben añadirse, por la analogía de su función, los acuerdos entre varias personas jurídicas, dirigidos a constituir entes públicos complejos; p. ej.: consorcios intercomunales. En todos los casos, el negocio se considera acto constitutivo del nuevo ente. Pero jurídicamente, éste toma vida sólo por una decisión del Estado, generalmente un decreto del Jefe del Estado⁸⁷ por el cual "es reconocida la personalidad jurídica" al nuevo sujeto, o éste "es erigido en ente moral". La terminología, variable y a menudo impropia, no tiene importancia en cuanto al carácter de la providencia, que siempre es un

132 y 133). Este último artículo parece haber derogado las normas de las leyes comunales y provinciales (art. 17 y ss.), que en algunos casos, limitados a las comunas, atribuía esta competencia al jefe del Estado.

⁸⁵ MESSINEO, *L'atto giuridico plurilaterale*, Milano, 1927; SALEMI, *Teoria generale dei consorzi amm. nel dir. italiano*, Roma, 1920, p. 151 y ss. y los autores allí citados; MIELE, *Principi*, p. 105 y ss.

⁸⁶ Sobre la naturaleza de éste, muy controvertida, V. para la bibliografía italiana y extranjera, ROMANELLI, *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, Napoli, 1933. Tanto para las asociaciones como para las fundaciones, el art. 14 del nuevo Código Civil prescribe el uso del acto público. Por el art. 15, el acto de fundación puede revocarse por el fundador, hasta que no haya mediado reconocimiento.

⁸⁷ El art. 13 del Código Civil establece esta forma respecto a las personas jurídicas privadas: con todo, la disposición indudablemente tiene carácter general y debe también referirse a las personas jurídicas públicas. El mismo artículo dispone que, para determinadas categorías de entes, que desarrollan su actividad en el ámbito de provincia, el Gobierno puede delegar en el prefecto la facultad de reconocerlos con decreto. En lo que respecta a los consorcios, la ley comunal (arts. 157, 169) atribuye esta competencia al Ministro del Interior y al prefecto, según que se trate de consorcios que sobrepasen los límites territoriales de la provincia o de consorcios comprendidos dentro de ese territorio.

acto discrecional constitutivo⁸⁸. Con este mismo acto u otro subsiguiente, debe aprobarse el estatuto, redactado por los órganos del ente conforme a su acta de fundación. En muchas ocasiones, la legislación establece un mínimo de condiciones que el ente debe satisfacer para que pueda concederse el reconocimiento. Otras veces, la apreciación de la suficiencia de los medios y demás elementos, se remite por completo a la discrecionalidad del poder ejecutivo.

3) Para muchos entes públicos, sobre todo los de carácter nacional, el Estado mismo es quien asume la iniciativa de su institución, sancionando una ley por la que se determina su composición, sus fines y los medios para conseguirlos, además de los poderes que invisten al ente. Esa ley no es sólo un proveído, esto es, una ley puramente formal, sino que también es una ley sustancial; un acto constitutivo de nuevo derecho, cual es la organización de un nuevo ente administrativo y la determinación de sus poderes y funciones. En cambio, se instituyen por acto del poder ejecutivo aquellas personas jurídicas públicas que encuentran ya reglado por normas generales su cometido y su ordenamiento.

b) Las modificaciones en la estructura y los poderes de los entes públicos se determinan por la variación de los mismos elementos, naturales o voluntarios, que son presupuesto de su constitución. Puede verificarse ampliación del ente por incorporación de otro o de parte de otro; restricción, por disgregación de algunas de sus partes; el paso de una categoría jurídica a otra (p. ej.: de la categoría de los entes complejos a la de los entes unitarios). Sin embargo, aun esas variaciones no tienen efectos jurídicos sino como presupuestos de necesarias providencias administrativas. Respecto a la forma de estos últimos, rigen los mismos principios que reglan el reconocimiento e institución de nuevos entes, esto es, los que

⁸⁸ Sobre las numerosas opiniones respecto a los caracteres de este acto, v. MAIORCA, *Il riconoscimento della personalità giuridica degli enti privati*, Torino, 1933; TOSATO, *Il riconoscimento degli enti morali nella teoria degli atti amministrativi*, Padova, 1933.

requieren la necesidad del acto legislativo. Sólo para determinadas categorías puede ser suficiente un decreto del jefe del Estado. Esto ocurre cuando por una ley general se establece el régimen de las mismas (p. ej., instituciones de beneficencia).

c) Para la extinción valen reglas parcialmente análogas. Los entes instituidos por ley y los que por ley son entes necesarios, no pueden suprimirse sino mediante acto legislativo. Con todo, se considera que ningún otro ente puede ser suprimido por decreto, impidiéndolo el derecho a la personalidad y a la autonomía adquirida por el ente, salvo el caso que la ley previera expresamente la revocación del decreto de reconocimiento. Esto disponíase, por ejemplo, respecto de los entes públicos sindicales. Tampoco puede el ente, valiéndose de su autonomía, resolver la propia cesación, lo que contrariaría el carácter constitutivo del acto estatal de reconocimiento. Sin embargo, en las asociaciones, con exclusión de las necesarias, los socios pueden hacer desaparecer el ente, mediante un receso general, sea simultáneo o sucesivo. Formas particulares de extinción tiénense en el caso que el ente sea incorporado a otro, acreciendo el número de componentes y el patrimonio, o bien en el supuesto de fusión de varios entes, con la consiguiente constitución de un ente nuevo, en el cual no sobrevive ninguno de los preexistentes. También en estos casos es necesario un acto de voluntad de los entes interesados, que puede encontrar los obstáculos señalados en el acto de constitución. Para algunos entes, las leyes pertinentes admiten que, en determinadas circunstancias, la iniciativa de estas providencias pueda tomarse por la autoridad gubernativa⁸⁹.

La supresión del acto legislativo puede tener por objeto determinadas personas jurídicas o una categoría íntegra de las mismas. En este caso, salvo disposición en contrario, la ley tiene el efecto de producir la extinción de las personas jurídicas existentes, a la vez que constituye una prohibición,

⁸⁹ Así, para las comunas, en los casos de los arts 30, 31 de la ley comunal y provincial; para las instituciones públicas de asistencia y beneficencia, según la ley correspondiente, arts. 52-60; etc.

para el gobierno, de reconocer en el futuro personas de esa categoría.

Tema de gran complejidad es el de la sucesión entre las personas jurídicas públicas. Las leyes respectivas tienen, sobre el particular, muy variadas disposiciones. Algunas veces atribuyen la sucesión al Estado; otras veces, a los entes que se propongan fines análogos a los de aquellos que desaparecen, o bien instituyen a entes complejos, de los que eventualmente forman parte los primeros. En ausencia de disposiciones particulares, se aplican principios generales, que no son los que regulan la sucesión entre individuos⁴⁰. El Cód. civ. (art. 29) dispone: "Los bienes de las personas jurídicas que queden luego de su liquidación, se transmiten de conformidad con el acto constitutivo o con el estatuto. Cuando éstos nada dispongan, si se trata de fundaciones, resuelve la autoridad gubernativa, atribuyendo los bienes a otros entes que tengan fines análogos; si se trata de asociaciones, se observan las deliberaciones de la asamblea que ha establecido la disolución y, cuando también falten éstas, provee del mismo modo la autoridad gubernativa". Esta norma, aunque dictada para las personas jurídicas privadas, puede considerarse de carácter general, es decir, aplicable también a la sucesión de los entes públicos, a falta de disposiciones especiales. Sólo cuanto queda dicho acerca de la libertad de disposición de las asociaciones debe estimarse únicamente aplicable a las asociaciones de derecho privado.

§ 2. LOS ÓRGANOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS

1. LOS ÓRGANOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS.

NATURALEZA DEL VÍNCULO ORGÁNICO. — Las administraciones públicas, como todas las personas jurídicas, no pueden alcan-

⁴⁰ FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, ps. 988 y ss.; *id.*, *Le persone giuridiche*, ps. 286 y ss.; ROMANO, *Il comune*, ps. 269 y ss.; MIELE, *In tema di successione degli enti autarchici*, en "Arch. di studi corporativi", III, 1932, p. 345; *id.*, *La successione fra enti pubblici*, en "Rassegna di giurispr. italiana", bajo el cuidado del Istituto di studi legislativi, XVIII, 1936, p. 701.

zar sus fines sino valiéndose de la actividad que las personas físicas ponen a su servicio. Estas personas que, según los casos, son llamadas funcionarios públicos, empleados públicos, agentes o similares, pueden designarse genéricamente como "órganos" de la persona jurídica⁴¹. Con todo, esta palabra se utiliza en doble significado. En primer lugar, sirve para indicar los oficios, abstractamente considerados, para los cuales se prefieren a dichas personas. Secundariamente, indica a estas personas consideradas de manera concreta, es decir, como sujetos que quieren y actúan para el ente (N. del T.: Para traducir la palabra italiana "Ufficio" empleamos la voz castellana *oficio*. El diccionario de la lengua, 17ª ed., p. 907, señala que esta voz significa [2ª acep.] "cargo". [4ª acep.] "Función propia de alguna cosa". [8ª acep.] "Oficina". Estos significados corresponden a veces al término italiano, pero preferimos el vocablo genérico que ya empleaban Las Partidas [que definían el oficio como "servicios señalados en que ome es puesto para servir al Rey o al común de alguna ciudad o villa] y que García Oviedo [Derecho administrativo, p. 273 de la 2ª ed.] identifica con el *centro de actividad*. El profesor uruguayo Aparicio Méndez, en "La teoría del órgano", p. 22, también traduce así). Examinando el órgano en el primer sentido, es decir, como oficio, debe destacarse que resulta de un conjunto de elementos personales y materiales, concretos y abstractos, debidamente ordenados entre sí y dirigidos al fin de la actividad que deba ejercitarse. De esta manera forman parte del órgano las personas físicas que son sus titulares sucesivos, el conjunto de sus competencias, el material de

⁴¹ Sobre materia de órganos en su conjunto, RANELLETTI, *Principi*, ps. 165-232; FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, ps. 623-659; ROMANO, *Dir. cost. gen.*, 2ª ed. cit., ps. 150 y ss.; *id.*, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit. ps. 154 y ss.; FORTI, *Dir. amm.*, I, ps. 209-259; MICELI, *La teoria degli organi nel diritto pubblico*, en "Riv. di dir. pubbl.", xv, 1923, p. 361; DE VALLES, *Teoria giur. della organizzazione dello Stato*, Padova, 1931; ESPOSITO, *Organo ufficio e soggettività dell'ufficio*, Padova, 1932; WOLFF, *Organschaft und juristischen Person*, cit. vol. II; *Theorie der Vertretung*, Berlín, 1935, ps. 224 y ss. V. finalmente: FODERARO, *Contributo alla teoria della personalità degli organi dello Stato*, Padova 1941; MÉNDEZ, *La teoría del órgano*, Montevideo, 1950.

trabajo que necesita su actividad, los actos y documentos en los que aquélla se exterioriza. Todo esto, debidamente organizado, constituye una unidad jurídica, o sea una institución. Este carácter institucional del órgano explica su continuidad e indefectibilidad, no obstante el cambio de los elementos que lo componen y aun la falta temporaria de algunos de ellos ⁴². El carácter institucional no significa, empero, que el órgano sea una persona jurídica. La exclusión no resulta de una imposibilidad, como se ha considerado a veces, sino que sólo constituye un dato de nuestro derecho positivo. Hay sistemas jurídicos, como el de la Iglesia, en los cuales la personalidad del ordenamiento no excluye la de los órganos ⁴³. En cambio, el derecho de la mayor parte de los Estados considera los oficios como unidades distintas dentro de la organización de que forman parte, pero no como personas en el ordenamiento general. No son más que partes, esferas de la persona jurídica y, por consiguiente, se identifican con ella. En lo que respecta al derecho italiano, todas las disposiciones prohíben que los órganos sean titulares de intereses y de derechos propios, ejerciten poderes que no sean propios del Estado o del ente menor del que forman parte, se valgan de medios que no sean propios del mismo Estado o del ente. Se ha sostenido ocasionalmente una opinión distinta, limitada a ciertos órganos, como las cámaras parlamentarias y los ministerios, pero no tiene fundamentos en las fuentes legislativas ⁴⁴.

Sin embargo, el carácter institucional de los órganos es tan evidente que algunos autores hablan al respecto de una cuasi personalidad y de una subjetividad parcial ⁴⁵. Esto ten-

⁴² ROMANO, *Dir. amm.* ps. 101 y ss.

⁴³ Cfr. JEMOLO, *Organi dello Stato e persone giur. pubbliche* (en *Lo Stato*, 1931). Por vía de excepción también el ordenamiento italiano ofrece algunos ejemplos de órganos e institutos investidos de personalidad (p. ej., las universidades de estudios y otros institutos de cultura).

⁴⁴ CAMMERO, *Commentario delle leggi sulla giust. amm.*, p. 46; ARANCIO-RUIZ *Istituzioni di dir. costituzionale*, n. 409.

⁴⁵ Cfr. los autores citados por DE VALLES, *Teoria giuridica*, cit. ps. 113 y 114.

dría como consecuencia poder reconocer carácter jurídico a las relaciones interorgánicas, como las existentes entre dos ministerios, o entre un ministerio y una prefectura, que de otra manera serían solamente relaciones internas o reflejas y por ende, según algunos autores, no jurídicas. Con todo, generalmente se rechaza la idea de la semipersonalidad o de la personalidad parcial, sin que eso importe necesariamente la negación del carácter jurídico de las relaciones entre los órganos. Algunos autores, en efecto, aun excluyendo que tales relaciones sean jurídicas en el ordenamiento general del Estado, sostienen, sin embargo, que lo son en el ordenamiento interno de que forman parte las instituciones entre las cuales intermedian ⁴⁶. Dichas instituciones no pueden llamarse personas jurídicas, porque ese concepto se refiere a unidades que obran en el ordenamiento jurídico general. Con todo, en la organización particular de que forman parte, constituyen unidades acusadamente análogas a las que representan las personas en las relaciones externas ⁴⁷.

2. LOS INSTITUTOS PÚBLICOS Y LAS "AZIENDE" DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. — Entre los órganos de las personas jurídicas públicas están comprendidos, según nuestra opinión, los "institutos públicos" y las "aziende públicas" (N. del T.:

⁴⁶ El carácter jurídico de las relaciones internas, negado por RANELLETTI, *Principi*, p. 178, es sostenido por ROMANO, *Corso di dir. amm.*, p. 102 y más precisamente en *Ordinamento giuridico* 2ª ed. cit., p. 72, así como en *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit. ps. 100 y ss.; en este último el autor demuestra que el carácter jurídico de las relaciones entre los órganos no importa necesariamente su personalidad. Sobre el tema, v. también ESPOSITO, *Organo ufficio e soggettività dell'ufficio*, Padova, 1932; DE VALLES, *Teoría*, cit., ps. 109-134; también FODERARO, *Contributo alla teoria della personalità degli organi dello Stato*, Padova, 1941, espec. ps. 123 y ss.

⁴⁷ Según otros, la juridicidad de las relaciones interorgánicas importaría la personalidad de los órganos dentro de la organización, manteniéndose la unidad de la persona del Estado en las relaciones externas: CRISAFULLI, *Alcune considerazioni sulla teoria degli organi dello Stato*, en "Arch. giur.", CXX, 1938. En sentido análogo, FODERARO, *Contributo*, cit. ps. 175 y ss. Según MIELE, *Principi*, p. 96, las relaciones serían jurídicas en cuanto se desarrollaran entre los titulares de los órganos, los cuales estarían provistos de personalidad instrumental puesta al servicio del ente público.

La palabra "aziende" no tiene traducción exacta. Indica a veces el conjunto de elementos materiales y jurídicos que constituyen el fondo de comercio. Aquí podría —forzando el término— traducir por "hacienda pública", pero no es exactamente esto lo que quiere expresar el autor. Parece mejor mantener la palabra entre comillada). Los primeros son unidades que consisten en la reunión de diversos elementos materiales y personales, dirigidos al desenvolvimiento de actividades y servicios de carácter predominantemente técnico. Estas unidades están contenidas, por lo general, en edificios especiales, donde se admiten a las personas que quieren aprovechar sus servicios. Tales son los hospitales, orfanatos, escuelas e institutos de instrucción de todos los grados, bibliotecas, etc. Estos institutos se distinguen de los órganos de que hasta aquí hemos hablado, por la importancia que asumen en ellos los elementos materiales y técnicos y por el carácter exclusivamente técnico de la actividad que desarrollan las personas que se les adscriben. Esta última circunstancia, según algunos autores, impediría que los institutos pudieran considerarse como órganos de la persona jurídica a que pertenecen⁴⁸. Según lo que hemos sostenido acerca de la posibilidad de referir la misma actividad técnica al Estado y administraciones públicas en general, nos inclinamos a considerar aún a los institutos como órganos, aunque diferenciados por características particulares atinentes, sobre todo, a su organización interna.

Todo esto es válido para los institutos que no gozan de personalidad propia y forman parte de la organización administrativa del Estado, de la comuna o de otro ente público. Empero, ciertos institutos, como los hospitales, están reconocidos como personas jurídicas por sí mismos y como tales son propietarios de los edificios en que se asientan, del instrumental y material técnico de que se sirven. En estos casos, a los institutos hay que enumerarlos entre los entes autárquicos, generalmene entre los de beneficencia y de ins-

⁴⁸ ROMANO, *Corso di dir. amm.* ps. 103 y ss.; *id.*, *Frammenti*, p. 47.

trucción. A veces, la personalidad comprende solamente algunos aspectos patrimoniales y privados, mientras el instituto bajo los demás puntos de vista, continúa formando parte de la administración del Estado. Así ha sucedido para las universidades, tras la ley que les concediera personalidad jurídica.

Las "aziende" públicas son masas patrimoniales destinadas al desenvolvimiento de servicio de carácter primordialmente industrial, como el ferroviario, postal, telegráfico y similares. Estos organismos presentan autonomía financiera y administrativa mayor que la de los mismos institutos públicos. Tienen presupuesto propio, entradas y gastos separados, personal propio que sólo indirectamente forma parte del personal del Estado⁴⁹. Dicha autonomía, empero, no llega a atribuir a las "aziende" una personalidad distinta. También éstas no son sino partes y aspectos de la única persona jurídica del Estado. "Aziende" de esta naturaleza pueden también formar parte de la organización de entes menores, especialmente de comunas y provincias. Algunas de éstas tienen, por ley, capacidad para contratar y estar en juicio. Pero eso no implica, según opinión predominante, una personalidad distinta de la de los entes de que forman parte⁵⁰.

3. LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS. NATURALEZA DE SUS RELACIONES CON EL ENTE PÚBLICO. — La definición de la naturaleza de las relaciones entre los entes públicos y las personas titulares de sus funciones, ha sido y es aún muy discutida. La doctrina más antigua habló al respecto de una verdadera relación contractual, ya fuera locación de obra o mandato. No obstante, aparte de toda otra consideración, esas figuras, propias del derecho privado, deben sin más excluirse por la naturaleza pública de la relación de que se trata. En la

⁴⁹ Sobre tal "hacienda" cfr. RANELLETTI, *Istituzioni*, ps. 469 y ss.; FLEINER, p. 120 (ed., francesa, p. 80).

⁵⁰ ROSSI, *La mancanza di personalità giuridica delle aziende comunali*, en "Foro ital.", 1931, I, p. 1163.

doctrina moderna, dos son los criterios más profusamente seguidos: el de la representación y el de la relación orgánica⁵¹. El primero se vincula con la doctrina que considera a las personas jurídicas como entes ficticios e irreales. Por esto, parte del concepto que la persona jurídica tiene solamente capacidad para ser titular de derecho y deberes, careciendo en cambio de la capacidad de hecho, de donde surge la necesidad de actuar por medio de otros sujetos⁵². Sin embargo, no es lógicamente correcto atribuir al Estado —en general, a las personas jurídicas— esa incapacidad. Cualquier incapacidad presupone la comparación del sujeto incapaz con otros plenamente capaces. Si todas las personas jurídicas se encuentran en la misma condición bajo este aspecto, no puede decirse que ellas sean incapaces, sino solamente que ejercen su capacidad en forma distinta a las personas físicas. Además, la representación presupone siempre dos sujetos separados y distintos: el representado y el representante, mientras que el Estado y su órgano aparecen como una voluntad única y un sujeto único. El representante tiene siempre por tarea relacionar al representado con otros sujetos, mientras que el órgano puede poner al Estado en relación externa con otros, pero también puede agitar su actividad en la esfera jurídica del Estado mismo. Si el representante excede los límites de su facultad

⁵¹ La doctrina de la representación fué principalmente sostenida por WINDSCHEID, *Pandette*, 49 y 57; GIORCI, *Personae giur.*, vol. I, ps. 220 y ss. SCHLOSSMANN, *Organ und Stellvertreter* en "Ihering Jahrbücher", 1902, y ha sido vivamente defendida por ARANCIO-RUIZ, *Intorno alla rappresentanza di diritto pubblico*, Napoli, 1906; MICELI, *La teoria degli organi*, cit.; FERRARA, *Teoria*, p. 624 y últimamente por WOLFF, *Theorie der Vertretung*, cit. ps. 280 y ss. La opinión contraria remonta a GIERKE, *Genossenschaftstheorie*, p. 603, y es propia de la doctrina publicística italiana: RANELLETTI, *Principi*, p. 185; así como en el artículo *Gli organi dello Stato*, en "Riv. di dir. pubbl.", 1909; ROMANO, *Dir. cost. gen.*, ps. 154 y ss.; *Dir. amm.*, p. 110 y ya en la obra *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, Palermo, 1898. Para más amplias referencias, cfr. COMBA, *Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi*, Torino, 1931.

⁵² Resulta notable que la denominada incapacidad de actuar se sostenga aún por autores que no admiten la doctrina de la representación; p. ej. MIELE, *Principi*, p. 95.

de representación, cumple actos de los que responde personalmente, mientras que el órgano, si supera los límites de su competencia, cumple actos que son igualmente propios del ente, aunque estén más o menos gravemente viciados.

La segunda opinión, rechazando por estas razones toda idea de representación como en general la noción del dualismo entre el Estado y sus órganos, la sustituye por una relación de identificación orgánica. Los órganos no son sino el Estado mismo en cuanto actúa para la consecución de sus fines. El órgano y el Estado no son dos personalidades distintas, sino un sujeto único. Los actos cumplidos por el primero no solamente están indirectamente referidos al segundo, sino que son inmediatamente actos del último. Esto no significa que los individuos adscriptos en calidad de órganos carezcan de personalidad, pero no se la considera en su actividad de oficio, que sólo es actividad del ente. Esto aparece con particular evidencia en la actividad que el Estado despliega en el campo internacional. Allí las personas físicas no tienen calidad de sujetos y sin embargo hacen actuar y manifestar voluntad al Estado.

Esta última doctrina, que en los más recientes autores adopta formulaciones diversas, parece la más acorde con la realidad sustancial de las personas jurídicas públicas. Puede resultar más clara teniendo en cuenta que los órganos aparecen como partes y aspectos del Estado, entendido no como su organización general, cuyos componentes son todos los ciudadanos, sino como aquella organización particular que tiene la tarea específica de ejercer las potestades del Estado, como más arriba se ha dicho.

Así entendida la relación, debemos considerar el acto que le da origen, como una admisión o asunción. Las diversas personas físicas son absorbidas en la organización de los oficios estatales o, en general, de la persona jurídica pública. Tal acto tiene, en efecto, mucha analogía con aquel por el cual se admite a un sujeto para formar parte de una asociación, de una comuna, del Estado mismo. En estos ejemplos el sujeto

resulta asumido en calidad de miembro del ordenamiento, o sea de la organización general del ente. En el otro, en calidad de miembro de su específica organización. Acerca de las formas que en concreto puede revestir el acto de asunción, su naturaleza jurídica, así como respecto de los deberes y derechos que forman el contenido de la relación que instituye, trataremos en otras partes de la exposición⁵³.

4. CLASIFICACIÓN DE LOS ÓRGANOS: POR SU POSICIÓN Y ESTRUCTURA. — Los órganos y especialmente los del Estado, pueden clasificarse y distinguirse según diferentes criterios:

a) Atendiendo a su posición y estructura, tiénense las siguientes distinciones:

1) Llámense órganos *constitucionales* a los que presentan una importancia fundamental en el ordenamiento de que forman parte, ocupando por esto una posición preeminente en el mismo: Están colocados por encima de todos los demás, no son responsables hacia ningún otro órgano y si suman número plural, se hallan en posición de igualdad y limitación recíproca. En el Estado absoluto, la corona es el único órgano constitucional. El Estado moderno se caracteriza por una pluralidad de órganos constitucionales: el Jefe de Estado, las cámaras y el gobierno. Todos los demás órganos, distintos de éstos y subordinados de cualquier manera a ellos son órganos *no constitucionales*. Los órganos administrativos, en su gran mayoría, son órganos de la segunda categoría, estando investidos principalmente de la función legislativa los órganos constitucionales. Con todo, el Jefe de Estado y el gobierno ejercen también funciones administrativas y de las más elevadas. Además, los miembros del gobierno están cada uno adjuntos a un ministerio, es decir, a una rama de la administración pública.

2) Según el número de personas adscriptas al oficio, los órganos se distinguen en *individuales* y *colegiados*. Los

⁵³ Más adelante en el presente volumen, cap. VI, § 3, n° 5-7; vol. III, caps. II y III.

primeros están constituídos por una sola persona; los segundos por una pluralidad de personas que concurren simultáneamente y en situación de igualdad al ejercicio de la misma función. Los colegios expresan su voluntad o sus opiniones en actos que se llaman deliberaciones. En ellas, la voluntad o las opiniones de los individuos que los componen se unifican mediante principios jurídicos especiales que, por lo general, consisten en atribuir valor de voluntad del colegio a la voluntad de la mayoría calificada o unanimidad de votos⁵⁴.

3) Sean individuales o colegiados, los órganos siempre son unidades simples e indivisibles. Empero, para ciertos efectos, a veces se reúnen constituyendo unidades más comprensivas, llamadas órganos *complejos*. Tales son los ministerios, formados por los cargos de ministro y subsecretario, las direcciones generales, las divisiones, los diferentes consejos, etc. Asimismo las prefecturas, formadas también ellas por un conjunto de órganos individuales y colegiados, cuyo jefe es el prefecto y tales son la mayor parte de los organismos administrativos, que raramente se encuentran aislados. Los órganos complejos tienen siempre un ordenamiento interno propio, en cuya virtud el respectivo jefe del oficio dirige y gobierna todos los demás que lo componen.

4) Entre los órganos colegiados figuran los llamados *representativos*, en virtud de hallarse integrados por personas elegidas por la colectividad íntegra que constituye la corporación administrativa de que se trata o una parte de ella. Tales son, consiguientemente, los órganos electivos así como los nombrados por designación de colectividades políticas y económicas. El colegio representa la colectividad de cuyo seno se eligen o designan sus componentes, en cuanto reproduce las tendencias políticas, necesidades y aspiraciones de esa misma colectividad⁵⁵.

⁵⁴ Cfr. VITTA, *Gli atti collegiali*, Roma, 1920.

⁵⁵ El contenido de la relación entre el cuerpo electoral y el órgano por él elegido ha sido estudiado especialmente en el campo constitucional: v., p. ej., ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, publicado

5. POR SUS ATRIBUCIONES. — b) Son diversas las distinciones de los órganos que pueden hacerse atendiendo a sus atribuciones:

1) Órganos *externos* son los que tienen el deber de formar o manifestar la voluntad del ente público o, en general, de colocarlo en relaciones jurídicas con otros sujetos. Órganos *internos* son, en cambio, los que agotan su actividad en la esfera jurídica del ente, sin relevancia fuera de ella. Los órganos internos forman casi siempre parte de órganos complejos. Éstos, generalmente, tienen un solo órgano externo que es jefe de toda la institución (p. ej.: el ministro con respecto al ministerio), pero aunque tengan más de uno, siempre poseen un número mucho mayor de oficios puramente internos, que instruyen, preparan, forman materialmente los actos que emanan de los órganos externos, pero no participan jurídicamente de esa actividad.

2) Entre los órganos externos, se llaman *primarios* a los que por ley tienen competencia propia. Son, en cambio, *secundarios* los que no tienen otra competencia que la de ejercer total o parcialmente las funciones de otros órganos, en caso de impedimento de éstos. Son órganos secundarios el subsecretario de Estado con respecto al ministro, el vice-prefecto con respecto al prefecto. En algunos casos, el órgano secundario se instituye en oportunidad de ausencia o impedimento del órgano primario y tiene, por consiguiente, carácter extraordinario. Tales son, en el área constitucional, el regente y el lugarteniente, con respecto a la corona. En el campo administrativo, los comisarios gubernativos encargados de la regencia temporaria de provincias, comunas y cualquier otra administración autárquica. Figura distinta, más parcialmente análoga, tiénese en la sustitución de órganos inferiores por obra

en francés en la "Revue de droit publ.", III, 1895, y reproducido en *Scritti vari*, Milano, 1940, p. 417; ROMANO, *Dir. cost. gen.*, 2ª ed. cit., ps. 160 y ss.; LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, Leipzig, 1929; ORICONE, *Note critiche sul concetto di rappresentanza politica*, Roma, 1936.

de autoridades superiores y también en los distintos tipos de suplencia⁵⁶.

3) Es importantísima la distinción basada en la naturaleza de las atribuciones, entre órganos *activos*, *consultivos* y *de contralor*. Los primeros son los que forman o contribuyen a formar la voluntad del ente o bien están encargados de manifestar esa voluntad o de ejecutarla. Son consultivos, en cambio, los órganos que no ejercen funciones de voluntad, sino solamente de apreciación técnica. Están situados al lado de los órganos activos para ilustrarlos con sus opiniones y consejos. Los órganos activos, por lo general, son individuales. Los consultivos, suelen ser colegiados, realizándose así el principio: "aconsejar es de muchos; deliberar, de uno solo". El Consejo de Estado es el máximo órgano consultivo de la Administración. En cada ministerio se han instituido otros consejos con funciones consultivas, especialmente de orden técnico. Entre los entes menores, las comunas pueden instituir comisiones consultivas para opinar en materia de abastecimientos, cuestiones edilicias, artísticas, etc. Finalmente, los órganos de contralor tienen una función que sigue a la expedición del acto y generalmente precede a su ejecución. Tal función tiene la finalidad de asegurar la regularidad del acto, tanto respecto de su legitimidad como también, a veces, respecto del mérito. El más importante órgano de contralor de legitimidad en Italia es el Tribunal de Cuentas. No faltan ejemplos de órganos investidos de funciones activas y de contralor (p. ej.: los prefectos). O bien, de funciones de contralor y en parte consultivas (p. ej.: las juntas provinciales administrativas). En estos casos, el órgano se clasifica según la función predominante.

4) En orden a la extensión territorial a que se refieren los efectos de la actividad de los diferentes órganos, éstos se distinguen en *centrales* y *locales*. Autoridades centrales son aquellas cuya competencia se extiende a todo el territorio del Estado. Por lo general, residen en la capital. Órganos locales

⁵⁶ Todas estas figuras son ampliamente examinadas por CARUSO-INGHILLERI, *La funzione amministrativa indiretta*, Milano, 1909.

son los que tienen competencia limitada a una circunscripción determinada del territorio. Esta distinción puede aplicarse también a los institutos públicos. Entre éstos, empero, hay muchos (escuelas, bibliotecas y similares) que, aun encontrándose esparcidos en el territorio de todo el Estado, no tienen carácter local, porque su competencia no está circunscripta territorialmente. Por otra parte, tampoco pueden llamarse centrales, por lo cual deben considerarse fuera de la distinción que tratamos.

6. LA PLURALIDAD DE LOS ÓRGANOS Y EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA. — De cuanto precede resulta que cada persona jurídica pública y sobre todo el Estado, dispone de una pluralidad de órganos. De aquí la necesidad de examinar cómo se distribuye entre esos órganos la actividad del ente público. En el antiguo derecho, esa distribución se hacía sólo con fines de oportunidad y buena administración, mediante órdenes administrativas del soberano. En la actualidad, a esos fines que todavía se mantienen y aun deben atenderse en mayor medida, se añade el fin de garantizar los intereses de los particulares. Por ende, las normas de distribución de las funciones entre los diversos órganos tienen carácter jurídico y obligatorio, determinando la *competencia* de los órganos administrativos con análogos efectos a los que el derecho de toda época reconociera a la competencia de los órganos judiciales. La competencia indica así “el conjunto de la potestad, o sea de las funciones que cada órgano está autorizado a ejercer”. Tiene un valor jurídico muy próximo al de la capacidad. Así como un ente con fines determinados no puede ejercer actividades que no entren en esos fines, de igual manera un órgano no puede ejercer sino la actividad que entra en aquella parte de los fines del ente que ha sido atribuida a su competencia. El acto por el cual una autoridad excede estos límites, invadiendo la competencia de otro órgano, dicese viciado de *incompetencia*. La incompetencia se califica de *relativa* o *absoluta* según que la autoridad cuya competencia se invada sea también una autoridad administrativa o bien pertenezca al poder legis-

lativo o al judicial. La incompetencia absoluta se conoce también con el nombre de *exceso de poder*.

Dado el carácter institucional de la competencia administrativa, ésta no es derogable por la autonomía privada o pública; vale decir, que no sólo los particulares no pueden dirigirse a una autoridad distinta de la que por ley es competente para producir el acto que necesitan, sino que tampoco las autoridades pueden delegarse unas a otras sus respectivas competencias, ni aun las autoridades superiores avocarse la competencia de las inferiores. En algunos casos, la delegación o avocación son admitidas expresamente por disposiciones de la ley. El carácter excepcional de estas normas permisivas excluye que la delegación y la avocación sean legítimas por vía común, en todos los casos⁵⁷.

Todo esto vale exclusivamente para los órganos externos. En cuanto a los demás, no pudiendo realizar actos de voluntad con relevancia externa, carece de aplicación a su respecto el término competencia. En las oficinas internas, las atribuciones están distribuidas por simples normas administrativas, en parte contenidas en los reglamentos orgánicos, en parte en las resoluciones de los jefes de oficina, mas en todos los casos están privadas de eficacia obligatoria en las relaciones entre el ente y los demás sujetos. En casos particulares, el jefe de la oficina puede modificar el orden de las tareas atribuidas a los distintos oficios auxiliares sin que esto tenga efectos jurídicos en las resoluciones que se dicten para lo sucesivo.

Se suele distinguir la competencia en competencia por materia, por grado y por territorio.

a) La competencia por materia refiérese tanto a las autoridades centrales como a las locales. En la administración central es el efecto de la división de los fines del Estado entre

⁵⁷ En lo que atañe a la competencia de los órganos de entes locales, esto se declara expresamente por el art. 4 del T. O. 3 marzo 1934: “Salvo los casos de delegación o sustitución admitidos por la ley, los actos cumplidos en nombre de la administración comunal, provincial o consorcial por órganos incompetentes, no producen efectos jurídicos respecto del ente”. Sin embargo, evidentemente la disposición corresponde a un principio general.

diversos ministerios, cada uno de los cuales es competente para un fin o grupos de fines determinados. En la administración local, sirve para distinguir las autoridades que dependen de los distintos ministerios y que completan la acción de éstos, en la consecución de los mismos fines. Existen ciertos órganos que tienen competencia genérica, en cuanto se extiende a todas las ramas de la administración, pero que sin embargo se distinguen de la competencia de los demás órganos por la naturaleza jurídica de las funciones respectivas. Así el Consejo de Estado, que tiene funciones consultivas en todas las ramas de la administración, el Tribunal de Cuentas, que goza de contralor sobre todos los ministerios, etc. En estos casos, antes que de competencia por materia, debe hablarse de competencia funcional.

b) Respecto de cada materia y en cada rama de la administración, la competencia, por lo general, está distribuida en órganos de diferentes grados. A los órganos superiores están reservadas las funciones de mayor importancia, a los órganos inferiores están confiadas las demás. Es necesario tener presente que los órganos superiores son siempre autoridades centrales. Las inferiores, casi siempre son autoridades locales. Como, por lo general, los actos de las autoridades inferiores pueden impugnarse mediante recurso a las autoridades superiores, sucede que en las materias confiadas a las autoridades locales existen dos grados de conocimiento: el de la autoridad competente y el de la autoridad superior. En cambio, para las materias atribuidas a las autoridades superiores, la competencia comprende un solo grado.

c) Mientras la competencia de los grados superiores se extiende a todo el territorio del Estado, la competencia de grado inferior está limitada a una parte de él. De aquí el concepto de competencia territorial, análoga a la propia de los órganos judiciales y, como ésta, limitada sólo a las autoridades inferiores. A diferencia de lo que acontece en el terreno judicial, donde la competencia territorial generalmente es de-

rogable, en nuestro campo, tal competencia es taxativa e inderogable, como la competencia por materia o grado.

7. EL ORDENAMIENTO JERÁRQUICO DE LOS ÓRGANOS Y EL CONTENIDO DE LA RELACIÓN DE JERARQUÍA. — Hemos visto que la pluralidad de órganos que presentan los entes públicos y señaladamente el Estado, se justifica no sólo por la pluralidad de fines sino también por la necesidad de que varios órganos, varias autoridades, centrales y locales, provean a cada fin. La acción de las autoridades que forman parte de una misma rama de la administración pública, tiene necesidad de ser coordinada y dirigida para ejecución del fin único, según criterios unitarios. Esta coordinación y unificación se realiza mediante un ordenamiento especial, que toma el nombre de *jerarquía* y que tiene por principio esencial la subordinación de los órganos inferiores a los superiores⁶⁸. Dicho ordenamiento comprende sólo los órganos externos, dependientes de un mismo ministerio. Por ende, tiene como jefe supremo al ministro y como grandes subordinados a las autoridades provinciales y locales que dependen de él. Las oficinas meramente internas, instituidas junto al ministro como auxiliares y las oficinas constituidas con igual carácter junto a las autoridades subordinadas, no forman parte de la jerarquía así entendida, en cuanto no despliegan una acción administrativa propia y no poseen competencia propia. Constituyen instituciones menores (los órganos complejos de que hemos hablado) en las que están ordenadas según un principio análogo, de subordinación rigurosa de todas las oficinas auxiliares al jefe de oficina. También respecto de éstas, se habla de ordenamiento jerárquico. Sin embargo, se trata de una jerarquía puramente in-

⁶⁸ Cfr. ROMANO, *Corso di dir. amm.*, ps. 121-125; RANELLETTI, *Istituzioni*, ps. 449-461; CAMMEO, *Commentario*, ps. 463-480; HAURIUO, *Précis*, ps. 77-84; O. MAYER, vol. II, ps. 181-193; MERKL, ps. 326 y ss.; W. JELLINEK, ps. 371 y ss.; DE VALLES, *Il concetto giuridico di gerarchia*, en "Riv. degli enti locali", XII, 1926; id., *Teoria giuridica*, cit., ps. 271-352; AMORTE, *La nozione di gerarchia*, Milano, 1935. Cfr. también la reciente monografía de MENDEZ, *La jerarquía*, Montevideo 1950.

terna, distinta de la que nos ocupa, y a la que no regulan principios jurídicos.

El ordenamiento jurídico es exclusivamente propio de las administraciones públicas. Los órganos legislativos, dado su número restringido y su paridad fundamental, no consienten la aplicación del principio. Los órganos judiciales, que también están ordenados por grados, no presentan entre sí los poderes de dirección y dependencia propios de la relación jerárquica. En el ordenamiento administrativo, el principio es de aplicación general. Erróneamente se consideran excluidos de la jerarquía los órganos colegiados. Los colegios no pueden escapar a la acción directriz de los órganos superiores. Sólo que tal acción es prácticamente ejercida en ellos mediante los respectivos jefes o presidentes. Los miembros que los componen no están sometidos a los poderes jerárquicos, porque forman parte de la unidad más restringida, constituida por el mismo colegio, el que ejercita sobre ellos los poderes internos que toda institución ejerce sobre sus propios miembros. Con todo, los poderes de jerarquía en los colegios son menos decisivos que los referentes a los órganos individuales, debido a la naturaleza de las funciones de los primeros, casi siempre de carácter consultivo. Aunque a veces pueden ser excluidos de la posición de especial independencia en que se coloca al colegio (p. ej.: el Tribunal de Cuentas).

Toda jerarquía termina en el vértice con el oficio de Ministro. Todas las jerarquías se unifican luego en el Gobierno, que es el órgano superior del poder ejecutivo, formado por el Jefe de Estado, el Presidente del Consejo y los ministros. La relación que intermedia entre estos órganos, aunque comprende una responsabilidad de los ministros hacia el Jefe de Estado y hacia el Presidente del Consejo, no tiene carácter jerárquico⁵⁹.

⁵⁹ DE VALLES, *Teoria giuridica*, p. 298; AMORTH, *op. cit.*, p. 77. Acerca de la naturaleza, harto discutida, de la relación que se trata: LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra il Capo del governo e i ministri*, Roma, 1942.

La relación de supremacía jerárquica tiene por contenido una serie de poderes de la autoridad superior sobre los órganos dependientes. El más importante y fundamental entre esos poderes es el poder de dirigir y regular la actividad de los inferiores mediante normas generales y órdenes particulares. Las primeras, llamadas normas de servicio, circulares e instrucciones, pese a su generalidad nunca tienen valor de normas jurídicas en el estricto sentido de la palabra, en cuanto entran en las normas internas de las que hemos hablado en otra parte⁶⁰ - 2099

El poder de los superiores de mandar, sea por dichos actos, sea mediante órdenes particulares, implica el deber de los órganos dependientes de obedecer a tales órdenes. Muy discutido es el problema de los límites que tiene esta obligación de obediencia, no pudiéndose admitir que el inferior deba obedecer cualquier orden, aunque sea ilegal y eventualmente delictuosa. De este problema hablaremos de manera integral en la parte dedicada a la organización administrativa⁶¹. En la misma parte examinaremos también los demás poderes comprendidos en la relación de supremacía jerárquica, que por ahora nos limitamos a enumerar:

a) el poder de resolver los conflictos de competencia, positivos o negativos, que pueden suscitarse entre dos o más autoridades dependientes;

b) el poder de decidir los recursos administrativos presentados contra los actos de las autoridades inferiores, y de anular sus providencias, en caso de hacer lugar a la impugnación⁶²;

c) la facultad de delegación y de avocación, en los casos excepcionales en que tales facultades se consienten expresamente;

⁶⁰ Cfr. Cap. II, § 2, n° 5.

⁶¹ Vol. III, 4ª ed., 1949, p. 236 y ss.

⁶² Por razones que en otro lugar daremos, el superior como tal no tiene el poder de anular o revocar de oficio, esto es, independientemente de recurso, dichas providencias de los órganos inferiores; los casos en que se confiere ese poder deben considerarse excepcionales.

d) el poder de sustitución de la acción del inferior, cuando éste, teniendo obligación de actuar, no lo haya hecho.

8. LOS LLAMADOS ÓRGANOS INDIRECTOS Y EL EJERCICIO PRIVADO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA; EJERCICIO PRIVADO Y AUTARQUÍA. — Aparte de la forma directa, es decir, mediante la acción de sus órganos, el Estado y los entes públicos menores pueden obtener sus fines también indirectamente, valiéndose de la obra de personas que, aun estando fuera de su organización, procuran de diferentes maneras la satisfacción de los intereses públicos. Estas personas conservan la posición de los particulares. Su actividad no es referible al ente público, sino que es su propia actividad, desplegada en nombre propio y, las más de las veces, también en interés propio⁶⁸. Es actividad pública únicamente por sus efectos: porque satisface a fines e intereses públicos. Habitualmente, esa actividad corresponde al concepto de servicio público. Por ej.: la gestión de un ferrocarril o una red telefónica. A veces, empero, también corresponde a la función pública, p. ej.: certificación pública, ejercicio de poderes de policía, comprobación de contravenciones, etc. A diferencia de los órganos, los particulares que ejercen funciones o servicios públicos pueden ser, a más de personas físicas, también entes colectivos, por ejemplo, sociedades comerciales.

Las aplicaciones del instituto del ejercicio privado de la función pública son numerosas. La más importante es la que tiene por fundamento una concesión administrativa o sea, el acto de un ente público, dirigido a investir al particular del ejercicio de un servicio público, como el de recaudación de tributos, la gestión de líneas ferroviarias, redes telefónicas, etc. El concesionario es un especulador privado que emplea sus capitales en una empresa de interés público. Otras veces, se trata

⁶⁸ G. JELLINEK, *System*, p. 245 (trad. ital., p. 270); ROMANO, *Principi di dir. amm.*, p. 189; *id.*, *Corso*, p. 100; FORTI, *Dir. amm.*, vol. I, p. 251; *Ex profeso*: ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, Milano, 1920, ya citado.

de una profesión liberal que tiene por objeto, como la de escribano o procurador, el ejercicio de actividades públicas. O bien de una profesión que aunque tenga por objeto actividades privadas, brinda oportunidad en su ejercicio para el desarrollo de funciones públicas. Así la profesión del médico, en lo que respecta a la expedición de certificados, la profesión de comandante de buques mercantes para la policía de a bordo y la realización de actos de estado civil, etc. Veremos otros ejemplos en la parte especial de la obra⁶⁴. Evidentemente, los particulares que ejercitan esas actividades en nombre propio no son órganos del Estado. Sin embargo, como también por su intermedio el Estado alcanza algunos de sus fines, se los considera como "órganos indirectos" del mismo Estado, utilizando la expresión en sentido amplio e impropio.

Como hemos dicho, los particulares que ejercen funciones y servicios públicos, actúan siempre en nombre propio, pero nunca en nombre del Estado o, en general, en nombre de los entes públicos titulares de las respectivas potestades. Esta circunstancia es suficiente para distinguir la actividad pública ejercida por los particulares como tales de la actividad desplegada por los mismos como titulares de oficios públicos, o sea, de los órganos directos. Menor claridad ofrece la distinción entre la actividad pública de los particulares y la desarrollada por los entes públicos, o sea la distinción entre el instituto del ejercicio privado y el instituto de la autarquía. La cuestión asume decisiva importancia cuando en lugar de las personas físicas, son titulares del primero las sociedades comerciales y demás personas jurídicas privadas. En esos casos tenemos entes privados que, al igual que los entes públicos, cuidando intereses propios, persiguen también intereses propios del Estado. Sin embargo, la diferencia entre ambas situaciones es cierta y bien delineada.

En el ente público, el fin propio porque actúa es el mismo que hace calificar como pública su actividad, es decir, que coincide completamente con el fin del Estado. En el sujeto

⁶⁴ Vol. III, ps. 301 y ss.

privado, el fin que éste se propone en el ejercicio de la función pública es distinto del fin estatal a que provee esta función, porque es un fin privado, generalmente un fin de lucro. Puede más bien decirse que el servicio público o la función pública sirven de medios al particular para la consecución de su fin personal. A veces ambos fines, el público y el privado, pueden ser contrarios: el particular, para realizar una mayor ganancia, puede descuidar los intereses generales. Esta contradicción no puede verificarse en los entes públicos, porque el fin del ente es el fin mismo del Estado. Aquí tenemos coincidencia de ambos fines en uno solo. Allá tenemos sólo incidencia y a veces, divergencia, entre ambos fines. Esto explica también por qué el sujeto, pese a ejercer actividad pública, continúa como sujeto de derecho privado. Su fin es de carácter privado; el fin público se adiciona como medio para conseguirlo ⁶⁶.

§ 3. LOS SUJETOS DE DERECHO PRIVADO

I. LA PERSONALIDAD DE LOS PARTICULARES EN EL CAMPO DEL DERECHO PÚBLICO. — En el derecho administrativo, no sólo son sujetos de derecho las administraciones públicas, o sea las personas jurídicas públicas, sino también, como dijéramos, los individuos, es decir, las personas físicas, las personas jurídicas privadas. Unos y otras pueden designarse, en vocablo común, como “particulares” o “sujetos de derecho privado”. Estas denominaciones resultan de la observación de que tales sujetos desarrollan preponderantemente su personalidad en el campo del derecho privado. Sin embargo, esta personalidad tiene también importantes manifestaciones en el derecho público, en cuanto los particulares entran frecuentemente en relaciones jurídicas con los entes públicos como tales y, por ende, en relaciones reguladas por el derecho público. Bajo este aspecto, también se les denomina “sujetos pasivos

⁶⁶ Insistimos sobre esto, porque no faltan autores que consideran los entes que nos ocupan como personas jurídicas públicas: v. p. 100.

de la potestad administrativa” ⁶⁶. No hay duda que ellos, en las relaciones con la administración pública, no pueden sino estar sometidos a sus poderes y ser destinatarios de los beneficios de sus servicios. Con todo, esto no significa que los particulares sólo puedan asumir en esas relaciones la posición de sujetos pasivos, o sea, de titulares de deberes y restricciones. Como veremos, su situación también comprende a una serie de relaciones en las que asumen el papel de sujetos activos, es decir, de titulares de pretensiones y derechos subjetivos. Para evitar dudas, preferimos la denominación de “sujetos de derecho privado”, aunque advertimos que nos ocuparemos de ellos sólo en cuanto actúan en el campo del derecho público.

Nuestro estudio se dirige particularmente al examen de la condición jurídica de las personas físicas. A esto seguirá una breve noticia sobre las personas jurídicas privadas ⁶⁷.

2. LA PERSONA FÍSICA. EXISTENCIA Y SIGNOS DISTINTIVOS. — Las personas físicas son sujetos de derecho como consecuencia de su sola existencia. La personalidad surge con el nacimiento y se extingue con la muerte. En el derecho moderno no desaparece por enfermedad mental, condena penal u otra causa distinta del fallecimiento (Cód. Civ., art. 1). Dichas causas pueden disminuir la capacidad de cumplir los actos que aumentan o disminuyen la esfera jurídica de la persona, es decir, la capacidad de actuar y de querer en el campo del derecho, pero no influyen en la personalidad en sí misma, esto es, en la capacidad para ser sujeto de derecho, titular de relaciones jurídicas.

Las condiciones necesarias para que una persona pueda considerarse como nacida y aquellas por las cuales, en caso

⁶⁶ ROMANO, *Corso di dir. amm.*, ps. 121 y ss.

⁶⁷ Respecto de las personas físicas, además de ROMANO, *op. y loc. cit.* CAMMEO, *Corso*, vol. II, ps. 718-947; FORTI, *Dir. amm.*, vol. I, ps. 172-296; VITTA, vol. I, ps. 199-208; MIELE, *Principi*, ps. 109 y ss; FLEINER, ps. 92-130 (ed. fr. ps. 63-87) W. JELLINEK, ps. 155-189. Los trabajos monográficos, que se refieren únicamente a algunos puntos del tema, se citarán en cada oportunidad.

de duda, puede establecerse el momento de su muerte, están determinadas por las ciencias biológicas. Cuando un efecto jurídico depende de la supervivencia de una persona respecto a otra y no consta cuál de ellas haya muerto antes, se consideran fallecidas simultáneamente (Cód. civ., art. 4). Mediante el servicio de estado civil, que es función propiamente administrativa, la ley establece los medios con los cuales quedan aseguradas las pruebas públicas de los nacimientos y defunciones⁶⁸. A esa función del Estado corresponden deberes especiales de los particulares, respecto a la denuncia de esos sucesos dentro de términos taxativos y con la conminación de penas pecuniarias⁶⁹.

Entre los atributos de la personalidad tiene especial importancia el nombre, que es el medio más general de distinción de cada persona respecto a las demás. Comprende el nombre de familia o apellido y el nombre personal o pronombre. El primero se adquiere con el nacimiento en los hijos legítimos. En los hijos naturales, por la legitimación o el reconocimiento y en los hijos de desconocidos, por la imposición, que debe hacerse por el oficial del servicio del estado civil o por la administración del instituto que haya recogido a la criatura. El nombre personal siempre se impone por el padre, ejerciendo una función pública, o por el oficial del registro⁷⁰. Toda persona tiene derecho a ser designada, en las relaciones de la vida pública y privada, con el nombre que deriva de estos principios y que debe resultar de los registros de estado civil (Cód. civ., arts. 6-8). Si éstos contienen errores, su rectificación se efectúa mediante juicio ante tribunal civil. El nombre no puede cambiarse sino en virtud de autorización guber-

⁶⁸ Cfr. el ordenamiento del estado civil, aprobado por R. D. 6 julio 1939, núm. 1238, que ha sustituido, ampliado y perfeccionado el del 15 noviembre 1865, núm. 2602, y subsiguientes modificaciones. Sobre esta actividad del Estado, cfr. vol. v, p. 184 y ss.

⁶⁹ Ordenamiento del estado civil de 1939, arts. 196 y ss.

⁷⁰ Ordenamiento cit., arts. 71 y ss. El art. 72 prohíbe la imposición de nombres o apellidos inconvenientes u ofensivos al sentimiento nacional o religioso, interdicción ya contenida en la ley 8 marzo 1928, n. 383.

nativa, que se concede sólo por motivos justificados y previo procedimiento especial⁷¹.

3. LA CAPACIDAD. REGLAS GENERALES. — Entre las condiciones de la persona física que pueden tener consecuencias especiales en el campo del derecho administrativo, deben considerarse sobre todo la capacidad, el estado y la residencia.

Aun cuando la capacidad es una, puede hallarse reglamentada por principios distintos con relación a sus efectos y a sus aplicaciones en el campo del derecho privado y en el del derecho público⁷².

a) Un primer punto concierne a la importancia diversa que tiene en los dos campos la distinción entre capacidad para ser sujeto de derechos y deberes y la capacidad del ejercicio o cumplimiento de los mismos, es decir, la capacidad de obrar. En el derecho privado, la capacidad de derecho es general, mientras que en muchos sujetos la capacidad de obrar no existe o está limitada de diversos modos. En cambio, en el derecho público generalmente no existe esta separación, porque siendo las relaciones estrictamente personales, la capacidad de derecho se atribuye sólo a quien puede ejercitarla personalmente. La separación se halla, por excepción, en las relaciones exclusivamente patrimoniales (ej.: la obligación impositiva o el derecho a pensión, referentes a menores o a interdictos).

b) En el derecho público no existen normas generales sobre capacidad, referentes a todas las relaciones jurídicas, como las que promedian en el derecho privado (sobre mayoría de edad, interdicción, etc.). Una serie de normas particulares,

⁷¹ Cod. civ., art. 6 cit.; ordenamiento del estado civil, arts. 153-164.

⁷² Sobre el tema, además de las obras citadas al comienzo del párrafo, v. RANELLETTI, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, en "Riv. ital. per le scienze giur.", 1894; ROMANO, *Dir. cost. gen.* 2^a ed., ps. 103 y ss.; *id.*; *L'età e la capacità delle persone nel diritto pubblico*, en "Riv. di dir. pubbl.", III, 1911 (publicado también en *Scritti minori*, cit., vol. II, p. 177); SCHÖNBORN, *Alterstufen und Geschäftsfähigkeit in öffentlichen Rechte*, en "Archiv. des öff. Rechts.", 1909; SCHULTZENSTEIN, *Die Polizeifähigkeit der natürlichen Personen*, en "Verwaltungsarchiv", 1921.

repartidas en distintas leyes administrativas, disciplinan la materia para cada categoría de relaciones. Consiguientemente, son numerosísimas en el derecho público las formas de incapacidad relativa, o sea, limitadas a ciertas categorías de derechos, las que excepcionalmente se encuentran en el campo del derecho privado.

En razón de este sistema legislativo, resulta posible que en ciertas situaciones, las condiciones de capacidad carezcan de una determinación expresa. En estos casos, hay que recurrir a la analogía, que está dada por las normas relativas a otras situaciones propias del mismo derecho público y, en su defecto, por los principios generales de ese derecho. Sólo puede recurrirse a las normas del derecho privado cuando se trata de relaciones que, por su contenido predominantemente patrimonial, presentan analogía estrecha con las que regla tal derecho. Hay casos en que las leyes de derecho público se remiten a la capacidad de derecho privado, ya en forma general (tener el goce de derechos civiles), ya respecto a instituciones particulares, como la interdicción o inhabilitación. Esto prueba que a veces el derecho público adopta como requisito de capacidad para sus relaciones a la capacidad de derecho privado, pero demuestra, por otra parte, que fuera de esos casos, no puede considerarse a la capacidad civil como fundamento o elemento de la pública. Además, en ciertas relaciones, la capacidad de derecho privado se requiere como presupuesto de la capacidad de derecho público. Así por ej., la capacidad de obligarse, necesaria para obtener ciertas autorizaciones de policía, cuyo uso implica el ejercicio del comercio u otra actividad patrimonial privada.

c) Finalmente, en el derecho público, además de los requisitos personales que constituyen verdaderas condiciones de capacidad, se consideran muchos otros que no se refieren a ésta, sino que son simples condiciones requeridas para entrar en determinadas relaciones con la administración. Tales requisitos de idoneidad física, requeridos para el servicio militar, la sana constitución, requerida para concurrir a los em-

pleos públicos y los mismos títulos de estudios que son necesarios para la admisión a concursos o el ejercicio de ciertas profesiones. En el derecho privado no existen prescripciones semejantes, por el principio de la libertad de contratar. En el derecho público, en cambio, son frecuentes y es importante tenerlo en cuenta, sin confundirlas con las relativas a la capacidad jurídica.

4. CAUSAS QUE MODIFICAN LA CAPACIDAD: LA CIUDADANÍA. — Las causas que influyen, de manera variada, en la capacidad de derecho público, son la ciudadanía, el sexo, la edad, las condiciones mentales, la conducta moral y civil. -

a) La ciudadanía no es condición para el goce de derechos civiles⁷³, pero en cambio, es condición y fundamento de la mayor parte de los derechos públicos. Se comprende la razón de esta diferencia. Mientras los derechos privados están garantizados para la realización de fines meramente individuales, los derechos públicos son reflejo de la organización del Estado, la que comprende sólo a sus componentes y les asigna únicamente aquellos derechos y deberes que son otros tantos medios para conseguir los fines generales. Por esto los extranjeros no sólo están excluidos de los derechos y deberes políticos en sentido estricto (electorado activo y pasivo; servicio militar), sino también de la posibilidad de ocupar los distintos cargos del Estado y de los entes públicos menores, así como también de ser admitidos en todos los empleos públicos⁷⁴, de ejercer cualquier profesión que pueda importar el ejercicio, aunque accidental, de funciones públicas⁷⁵. En cam-

⁷³ La equiparación entre ciudadanos y extranjeros, a los efectos del derecho privado, era incondicionada y completa según el art. 3 del Cód. civ. de 1865; por el nuevo código, se limita a los extranjeros cuyo ordenamiento consagra el tratamiento de reciprocidad (disp. prel., art. 6).

⁷⁴ R. D., 30 diciembre 1923, n. 2960, sobre estado jurídico de los empleados civiles, art. 1, n. 1; T. O. 3 marzo 1934, n. 383, de la ley comunal y provincial, art. 7. Esta regla experimenta diversas excepciones en otros ordenamientos, en cuanto respecta a los cargos de carácter exclusivamente técnico.

⁷⁵ Ley notarial, 16 febrero 1913, n. 89; art. 2, ley forense, 27 noviembre 1933, n. 1578, art. 16; ordenamiento de las profesiones sanitarias, 13 setiem-

bio se conceden, generalmente al menos, tanto a ciudadanos como a extranjeros los derechos de la libertad, que representan el lado negativo de la organización. La más importante limitación para los extranjeros concierne a la libertad de habitar en el territorio del Estado. La ley somete a riguroso control el ingreso y la permanencia de los extranjeros en el Estado y concede facultades a los prefectos para prohibirles la residencia en algunas comunas por razones que interesan a la defensa militar; también faculta al ministro del interior y a los prefectos de provincias fronterizas para decretar su expulsión por razones de orden público y, finalmente, autoriza a todos los prefectos para alejarlos o rechazarlos de la frontera, por las mismas razones, pudiendo designar el itinerario que obligatoriamente han de seguir. Estos principios, contenidos por la ley de seguridad pública⁷⁶ deben ser coordinados con los proclamados por la Constitución e inspirados en razones políticas democráticas: "el extranjero que se halle impedido en su país del efectivo ejercicio de la libertad democrática garantizada por la Constitución italiana, tiene el derecho de asilo en el territorio de la República, según las condiciones establecidas por la ley" (art. 10, 3ª pte.). En cuanto al goce de los servicios públicos, se concede indiferentemente a ciudadanos y extranjeros. Estos últimos, a la par de aquéllos, pueden obtener justicia y ser tutelados en sus personas y bienes, ingresar a institutos de instrucción y lograr los diversos grados académicos, emplear todos los medios de comunicación, transporte, etc. Únicamente se regula por normas especiales la distribución de la asistencia y beneficencia a los extranjeros⁷⁷.

Todo esto en cuanto atañe a los extranjeros en general. En cambio, gozan de condición especial los italianos no pertenecientes a la República, antes denominados "italianos no

bre 1946, n. 233, art. 9 (este último, empero, con importantes excepciones). Con respecto a la enseñanza privada, v. R. D. 4 setiembre 1924, n. 1533, art. 24.

⁷⁶ Ley de seguridad pública, T. O., 18 junio 1931, n. 773, arts. 142 a 152.

⁷⁷ Ley sobre beneficencia, 17 julio 1890, art. 77; R. D. 5 febrero 1891, n. 99, arts. 112 a 116.

regnícolas", o sea, los italianos que carecen de ciudadanía porque habitan en provincias italianas sometidas a la soberanía de otros Estados. Estas personas pueden ser nombradas en todos los empleos públicos, no se hallan sujetas a las limitaciones policiales referentes a los extranjeros ni pueden ser expulsadas del Estado⁷⁸. En cuanto a los apatridas esto es, aquellos que están privados de toda ciudadanía, se consideran como extranjeros para todo efecto, salvo en cuanto a la obligación de servicio militar, para la cual se los equipara a los ciudadanos⁷⁹.

5. EL SEXO. — b) La segunda causa de orden general es el sexo. En una época, la incapacidad de las mujeres era regla en el campo del derecho público. Con todo, esta regla debía entenderse con efectos limitados al área de los derechos políticos y al ejercicio de las funciones públicas, porque respecto de las libertades y el uso de los servicios e institutos públicos, ninguna restricción se vinculaba al sexo femenino. La ley del 17 julio 1919 ha reglado con nuevos criterios la capacidad de la mujer, tanto en el derecho privado como en el público. Para este último, tiene importancia fundamental el art. 7, por el cual "las mujeres son admitidas a igual título que los hombres en el ejercicio de todas las profesiones y para ocupar cualquier empleo público, excluyendo sólo salvo expresa admisión por la ley, los que implican poderes públicos jurisdiccionales o el ejercicio de derechos o de potestades políticas o que atañen a la defensa militar del Estado, según especificación que se hará por reglamento especial". De tal manera, la regla se invierte completamente. Las mujeres están admitidas a todas las profesiones y a todos los empleos; las incapacidades para algunos de ellos deben considerarse taxativas y excepcionales. Según el reglamento dictado para ejecución del citado art. 7, la incapacidad se refiere a ciertas profesiones,

⁷⁸ Así en todas las disposiciones citadas en las notas precedentes, confirmada por el art. 51 de la Constitución.

⁷⁹ Ley sobre ciudadanía, 13 junio 1912, n. 555, art. 14.

como la de capitán o patrón de buques mercantes y, entre los empleos públicos, a los que llevan aneja la calificación de gran oficial del Estado, los de director general y grados superiores, de prefecto, ministro plenipotenciario de segunda clase y cónsul de primera clase; los del Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas, orden judicial, cuerpos de seguridad pública y demás cuerpos armados, cualquiera sea el grado. A estas excepciones deben añadirse las referentes a la función de secretario municipal (art. 174, último párrafo, de la ley com. y proc.). El D. L. 28 noviembre 1938, n. 1554, que autoriza a las administraciones del Estado a establecer, en los llamados a concurso para empleo, la exclusión de las mujeres o bien los límites numéricos dentro de los cuales pueden aceptarse a las mismas, no ha introducido nuevas excepciones a la capacidad. Dicha disposición sólo ha tenido por finalidad hacer posible que la administración limite a los hombres la elección para el nombramiento en empleos para los cuales esta medida aparece como necesaria u oportuna. Por decreto legislativo del 1º de febrero 1945, n. 23, las mujeres han sido admitidas en el electorado político y administrativo; por consecuencia, pueden ser electas como componentes de los consejos municipales y provinciales y de cualquier otro ente público.

A la legislación mencionada se agrega la declaración contenida en el art. 51 de la Constitución: "todos los ciudadanos de uno y otro sexo pueden ocupar cargos públicos y electivos en igualdad de condiciones, sujetos a los requisitos establecidos por la ley". No obstante lo absoluto de esta equiparación, no creemos que tenga por efecto derogar las limitaciones establecidas por las leyes particulares citadas, por razones de la organización del Estado.

6. LA EDAD. — c) Entre las causas modificadoras, la edad es la que presenta mayor variedad y particularidad de disposiciones. Comenzando también aquí por la capacidad que se requiere para el ejercicio de actividades públicas, debe observarse que, mientras para algunas funciones y profesiones

se prescribe la edad de 21 años (secretario municipal, procurador legal, médico), para otras, se establece una edad superior (24 años para la profesión de escribano, 30 para la dirección de escuelas privadas). Más común todavía es la suficiencia de una edad inferior. Así, para la admisión a empleo público es regla general, aplicable en silencio de la ley, la capacidad de 18 años⁸⁰. Además, para la relación de empleo tienen importancia los llamados límites de edad, o sea, la edad máxima, establecida en forma variable (a los 65, 70 años o más), más allá de la cual el empleado no puede quedar en servicio. Por lo tanto, en el derecho público, además de la edad juvenil, también tiene importancia la senil en la capacidad. En cambio, no tienen relación con ésta los límites máximos (de 30, 32, 35 años) más allá de los cuales no puede iniciarse la relación de empleo. Se trata de condiciones establecidas por intereses diversos de los empleados y de la administración pública.

En el campo de los derechos de libertad y deberes de policía, generalmente la edad carece de importancia. Sin embargo, para obtener ciertas licencias policiales o para ser inscripto entre quienes ejercen determinadas profesiones, a veces se requiere la edad de 18 ó 21 años⁸¹. En cambio, no parecen basarse en concepto de capacidad las normas de la denominada policía de la infancia y de la adolescencia. Normas que prohíben a los menores de 15 ó 18 años determinadas acciones materiales. En caso de trasgresión, las sanciones respectivas no se aplican al menor, salvo raras excepciones, sino a las personas que se sirven de esa actividad o que simplemente la permiten⁸². Esta irrelevancia parece también regla ge-

⁸⁰ Esto dispone para los empleados del Estado, el art. 1, n 2, del citado R. D. 30 diciembre 1923, y respecto de los empleados de los entes locales, el último párrafo del art. 221 del T. O. 3 marzo 1934.

⁸¹ Ley de seguridad pública, arts. 32, 44, 133, 136; R. D. 3 diciembre 1933, n. 1740, sobre circulación vial, art. 83; R. D. 7 noviembre 1920, n. 1191, sobre custodia de calderas a vapor, art. 75.

⁸² Ley de seguridad pública, arts. 75, 76, 78, 99; T. O. 24 diciembre 1934, n. 2316, sobre tutela de la maternidad y la infancia, arts. 23 a 26.

neral respecto de las relaciones de prestación. Todos los servicios públicos, de instrucción, comunicaciones, transporte, pueden requerirse por cualquier persona sin distinción entre mayores o menores de edad.

En muchos casos la voluntad del menor para entrar en determinadas relaciones debe integrarse con el consentimiento del padre o tutor. Esta condición es efecto de una incapacidad parcial en el campo del derecho público, en cuanto el instituto de la patria potestad no se agota en el derecho privado, sino que por el contrario, es institución de carácter público, que se refiere a toda la personalidad del menor o importa en el titular un poder general de educación y dirección en todas las relaciones de la vida pública y privada. Tiene ese fundamento el consentimiento para obtener ciertas licencias policiales, como la de caza, portación de armas, obtención de pasaporte, ejercicio de alguna profesión, como la de conductor de automotores⁸³. Pese a dicho fundamento, no creemos que el consentimiento pueda considerarse necesario en los casos que la ley no señala⁸⁴. Recordamos finalmente la regla ya enunciada según la cual, cuando una persona es declarada capaz de participar en una relación jurídica determinada (p. ej.: la relación de empleo) tal capacidad debe considerarse extendida también al cumplimiento de todos los actos jurídicos que puedan ser necesarios para esta participación. Esto halla confirmación en una norma paralela del derecho privado. El art. 3 del Cód. civ. admitiendo en la relación de trabajo al menor que ha cumplido 18 años, lo declara capaz para estipular los contratos respectivos y ejercitar los derechos y acciones que resulten.

7. OTRAS CAUSAS MODIFICATORIAS. — *d*) Las causas que en el derecho privado suprimen o disminuyen la capacidad de

⁸³ Ley de seguridad pública, art. 44; R. D. 31 enero 1901, n. 36; sobre pasaportes, art. 3; R. D. 17 diciembre 1928, n. 3278, sobre permisos de tránsito por las colonias, art. 4.

⁸⁴ En cambio ROMANO, *Corso di dir. amm.*, p. 132, sostiene que la regla del consentimiento para los actos de los menores tiene carácter general, por lo menos en forma tácita, quedando la posibilidad de una oposición expresa.

las personas, aunque sean mayores, son la interdicción, la inhabilitación por enfermedad mental y el estado de quiebra. Estas mismas condiciones excluyen la capacidad en muchas relaciones del derecho administrativo. Para algunas, se lo dice expresamente, como para la capacidad electoral y la admisión en los cargos de los entes locales. Para otras relaciones, como respecto de ciertos derechos de libertad y de algunas licencias policiales, se lo expresa de manera implícita, mediante la exigencia de la condición del goce de derechos civiles⁸⁵. En lo tocante a enfermedad mental, ésta es causa de incapacidad aunque no haya dado lugar a sentencia judicial de interdicción o inhabilitación. Así, el empleado puede ser licenciado del servicio por incapacidad física o mental.

Las condenas penales tienen grave consecuencia en la capacidad de derecho público. Existe una pena cuyo contenido es la privación de una parte de tal capacidad: la interdicción en la función pública. Puede ser perpetua o temporal e implica, a más de esa incapacidad, la de ejercer funciones tutelares u otra función o servicio público, cualquiera sea el título con que se asuma, y la de adquirir o conservar títulos académicos u honoríficos, percibir sueldos o pensiones del Estado y de cualquier otra administración pública⁸⁶.

Otras condenas tienen por contenido una pena restrictiva de la libertad personal, pero importan, como consecuencia, una serie de incapacidades establecidas por leyes administrativas. Así las condenas por delitos contra la personalidad del Estado, contra la libertad individual, por malversación, cohecho y corrupción, calumnia, asociación ilícita, crédito mentado, así como por delitos contra la fe pública, la incolumidad pública, la moralidad, etc. Estas condenas influyen, en primer lugar, sobre la capacidad electoral y, por ende, en la admisión

⁸⁵ Decreto legislativo 7 enero 1946, n. 1, sobre electorado comunal, art. 11, que se remite en esta parte, a la ley electoral política, T. O. 2 setiembre 1919, n. 1945 (arts. 2 y 106). Ley de seguridad pública, arts. 32, 133, 136.

⁸⁶ Cód. Pen., art. 28.

a los empleos del Estado y de los entes locales, así como respecto al ejercicio de algunas libertades⁸⁷.

Fuera de estas disposiciones, la capacidad también puede ser disminuída por falta de buena conducta moral y civil. Falta que se certifica discrecional e irrevisiblemente por la administración. Priva de la capacidad para presentarse a cualquier empleo público, continuar en la relación respectiva, si ya estaba constituída, y ejercer toda profesión de interés público⁸⁸.

Aparte de estas condiciones fundamentales, es necesario tener en cuenta otras, que poseen efectos más limitados. No se requiere saber leer y escribir para el goce de derechos políticos ni para el ejercicio de derechos patrimoniales⁸⁹, pero en cambio es necesario para la admisión a cualquier empleo público, aun de grado subalterno, así como para obtener cualquier autorización policial⁹⁰.

Como es sabido, en la capacidad no tiene relevancia la confesión religiosa: "todas las confesiones religiosas son igualmente libres ante la ley" (Const. art. 8); "la diferencia de culto no es obstáculo para el goce de derechos civiles y políticos y para la admisión a cargos civiles y militares", art. 4 de la ley del 24 junio 1929, n. 1159, sobre cultos admitidos por el Estado. Ninguna incapacidad, en cambio, puede derivar de motivos de la política o de partidos: "Nadie puede ser privado, por motivos políticos, de la capacidad jurídica de la ciudadanía o del nombre" (Const. art. 22).

⁸⁷ Ley de 7 octubre 1947, n. 1058, sobre el electorado activo, art. 2; R. D., 30 diciembre 1923, sobre estado jurídico, art. 66; ley comunal, art. 8, ns. 4 a 11; ley de seguridad pública, art. 11; R. D. 8 diciembre 1933, art. 84. La condena siempre es causa de exclusión en el ejercicio de las profesiones forenses, sanitarias y demás, según los textos correspondientes precedentemente citados.

⁸⁸ R. D. 30 diciembre 1923, art. 1, n. 3, arts. 6 y 64, letr. f); ley de seguridad pública, art. 11; ley forense, arts. 17 y 42; ordenamiento de profesiones sanitarias, arts. 5 y 20.

⁸⁹ El derecho público admite la suscripción de recibos por medio del signo de la cruz; R. D. 18 noviembre 1923, n. 2440, arts. 56, 66, 67.

⁹⁰ R. D. 30 diciembre 1923, art. 111; T. O., 3 marzo 1934, art. 7; ley de seguridad pública, art. 12.

En cambio, es causa directa de diversas incapacidades la calidad de eclesiástico o de ministro de cualquier culto. Esta última excluye al sujeto de la profesión de escribano, del ejercicio de las funciones de recaudador de impuestos, de los cargos de síndico, asesor, diputado provincial, etc. Existen reglas particulares para los ministros del culto oficial del Estado y, especialmente, para quienes están investidos de jurisdicción o tienen parroquia⁹¹.

8. LOS "STATUS" PERSONALES. — El estado de las personas concierne a la posición jurídica que resulta de su pertenencia a las comunidades necesarias: Estado, comuna, familia⁹². De tales *status* derivan para las personas numerosas potestades, derechos y obligaciones. Del estado de ciudadano, aparte de esa especial capacidad de que habláramos en los números precedentes, se derivan numerosos derechos y obligaciones, a que haremos referencia en las distintas partes del "Curso": el derecho a la protección por el Estado en el interior y exterior; el deber de servicio militar; el deber de fidelidad, etc. También de la pertenencia a una comuna surgen derechos especiales, como el de contribuir a la elección de los órganos respectivos, mediante el ejercicio del voto administrativo; el derecho de ejercer las acciones populares, etc. De la misma calidad resultan también deberes particulares, especialmente de orden tributario. El tema no se presta para ser tratado en general. Por eso debemos remitir a las partes especiales de nuestra exposición. Algunas indicaciones menos fugaces podrían hacerse sobre el estado de familia.

El estado de familia, es decir, la condición de célibe o casado, de jefe de familia, cónyuge, padre o hijo, sustancialmente determinado por el derecho civil, encuentra amplias

⁹¹ Cfr. los arts. 44, 69, 118 de la ley comunal.

⁹² Sobre las distintas definiciones: CICU, *Il concetto di "status"*, en "Studi in onore di V. Simoncelli", Napoli, 1917; MESSINEO, *Manuale*, 7ª ed., cit., vol. 1, p. 80; RASELLI, *Del concetto di "status" e delle sue applicazioni nel diritto processuale*, en "Studi senesi", xxvi-xxviii, 1922-1925; D'ANGELO, *Il concetto giuridico di "status"* en "Riv. ital. per le scienze giur.", Nuova serie, XIII, 1938.

consecuencias en el derecho administrativo. Así, para ciertos efectos tributarios: impuesto de familia, que presupone la convivencia familiar; impuesto complementario, en cuyo monto influye la existencia de una familia y el número de personas que la componen. El mismo estado de familia produce efectos en algunos derechos de los empleados civiles y militares y en el derecho de pensión de los miembros de la familia o del empleado o pensionista fallecido. Resulta notable cómo el concepto de familia, en muchos de los casos que señalamos, sufre modificaciones con respecto al concepto propio del derecho civil. Así, a efecto de las pensiones privilegiadas de guerra, la familia se extiende aun a las relaciones entre padres e hijos naturales⁹³. A efecto de los impuestos, comprende, a más del cónyuge e hijos legítimos del obligado, a toda otra persona ligada por el vínculo de parentesco y que esté a su cargo por ley, o bien se extiende hasta abarcar toda forma de convivencia, aun extraña a relaciones de parentesco (internados, colegios, comunidades y similares)⁹⁴.

9. EL ASIENTO DE LA PERSONA FÍSICA. — La residencia, o sea la morada habitual de la persona, puede determinar su pertenencia a una comuna con preferencia a otra, la dependencia de autoridades determinadas, cuya competencia se establece con referencia a las distintas circunscripciones territoriales. La residencia de cada persona debe ser comprobada por la administración y esa certificación constituye un importante servicio comunal, denominado del "anagrafe" o registro de la población. Por el mismo, los particulares están obligados a denunciar su residencia y casa de habitación, así como los respectivos cambios⁹⁵. Existen además no pocos casos de re-

⁹³ R. D. 12 julio 1923, n. 1491, sobre reordenamiento de pensiones de guerra, arts. 30 a 39.

⁹⁴ R. D. 30 diciembre 1923, n. 3062, sobre impuesto complementario a los réditos, art. 11; T. O. 14 setiembre 1931, n. 1175, sobre finanzas locales, arts. 112 a 114.

⁹⁵ Reglamento sobre teneduría del registro de población, aprobado por R. D. 2 diciembre 1929, n. 2132, art. 15 a 31.

sidencia obligatoria (para militares, empleados civiles, personas sujetas a ciertas medidas policiales) y algunas limitaciones al principio de la libertad de residencia (leyes sobre migraciones internas, sobre limitación del fenómeno del urbanismo) (N. del T. Ya dijimos en otra oportunidad que Z. entiende "urbanismo" como vida en las ciudades)⁹⁶.

Distinto de la residencia es el domicilio, que según el derecho privado, está constituido por el asiento principal de los negocios de una persona. También puede tener consecuencias en las relaciones con la administración pública. Por ej.: a los efectos de ciertos tributos. El derecho público, como el privado, conoce formas de domicilio con efectos limitados a ciertas relaciones. Así, el domicilio político, determinado por la comuna, que puede ser diferente de la residencia y del domicilio civil y en el cual la persona prefiere ejercer el derecho electoral⁹⁷, el domicilio de socorro, por el cual se determinan los entes públicos obligados a asistencia y socorro en caso de indigencia⁹⁸; el domicilio fiscal, que interesa a los contribuyentes para la determinación de la oficina tributaria, a la cual deben hacer las denuncias que les impone la ley y en donde pueden ser afectados por diferentes medidas para la aplicación de impuestos y por penalidades en caso de incumplimiento⁹⁹.

10. LA PERSONA JURÍDICA PRIVADA. — En el campo del derecho público, las personas jurídicas privadas tienen posición análoga a la de las personas físicas. Por lo demás, su capacidad aparece más limitada, sea por el principio de la especialidad de que tendremos oportunidad de ocuparnos (Cap. V, § 1), sea por la imposibilidad en que se encuentran los entes morales para desarrollar determinadas actividades, tanto en

⁹⁶ R. D. 30 diciembre 1923, n. 2960, sobre estado de los empleados civiles, art. 105; Ley de seguridad pública, 18 junio 1931, n. 1092, que prohíbe el cambio de residencia a comunas con poblaciones mayores de 25.000 habitantes, salvo motivos justificados.

⁹⁷ Ley de 7 octubre 1947, n. 1058, sobre electorado activo, art. 10.

⁹⁸ Ley 17 julio 1890, sobre beneficencia, art. 72 a 75.

⁹⁹ D. L. 7 agosto 1936, n. 1639, sobre reforma del ordenamiento tributario.

el cumplimiento de deberes como en el ejercicio de derechos. Así, para señalar algún ejemplo, la participación en las actividades públicas puede asumir solamente la forma del ejercicio privado de funciones públicas. Los deberes públicos se limitan a los deberes negativos de observar las limitaciones policiales y a los deberes positivos de contribuir con medios propios a las cargas públicas.

El origen y extinción de las personas jurídicas privadas, así como todos los elementos relativos a su capacidad y actividad, se regulan actualmente en el Cód. civ. (art. 12-40). El reconocimiento, salvo que ocurra por ley o consista en un simple registro u otro acto de certificación, debe hacerse por decreto del Jefe de Estado, previa opinión del Consejo de Estado. La extinción no puede tener lugar, por lo general, sino mediante acto legislativo, por cuanto también los entes privados tienen un verdadero derecho a la existencia. Cuando la extinción tenga lugar por causa prevista en el acto constitutivo, por haberse alcanzado el fin o sobrevenir la imposibilidad de lograrlo, así como —si se trata de asociaciones— por la desaparición de todos los socios, la providencia tiene carácter declarativo y puede ser hecha por la autoridad gubernativa (art. 25).

Las personas jurídicas privadas están sujetas a contralores especiales de policía, que serán tratados en la parte especial¹⁰⁰. Debe repararse en que tales contralores se extienden también a las asociaciones no reconocidas como personas jurídicas. El principio general respecto a todas las formas de asociación está expresado en el art. 18 de la Constitución: “los ciudadanos tienen el derecho de asociarse libremente, sin autorización, para los fines no prohibidos por las leyes penales”. El mismo artículo prohíbe, además de las asociaciones que tienen fines delictuosos, las sociedades secretas y aquellas que persiguen fines políticos mediante organizaciones militares. El contralor de policía está dirigido principalmente a evitar la formación de asociaciones prohibidas.

¹⁰⁰ Cfr. vol. v.