

CAPÍTULO VII

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO ILÍCITO DE SUS FUNCIONARIOS

Generalidades.

SUMARIO: 236. Referencia á la teoría propuesta sobre la materia.—
236 bis. Su justificación, y por esto nueva mención de la doctrina referente á la responsabilidad de la persona jurídica; á la razón de ser de los entes morales en derecho, y á la noción de la representación de los mismos, según se exprese en función de órgano ó de agente.

236. En el tratado de la culpa contractual se habló con bastante amplitud de la teoría propuesta (1) acerca de la responsabilidad del Estado por los hechos ilícitos de sus funcionarios, y ha resultado de las pesquisas hechas sobre la doctrina que parecería responder mejor á los principios que gobiernan la culpa á la entidad del Estado, y de las relaciones que jurídicamente se desenvuelven entre éste y los empleados que lo representan.

Pero las objeciones hechas á la construcción propuesta, y las dudas manifestadas sobre su corrección, hace necesario que sobre ella se haga ahora una nueva y más amplia justificación, en la cual se entrará, dando, ante todo, mayor relieve á algunos conceptos que ya hubo ocasión de exponer sobre la responsabilidad de la persona jurídica en

(1) V. especialmente las observaciones de Landucci, en el *Archivio giuridico*, XXXIV, 86; de Polacco, en la *Rivista critica*, III, 231; de Bonasi, en la *Rivista italiana per le ricerche giuridiche*, I, 1.

general, y sobre la representación que de ella tienen sus funcionarios; reforzando las observaciones ya hechas respecto á la teoría á la cual se le concede todavía mérito; y dando, por último, otras pruebas directas de la opinión defendida.

236 bis. Á la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas se hace referencia casi como para buscar la razón que la determine en su entidad, si bien después de todo las resoluciones que se han formado sobre la existencia real atribuída á dichas personas, se pueden, sin embargo, justificar reduciendo la naturaleza á un artificio que por motivos de utilidad pública y privada la ley ha querido instituir, pensando como persona que por naturaleza no lo es ni puede serlo. La indagación respecto á la entidad verdadera de estos entes constituídos en sujeto de derecho tiene más bien gravedad en relación al argumento de su responsabilidad penal, de cuya dificultad se ha hecho mención, resolviéndola en sentido negativo, aun por lo que concierne á las simples contravenciones.

Dejando por el momento este punto sobre la posición de los dos conceptos, es necesario volver aún con mucha brevedad, con el fin de poder exponer y justificar la construcción que se hará ahora: que no toda persona jurídica es ente ficticio, y que, sin embargo, la distinción en el modo de explicarse de su representación entre órgano y agente no tiene justa razón de ser en derecho. Y en relación á la primera de estas ideas, poco puede añadirse á lo que otra vez ha habido ocasión de escribir sobre la existencia real, verdadera, de la corporación en confrontación á la fundación y al instituto; no pareciendo dudoso, no obstante la gran controversia y la opinión contraria que se ha sostenido en otras ediciones de este trabajo, que en la corporación, por razón del elemento cuya concurrencia es necesaria para componerla, exista el elemento volitivo con la natural posibilidad de querer, referida á la agrupación de los miembros, los cuales, queriendo por los fines de la cor-

poración que constituyen, determinan una voluntad que ya no pertenece á cada uno, sino á la unión de todos; esto no es voluntad individual, sino voluntad corporativa. Hasta aquí, por lo tanto, la doctrina de la voluntad orgánica del organismo natural de la persona jurídica bien puede acogerse; lo que no puede admitirse respecto á la fundación en la cual falta el elemento descrito, ni ciertamente pueden cambiarse por éste los órganos por medio de los cuales se rige la fundación, aunque la teoría de la organización esto piense (1); y ni siquiera puede decirse de los institutos, aunque sea puesta en mayor relieve la forma corporativa demasiado directa, apareciendo en ellos la acción creadora de la ley por razón de finalidad pública.

Y aun acogiendo en este modo la doctrina de la realidad de la persona jurídica en la parte que parece sea un buen consejo que observar, la cuestión de su responsabilidad por los hechos ilícitos de quien obró por él, no se saca un mejor fundamento: queda siempre la misma duda de saber de qué modo y en qué términos responde la persona jurídica por dichos hechos. Verdad es, podría decirse, que la diferente manera de comprender el organismo de la persona jurídica influye en cambio bastante sobre la resolución de la cuestión propuesta, cuando se piense que de su manera de ser ficticia se derivó la doctrina de la irreponsabilidad de la persona jurídica por las injurias causadas por sus agentes (2), haciendo excepción para la sola culpa contractual; pareciendo aquí que la injuria se conexiona íntimamente con la relación que nace del contrato ó cuasicontrato, para cuya constitución tiene capacidad la persona jurídica, según su manera de ser: restricción, sin embargo, combatida por quien considere que la persona jurídica no quiere, no obra por sí misma, no puede por lo tanto causar injuria en manera alguna, y que si el agente la causa (aparte de

(1) Jellinek, *Syst. d. subjectiv. öffentl. R.*, cit., pag. 63.

(2) Savigny, *Syst.*, cit., § 95.

la duda de responsabilidad directa por medio de la culpa en la elección de quien es verdadero agente), es cuenta suya personal, porque no tenía encargo de injuriar á otros (1).

Y, sin embargo, observando bien se verá que no es á la entidad propia de la persona jurídica á la cual estas dudas se refieren; no se reducen á saber si tal entidad sea verdadera ó ficticia, sino al modo de comprender la representación respecto á la persona jurídica, al contenido de la relación que existe entre él y quien obra en su nombre. Porque suele decirse sobre este punto, que cada uno que obre por la persona jurídica es su representante; que en sus agentes ésta tiene los órganos muy distintos de los agentes ó representantes verdaderos, y aquéllos expresan la voluntad corporativa, esto es, voluntad que se refiere sin más á la persona jurídica; éstos, en cambio, expresan la voluntad propia: obran como individuos, personas que se pertenecen, obrando en esto en nombre de otra persona.

Ahora bien: siguiendo dicha noción, que es, sin embargo, el fundamento de las teorías que en lugar de los órganos ponen los representantes directos de la persona jurídica (2); también, con el fin de coordinar la individualidad de los que componen el grupo con el resultado orgánico colectivo formando el concepto de solidaridad representativa (3), se llegaría á esto: que puesta como norma reguladora de la responsabilidad que esa no existe sin culpa, de la injuria cometida por el órgano, la persona jurídica que tenga existencia real responde como si directamente hubiese causado ella la injuria, porque la voluntad del órgano es su voluntad; de la injuria cometida por el agente, respondería en el modo en que se puede responder por el hecho ajeno, y, por lo tanto, la responsabilidad derivada de culpa en la elección

(1) Löning, *Haft. d. Staat. a. rechtswidrig. Handl. sein. Beamten* (Franck., 1879), pág. 54 y sig.

(2) Michoud, *De la responsab. de l'Etat à raison d. fautes d. ses agents*, en la *Revue du dr. publ.*, III, pág. 408 y sig.

(3) Hauriou, *Précis de dr. administr.* (IV ed.), pág. 124 y sig.

ó en la vigilancia, como se infiere del haberse concedido al responsable el medio de liberarse, demuestran la inexistencia de la culpa (1).

236 3.º Estos son los resultados de integrar en uno los tres conceptos: *a*) de la persona jurídica con existencia real, por razón de su voluntad orgánica; *b*) del principio que no hay, por lo común, responsabilidad sin culpa; *c*) de la distinción entre el acto ilícito del del órgano y el acto ilícito del agente. Y si estos dos últimos conceptos se quisieran además referir á la persona jurídica considerada como entidad ficticia, se pueden también obtener las consecuencias ahora descritas; pero podría haber la duda si de tal referencia no deba resultar la responsabilidad personal de los órganos y la irresponsabilidad de la persona que por ellos obra, porque la voluntad es la suya individual, que está ficticiamente dada á la persona jurídica, que no teniendo no debería responder. Y entonces resulta la inconsecuencia ya notada (2), de que la persona no respondería para nada por los hechos dañosos de los órganos, y respondería por los de los agentes, funcionarios de importancia muy inferior.

236 4.º Lo que es necesario indagar todavía es la resistencia de la distinción que se hace entre órgano y representante: ciertamente la cuestión no tiene para el derecho italiano un gran alcance, desde el momento que la responsabilidad del comitente no consiente la prueba liberatoria de la inexistencia de culpa personal (3); pero también aquí podría dudarse si dicha severa disposición de la ley no deba

(1) Gierke, *D. Genossenschaftsth.* cit., pág. 614 y sig.; Jellinek, ob. cit., pág. 28 y sig.; Crome, *Syst. d. deutsch. bürgert. R.* cit., I, § 57; Rumelin, *D. Grunde d. Schadenszurechnung* (Freib., 1896), pág. 86; Mestre, *L. personnes morales* (Paris, 1899), pág. 211 y sig.; Seleilles, *L. person. juridiques d. le C. civil allem.*, en la *R. du dr. publ.*, XVI, 256 y sig.

(2) Chironi, *Colpa contratt.*, cit., nn. 210 y sig.

(3) Cfr. además Michoud, ob. y l. cit., y Mestre, ob. y l. cit.

referirse á la injuria cometida por los órganos, sino á la causada por los simples agentes.

Ahora bien: dicha separación no parece aceptable, por más que se presente con mucha autoridad, por las consideraciones hechas para justificarla y por el gran valer de quien la ha propuesto y defendido. Y baste observar que, en confrontación con la persona jurídica, el dicho órgano es también, como el agente ó simple empleado, una persona diferente de sí misma; ni se comprende, sin introducir en la doctrina una ficción que repugna al propósito de querer construir la realidad de la persona jurídica, de qué modo la voluntad del órgano sea desde luego la de la persona por la cual obra y la voluntad del agente sea la suya, aunque se refiera al representante.

Pero en ambos casos, ¿no existen siempre dos personas, la que obra y aquella por la cual se obra? En ambos casos, ¿no existe la voluntad del agente referida á otros, según el empleo que tiene y las condiciones en las cuales ha manifestado su voluntad?

Bien se comprende que la noción de los órganos haya sido la consecuencia del modo de concebir la naturaleza real de la persona jurídica; parece que dicha realidad deba faltar cuando se afirma en el ente la posibilidad natural de querer y no tenga al mismo tiempo modo natural alguno de explicar dicha posibilidad, ni se piensa que así se exagera la construcción hecha sobre la idea de la realidad, y se finge que el agente es el órgano de la persona, la persona misma. Ahora bien: esto es artificio, y el órgano es siempre un representante que es órgano solamente, por razón de la importancia que tiene en la explicación de la vida jurídica de la persona. Se comprende, por esto, cómo se haya dicho, deduciendo correctamente del principio, que el órgano es, respecto á la persona jurídica, lo que son los órganos verdaderos respecto á la persona física (1); necesariamente, la

(1) Cons. Regelsberger, *Pandekten* (1893), I, pág. 323.

analogía seguida sobre una ficción debía empujarnos hasta exagerar en la identificación, ficción no tomada, sino más bien agravada, por considerar, en contra del exceso ahora notado, que los órganos son llamados así jurídicamente (1). Pero ¿órgano jurídico no es cualquier representante, órgano por el cual se manifieste jurídicamente la voluntad de otra persona? En cuya objeción se informa la teoría que, en vez de *órgano*, diría representante directo (2), calificación no buena, porque cualquiera que sea quien hizo el nombramiento, cualquiera que sea el oficio que le está encomendado, él, con su acción, expresa siempre directamente la acción de la persona jurídica, y se informa también la doctrina de la solidaridad representativa (3), en la cual no se hace otra cosa que dar nombre nuevo, y no del todo apropiado, al fenómeno general de la representación. Se ha dicho «no del todo apropiado», porque la construcción jurídica de la representación induce en el ejercicio legítimo de ésta la identidad de la voluntad del representante y del representado, confundiendo en una la de este último.

Y entonces ¿qué queda de la teoría ahora discutida particularmente en confrontación con la ley italiana, que da á la responsabilidad del comitente tal contenido, que la considera (como ha habido ocasión de observar) casi con carácter de objetiva? Nada. En las construcciones hechas para esclarecimiento de la ley civil germánica (4) la distinción, cuya resistencia se ha visto muy débil, sirve casi de transacción entre el concepto antiguo de la responsabilidad subjetiva (culpa en la elección ó en la vigilancia) y la doctrina de la responsabilidad objetiva, reconocida á cargo de quien se valga del trabajo ajeno; para justificar la ley italiana no hace falta remontarse siquiera á dicha forma de

(1) Gierke, ob. y l. cit.

(2) Michoud, ob. y l. cit.

(3) Hauriou, ob. y l. cit.

(4) Cons. Crome, ob. y l. cit.; Rumelin, monog. cit.

responsabilidad, que es la garantía; basta formular el concepto de representación (1) y la relación que se deriva entre representante y representado, para decidir en qué modo sin indagación alguna de culpa á cargo suyo, deba él responder de todo hecho ilícito que el representante como tal haya cometido. Y la responsabilidad queda subjetiva, por lo tanto, por razón de este fenómeno de la representación: el hecho ilícito del representante es hecho ilícito del representado, el cual es responsable como si fuese suyo propio.

¿Hay ficción en esto? Dígase si se quiere; pero es la ficción que existiría en la representación, y que además no es ficción verdadera (2) cuando se piense que el referir al representado la acción del representante como tal, es la explicación del concepto jurídico que existe en el sustituto y que afirma la responsabilidad jurídica de querer en modo que la voluntad propia sea jurídicamente voluntad ajena; con esta doctrina la responsabilidad por los hechos ilícitos del representante, que es siempre propia, personal, del representado, queda declarado sin necesidad de formar el representante órgano, y se elimina la construcción (que responde á otras legislaciones) de la responsabilidad entre subjetiva y objetiva por el hecho ilícito de los representantes no órganos. Y queda sentada por esto la construcción ya sostenida de la responsabilidad de las personas jurídicas, y, por lo tanto, del Estado, como aplicación de la responsabilidad general que existe á cambio del representado por hechos ilícitos del representante. Ciertamente, no todos los agentes (representantes) del Estado tienen idénticas funciones y se diferencian por el contenido especial que tienen; pero esto no quita que en las relaciones entre el Estado y el ofendido cada uno de sus funcionarios no sea el representante.

(1) Cons. Dernburg, *Pandekten* (IV ed.), I, pág. 157.

(2) V. sobre esto Windscheid, ob. cit., I, § 73; Chironi y Abello. *C. di dir. civ. ital.* (Turin, 1902-1903), I, 4.

§ 1.

SUMARIO: 237. Nuevas consideraciones aducidas en apoyo de la doctrina aquí contradicha. — 238-241. Crítica. Concepto del Estado: no se puede distinguir bien en éste una doble personalidad, persona política y *persona civil ó económica*. — 242 y 243. Consecuencias que se derivan respecto á la posición del Estado frente á la ley civil. — 244. Consecuencias respecto á la posición jurídica del empleado frente al Estado. — 245. En qué modo se afirma mal la irresponsabilidad del Estado como poder soberano en el ejercicio de sus funciones políticas, por no estar entonces sometido como persona jurídica al derecho civil. — 246. Verdadera posición de la cuestión. — 247. Responsabilidad del Estado y responsabilidad personal de los empleados.

237. La teoría que en la resolución discutida recoge los votos de la mayor parte de los doctores y que la jurisprudencia patria avalora con sus decisiones, es la que distinguiría en la persona jurídica del Estado dos entidades, dos personalidades distintas, política la una (Estado: poder soberano) y civil, económica la otra (Estado: persona jurídica para los fines del derecho privado). No hay duda que en dicha razón para determinar la condición del Estado respecto á la responsabilidad que tiene por el hecho ilícito de sus funcionarios, se han informado constantemente la práctica jurídica germánica (1) y la doctrina francesa (2) é italiana (3); distinción justificada especialmente, considerando que los actos del Estado como poder público no se pueden creer injuriosos no cometiendo oficio alguno que viole el derecho; mientras en los actos de gestión privada la injuria puede favorecer el interés patrimonial del Estado, que responde por medio de las reconocidas ventajas que de otro modo tendrían. De cuya razón de distinguir y

(1) Cons. Brinz, *Pandekten*, cit., § 452, t. y n. 28; Stobbe, obra cit., III, § 201, nn. 51 y 52; Förster-Eccius, ob. cit., I, § 90; Löning, ob. cit., § V; y véase de un modo especialísimo los *Motiven*, cit., del Proyecto de Cód. civ. germ., I, pág. 113.

(2) V. Chironi, *Colpa contratt.*, cit., nn. cit., y citas de las notas.

(3) V. la n. preced.

de los resultados á los cuales se llega por ella, se ha discutido largamente en otra parte de estos estudios (1) referentes á la responsabilidad; y de su valor dudaron también doctores que, sin embargo, enseñan como regla la irresponsabilidad del Estado por los hechos ilícitos de sus funcionarios (2); y en especial modo se dudó en la composición de la ley civil germánica (3); verdad es que está enseñada por la jurisprudencia administrativa francesa (4), que está fijada expresamente en algunas cartas constitucionales (5) y en la ley civil germánica (6); que tiene defensores muy entusiastas (7) y el autorizado apoyo de muchas decisiones de la jurisprudencia (8).

(1) Chironi, *Colpa contratt.*, cit., cap. V.

(2) Gabba, en la monog. cit. y examinada en Chironi, *Colpa contratt.*, cit., l. cit.

(3) En la segunda comisión (*Protokolle d. Commiss. f. d. II Lesg. d. Entw. c. B. G. B.* (Berlín, 1897-99), pág. 607 y sig., se propone excluir la distinción.

(4) V. las citas en Chironi, *Colpa contratt.*, cit., l. cit.; y véase también Hauriou, en el *J. de Sir.*, 1902, III, 4; cfr. Planiol, *Tr. élém. de dr. civ.* (Paris, 1900), II, p. 284. La distinción es aceptada, si bien refiriéndola directamente á la razón patrimonial del acto (v. Michaud, monog. cit.), por Presutti, en *Legge*, 1902, I, 139 y siguientes; v. sobre esto el § sig.

(5) Así se lee en algunas constituciones de algunas provincias de la Rep. Arg. Así, por ejemplo, el art. 40 de la Constitución de la provincia de Córdoba: «el Estado como persona civil, puede ser demandado ante los Jueces ordinarios sobre propiedad y por obligaciones contraídas sin necesidad de autorización previa del Poder legislativo, y sin que en el juicio deba gozar privilegio alguno». V. también el art. 43 de la Const. de la prov. de Entre Ríos, y el 44 de Santiago del Estero.

(6) V. la n. 3. Cód. civ. germ., §§ 31 y 89; Planck, ob. cit., sobre estos §§; Crome, ob. y l. cit.

(7) Ob. cit. en el vol. I de este trabajo, l. cit., y en la *Riv. ital. cit. Cons.* también Giron, *Le droit administr. de la Belgique* (Bruselas, 1885), 1, 231.

(8) V. las citas en Chironi, ob. y l. cit., y v. Cas. Roma, 9 Julio 1897 (*Legge*, 1897, II, 400); Ap. Venecia, 1.º Julio 1898 (*id.*, 1898, II, 493).

Y no puede desconocerse qué parte de verdad esté contenida en esta doctrina, como algo de verdad hay también en las otras enunciadas y discutidas; pero antes de averiguar cuál sea esta parte, es necesario aclarar y demostrar que, tomado en toda su integridad, el sistema no es correcto; y á fin de proceder seriamente en la indagación, conviene exponer las ideas sobre las cuales se basa la construcción.

El Estado, se dice, es «un organismo ético jurídico», producto necesario y espontáneo de la sociedad humana, que tiene el fin preciso de mantener la vida armónica de la colectividad, contemporizando del modo más equitativo lo que es aconsejado por la índole peculiar de los momentos históricos del vivir social, la razón del individuo y el interés de la universalidad, facilitando así la solidaridad cooperativa de los asociados para el mayor bienestar de los individuos y del conjunto que de su unión se deriva; á cuyo fin éste provee con los ordenamientos según el modo en que son reclamados por las varias contingencias de la colectividad y por las funciones sociales que éstas determinan. De donde resulta que no solamente es el Estado justo tasador y defensor de todo legítimo interés social é individual; no solamente tiene por soberano oficio el marcar lo que será derecho y lo que en las relaciones corrientes de la vida lo es; no solamente debe tutelar la seguridad interna y externa, sino que espíritu como es de la colectividad, voluntad general resultado de las simples voluntades unidas que coopera al bien general, tiene la obligación altísima de dar impulso y tutela á todo progreso moral, intelectual y económico. Sino que, aun obrando para la realización de estos fines, asume, precisamente por razón de éstos, también otros oficios secundarios y subordinados que tienen carácter de medios respecto al objeto general ahora descrito, y en la economía social son como institutos de utilidad y de necesidad, por los cuales el Estado está en competencia con la

iniciativa y acción individual, la cual se sustituye en el interés general de los asociados (1).

El Estado, según la doctrina ahora expuesta, cumpliendo el primero de estos dos oficios, que es aquel en que se compendia la razón de su ser y de su vida, obra como poder y como soberano: obra en cambio respecto al otro como persona jurídica de derecho privado, y de los actos así ejecutados «nacen relaciones jurídicas regidas por las leyes civiles» (2). Por lo que, cuando es Estado obra como poder soberano, no está gobernado en ningún modo por la ley civil que rige las relaciones jurídicas entre privados; y que gobierna su proceder como persona jurídica para fines económicos de derecho privado los actos, esto es de gestión (3). Y bajo esta nueva cualidad, sus empleados tienen carácter de agentes respecto á él, como comitente; y como las personas jurídicas deben responder de los hechos ilícitos de los propios agentes, también el Estado, al obrar como persona jurídica, debe responder de los delitos y cuasidelitos de sus empleados. Por el contrario, cuando obra como poder soberano, no estando entonces sometido á las normas de derecho civil, los empleados no son sus agentes ni él es el comitente. La injuria determinará, por lo tanto, la responsabilidad personal del empleado, no la del Estado (4).

Estos son los argumentos principales de la doctrina señalada, los momentos de mayor relieve en su desarrollo lógico, y ahora procédase á examinar críticamente su eficacia.

238. Que la estructura del Estado y los fines de su existencia sean los descritos por la teoría de que hemos hablado no debe discutirse; la filosofía (5) y la indagación socioló-

(1) Bonasi, monog. cit., pág. 4.

(2) Bonasi, monog. cit., págs. 5 y 6.

(3) Bonasi, monog. cit., págs. 8, 11 y 12.

(4) Bonasi, monog. cit., pág. 22 en f.

(5) Jhering, *Zw. i. R.*, cit., I, 7; Stein, *D. soc. Frage*, cit.; y v. también l. cit. en la nota siguiente.

gica hecha respecto á la formación de la sociedad, demuestran que aquél existe en realidad como necesaria expresión de la social convivencia, como manifestación de vida de la colectividad que tiene en el régimen y dirección para conseguir todas las mejoras, por las cuales se explica la ley innata del progreso humano (1); dígase, por lo tanto, que el Estado no tiene por fin la sola «protección del derecho», sino que es órgano del derecho; que no tiene solamente la tutela de la acción de los individuos, encaminada á las mejoras intelectuales, morales y económicas, sino que, obrando según los fines sociales que en él se reconcentran, debe ser factor constante de progreso civil, sin exagerar por esto su obra hasta llegar á crearle administrador de felicidad y de bienestar de los asociados; dígase, sin embargo, esto: pero ¿cómo puede distinguirse después claramente el Estado que obra como poder soberano, del Estado que obra como persona jurídica con fin privado, su personalidad política de su personalidad civil? ¿Acaso, según lo que se ha dicho, cumple actos que parecerían de mera gestión, no obra siempre como Estado y esto es según el fin peculiar de su existencia en el interés general común de los asociados? ¿Acaso no se vuelve á veces verdadero contratista de servicios que los particulares podrán asumir, y esto lo hace para cuidar mejor la regularidad y la seguridad con el menor sacrificio pecuniario de los administrados, que de su acción sacan un beneficio grande? ¿Acaso cuando provee á tales actos de administración con objeto financiero principalmente no obra siempre en el interés de la colectividad?

Se ha dicho que el Estado cuando contrata obra como simple privado, como persona civil, es verdad; pero es igualmente verdad que también en estos casos el Estado no deja de ser tal, y que el contrato al cual da origen está

(1) Cons. Carle, *La vita del diritto* (2.^a edic.), nn. 306, 325 y siguientes; v. también Chironi, *Sociologia e diritto civile*, Turin, 1885; y *L'individualismo nel diritto privato*, Turin, 1898.

constituído precisamente con el fin de cuidar de la marcha del público servicio, ó de proveer á aquello que en el interés común un particular ó una asociación de particulares no podrían efectuar; ó también con el fin de gobernar derechos patrimoniales, que, aun perteniendo al Estado, le corresponden bajo su condición de persona. Otra cosa es ver si estas relaciones tengan su norma en el derecho público ó en el privado, y como precisamente por causa de esto, esto es, según la materia del negocio, el contrato sea público (contrato de derecho público) ó de derecho privado; será precisamente la materia deducida en la relación, la que determinará la medida en la cual la razón jurídica privada puede concurrir con la pública y dar norma al vínculo puesto en vigor (1); pero la consideración del objeto no puede alterar, en conformidad con tal distinción de cosas, la figura del Estado contratante. Ni siquiera en la segunda de las dos hipótesis mencionadas la existencia del contrato bastará para poder afirmar que el Estado obre como persona privada, porque en el fin por el cual se determinó á contratar, existe entera sumisión al interés general. Fijarse en el hecho de la obligación contractual que el Estado se asume como privado, para inferir que «aquí obra como privado, y por esto, no como Estado propiamente dicho, sino como cualquiera persona jurídica», es proponer un criterio para decidir, completamente material, y contentarse con la sola apariencia, sin seguir la sustancia de las cosas. El Estado contratante está obligado por la ley contractual, del mismo modo que podría estarlo un privado; pero nada cambia por esto de la entidad jurídico-social que en él existe, por el fin que justifica su existencia; mira siempre en su acción á «asegurar á la sociedad las condiciones de vida y bienestar» (2).

(1) V. sobre esto Jellinek, monog. cit.; y Laband, *D. Staatsr. d. deutsch. R.* (IV A., 1902), I, 1.

(2) Bonasi, monog. cit., l. cit.

239. Pero que tal discusión, puesta como base de la construcción doctrinal discutida, contradiga la naturaleza misma del Estado, de donde no hay modo de hacerla en manera clara y bien determinada, como sucede ó debería suceder en todo concepto que tenga en sí al menos el germen de un principio constante, cierto es, pero ello resulta demostrado por el modo que se observa al exponerla.

En efecto: supuesta (¿y cómo podría considerarse de otra manera?) la existencia del Estado como hecho necesario, y reducida á éste como razón de su existencia, la multitud de fines referentes á la conservación, al bienestar, á la seguridad interna y externa de la sociedad, á la protección del derecho, al impulso y á la tutela de todo progreso, se añade que á la entidad del Estado «no repugna el asumir también otros fines secundarios y subordinados, con carácter de medios para la obtención de los mismos fines» (1).

De cuya noción aparece claramente la indeterminación que se ha advertido antes; los actos de donde se querría hacer nacer la personalidad simplemente civil del Estado, son medios por los cuales debe él conseguir los fines para cuya ejecución le ha sido dada figura de persona política soberana; y así se considera sustancialmente ó efectivamente posible la distinción pensada. Tendría, por lo tanto, la personalidad soberana política respecto al fin, y no obraría más bajo tal cualidad, empleando los medios necesarios para conseguirlo. Y entonces, ¿qué le queda de claridad y de precisión á la distinción formulada? ¿Cómo puede dársele valor jurídico, considerando que el Estado, obrando como persona soberana política respecto al fin, no lo es ya en la acción encaminada á obtenerlo? Sería y no sería en el mismo tiempo y en la misma esfera de actividad persona política y no, y la contradicción no consiente sea esta buena teoría; si el Estado respecto al fin que ha de conseguir debe ser considerado como persona que tiene perso-

(1) Bonasi, monog. cit.

nalidad soberana y política, debe serlo también respecto á los medios, sin los cuales la noción del objeto mal se comprende.

240. La doctrina sugiere, es verdad, otro criterio que quisiera aclarar la distinción que da, y es éste: los actos en los cuales el Estado obraría explicando su personalidad civil jurídica, si bien respecto á los otros en los cuales mostraría la otra figura de persona política, soberana, tengan el carácter de medios respecto al fin, se diferencian del contenido en esto; que en esos dominaría la razón de la utilidad, no de la necesidad. La contradicción no está así evitada y ni siquiera atenuada; si el fin es necesario, y estos actos son medios reputados idóneos para conseguirlo, no puede decirse de ellos que sean simplemente útiles. Cuando además se habla de utilidad, se entiende indudablemente la general; ahora bien: el Estado, según le impone su misma existencia, ¿no debe necesariamente favorecerla con todo modo válido para mantenerla y acrecentarla?

Por otra parte, con la explicación propuesta, las antiguas dificultades se aumentaron con una nueva: ¿cómo distinguir la utilidad de la necesidad? Abstractamente, parece cosa bien fácil; pero analizando bien el concepto, un acto que el Estado haga, según esta doctrina, como persona civil, por razón de la mayor ventaja que á los administrados puede derivarse de la que hubieran tenido, si fuese dejado á la acción privada, ¿se dirá solamente útil, ó también necesario? ¿Acaso en el juicio que el Estado hace de la utilidad del servicio que se asume no indica ya la providencia encaminada á asegurar la condición de bienestar de los asociados que existe entre los fines (según la teoría discutida) necesarios del Estado? En sustancia: se podrá ó no discutir si es verdaderamente necesario que el Estado se asuma un determinado servicio que con iguales condiciones de ventaja para los administrados, y, sin embargo, con mayores garantías para ellos, podría estar hecho por un privado; pero si él lo ejecuta, no puede decirse que su personalidad