

Carlos Fernández Sessarego

1. Gravitación de la teoría egológica

El tiempo transcurrido desde la primera edición de "La teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad" (1) ofrece adecuada perspectiva para apreciar la fecunda originalidad del pensamiento de Carlos Cossio, así como permite comprobar la influencia que ha venido ejerciendo fundamentalmente en el ámbito latino americano donde adquirió mayor difusión. Antonio A. Martino afirma con razón que Cossio es el autor de filosofía del derecho más conocido del mundo hispanoamericano, atribuyéndole precisamente ser el creador de una teoría original que gravitó notoriamente en todos los niveles del pensamiento jurídico argentino, cuya obra incentivó la investigación y el debate jusfilosófico, principalmente a través del febril trabajo llevado a cabo en el Insti-

- (*) Este trabajo integra el Libro de Homenaje al ilustre Profesor Carlos Cossio editado con ocasión de cumplir ochenta años de vida.
- (1) "La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad" fue publicada por primera vez en Buenos Aires en 1944. Con anterioridad eran ya notorios algunos de sus más importantes trabajos como "La valoración jurídica y la Ciencia del Derecho", Santa Fé, 1941 y "Las lagunas del Derecho", Córdoba, 1942.

tuto de Filosofía del Derecho y Sociología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires (2).

El análisis de un importante sector del pensamiento jurídico europeo de los últimos cuarenta años en torno a la persona jurídica nos revela el acierto y la vigencia de las intuiciones medulares de la teoría egológica del derecho en lo que concierne a tan debatido y complejo problema. La confrontación de las ideas de Cossio con la vasta literatura elaborada sobre el tema -particularmente en la doctrina italiana- muestra que la teoría cossiana sobre la persona constituye un significativo aporte a la meditación jusfilosófica, un constante y válido punto de referencia (3).

La construcción cossiana sobre la persona surge en un momento histórico en el cual el pensamiento jurídico sobre la misma se debatía entre dogmas y ostensibles imprecisiones, tanto terminológicas como conceptuales, de los cuales no logra aún desprenderse totalmente a pesar de las valiosas contribuciones y esclarecimientos producidos en los últimos tiempos. Dentro de las varias posiciones que en aquel entonces presentaba la doctrina jurídica sobre la persona cabe destacar, como emblemáticas, las sostenidas por Savigny, Gierke y Kelsen. Ellas representan el marco referencial dentro del cual se desarrolla el pensamiento de Cossio.

2. *El concepto de persona en Savigny y Gierke*

Savigny ha sido el primero que en la época moderna nos proporciona una explicación sobre el tema de la persona mediante una vigorosa teoría de vasta repercusión en la doctrina jurídica. Para este pensador sólo el hombre, concreto e individual, es persona para el Derecho. Toda situación no reducible al hombre singularmente considerado sólo puede adquirir personalidad a través

- (2) "La scuola analítica di Buenos Aires", separata del volumen "Materiali per una Storia della Cultura Giuridica", recogidos por Giovanni Tarello, Il Mulino, Boloña, 1977, pág. 172.
- (3) En el Perú tuvimos ocasión de referirnos al pensamiento de Cossio en "Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho", (1950), en "La noción jurídica de persona" (1962), así como en diversos artículos en revistas especializadas publicados a partir de 1951.

de una ficción. Las llamadas personas jurídicas o colectivas vendrían a ser así el producto de una operación de puro fingimiento. A la altura de nuestro tiempo la concepción de Savigny, sometida a certera crítica, ha sido generalmente abandonada. En el Derecho queda cada vez menos espacio para las ficciones.

Gierke, contrariamente a la tesis de Savigny, postula que los grupos humanos jurídicamente actuantes, no podrían desvanecerse en una ficción. Había que concederles, al igual que al hombre individual, una existencia, una determinada entidad. La respuesta de Gierke consistió en otorgar a las personas colectivas o jurídicas una vida autónoma, una propia voluntad y un particular interés. Por ello su teoría es conocida indistintamente bajo los apelativos de orgánica, antropomórfica o de la realidad.

3. *La persona en la teoría pura del Derecho*

Frente a las antes citadas corrientes de pensamiento se alza, premunida de indiscutible rigor y de un explicable poder de fascinación, la teoría pura del Derecho, la extraordinaria e histórica construcción kelseniana. Rápidamente, por su valor intrínseco, ella adquiere universal resonancia. Kelsen depura la teoría formalista sobre la persona llevándola, con lúcida coherencia, a sus últimas consecuencias. La persona, desde la perspectiva kelseniana, no se ubica en la realidad de la naturaleza, no es un ente concreto, sino tan sólo un centro ideal de imputación de normas, un modo especial de designar unitariamente una pluralidad de normas que imputan derechos y obligaciones.

Para llegar a su teoría sobre la persona Kelsen somete previamente a crítica la básica aserción de la escuela histórica de que los derechos subjetivos preceden a los derechos objetivos, es decir al ordenamiento jurídico. Para Kelsen el derecho subjetivo se reduce al objetivo en tanto ambos no son de distinta naturaleza ni se trata de dos fenómenos diferentes. Depurado el derecho subjetivo no nos queda sino indenticar el Derecho con la normatividad, con el ordenamiento jurídico. Todo lo que es ajeno a la norma deviene transistemático, metajurídico.

Reducido el derecho subjetivo al objetivo, depurado de todo elemento de la naturaleza, no existe ya ningún obstáculo teórico

para afirmar, como lo hace Kelsen, que carece de sentido referirse a la persona como si se tratase de un ente o una realidad independiente de la pura normatividad. Como corolario de este proceso nada impide ubicar a la persona exclusivamente en la trama lógico-formal de la normatividad, ya que lo contrario significaría pretender introducir un elemento extraño al Derecho. La persona resulta así, en términos del propio Kelsen, "una expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un complejo de normas" (4). La persona es distinta del hombre.

Si la persona es sólo una construcción del pensamiento normativo el hombre queda necesariamente extrañado del Derecho. Se supera de este modo, según Kelsen, el inconducente afán de la doctrina tradicional de encontrar un ente, un "alguien", que sea portador de derechos y deberes a la manera del animismo primitivo, el que consideraba que cada objeto del mundo sensible era morada de un espíritu invisible (5). Si la persona es un centro o unidad normativa, un plexo de deberes y derechos, es impropio y tautológico expresar que la persona "tiene" tales o cuales derechos o es pasible de determinados deberes.

El hombre, para la "teoría pura", queda fuera del Derecho, pertenece al mundo de la naturaleza. No obstante, Kelsen reconoce, como no podía ser de otra manera, que determinadas conductas humanas son el contenido de las normas. Pero el hombre, en su plenaria realidad existencial, es un objeto metajurídico.

Dentro del esquema kelseniano la persona individual o física y la persona colectiva o jurídica participan de la misma genérica estructura formal en la medida que ambas son la unidad de un conjunto de normas. Su diferencia específica reside en la división de funciones que Kelsen encuentra entre lo que designa como orden jurídico total y lo que llama orden jurídico parcial. A su vez, tal distinción se sustenta en que en la conducta humana, que es el contenido de las normas, cabe diferenciar un elemento de carácter personal o subjetivo de otro de índole material u objetivo. El pri-

(4) Kelsen, "La Teoría Pura del Derecho", Buenos Aires, 1946, pág. 83.

(5) Kelsen, ob. cit. pág. 109.

mero tiene que ver con el sujeto mismo de la acción o de la omisión y, el segundo, se refiere a la acción o la omisión en sí mismas. Es decir, se trata de distinguir entre "quién" realiza la acción o incurre en omisión del "qué" hecho u omitido. En la norma integral, según Kelsen, están determinados ambos elementos aunque es también posible que la norma contenga solamente uno de ellos, ya sea el subjetivo o el objetivo (6).

La doble distinción efectuada por Kelsen entre orden jurídico total y orden jurídico parcial, de una parte, y entre elemento personal o subjetivo y elemento objetivo o material, de la otra, le permite concluir sin dificultad que cuando se hace referencia a actos u omisiones relacionados con las llamadas personas jurídicas o colectivas no se trata sino en realidad de actos u omisiones que aluden a conductas de hombres individuales. Por ello cuando el ordenamiento jurídico imputa deberes o derechos a personas jurídicas debe entenderse que únicamente podrán ser cumplidas o incumplidas a través de conductas de seres humanos singularmente considerados. Sólo la conducta de seres humanos individuales puede ser el contenido de las normas.

En el caso de las personas jurídicas el orden jurídico total sólo recoge el elemento material u objetivo, es decir menciona los derechos o los deberes correspondientes, sin indicar quién será, en el plano de la realidad existencial, el obligado o el facultado. Resulta así que la norma del orden jurídico total es incompleta desde que en ella falta la determinación del individuo actuante, del "quién", limitándose a imputar deberes o facultades a un genérico centro ideal. De ahí que el orden jurídico total exige la complementación del orden jurídico parcial en el cual ha de encontrarse la norma que, supliendo tal deficiencia, contenga la referencia al ser humano individual que ha de actuar tales deberes o facultades. El orden jurídico total, que establece el deber o el derecho, delega en el orden jurídico parcial mencionar el ser humano que realmente será el portador de la conducta en nombre y representación de la persona jurídica.

(6) Kelsen, ob. cit. pág. 87.

De lo expuesto se deduce, con toda claridad, que el orden jurídico total imputa, en forma inmediata, deberes o derechos a la persona jurídica mientras que la designación de los individuos que realmente actuarán por la persona jurídica ha de hallarse en el orden jurídico parcial. Ello permite decir a Kelsen que "el derecho de una persona jurídica es el de los individuos cuya conducta está regulada por el orden jurídico parcial constitutivo de la comunidad que se presenta como persona" (7).

4 *La persona y la teoría egológica*

Cossio, desde la perspectiva de la teoría egológica, advierte certeramente las insuficiencias tanto de la posición que intenta explicar el fenómeno de la persona jurídica como el de una mera ficción como el de aquella que le otorga una existencia y voluntad autónomas. Similar actitud crítica asume Cossio frente a la construcción kelseniana en la medida que pretende extrañar al hombre del Derecho al convertir a éste en un sistema exclusivamente lógico-formal, a pesar de lo cual estima que es válida y superlativamente clara la distinción que Kelsen elabora para diferenciar, específicamente, la persona individual de la colectiva o jurídica (8).

El pensamiento de Cossio sobre la persona responde genéricamente, como alguna vez lo hemos puesto de manifiesto (9), a un planteamiento que, con coherencia, parte de la propia experiencia jurídica, inspirándose en la filosofía existencial y en la fenomenología. Al situarse en dicha experiencia advierte el fenómeno jurídico en su integridad, compuesto necesariamente por conductas humanas interferidas, normas y valores jurídicos, realidad que no puede dejar de tener en cuenta el jusfilósofo o el jurista que pretenda hallar respuestas válidas para la vasta problemática de la ciencia jurídica. Cossio tiene al acierto, desde su personal punto de vista, de no dejar de lado ninguno de tales

(7) Kelsen, "Teoría General del Derecho y del Estado", México, 1958, pág. 121.

(8) Cossio, "La Teoría Egológica...", segunda edición, 1964, pág. 210.

(9) "Heidegger y la Teoría Egológica del Derecho" en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Enero-Diciembre 1975, Lima, págs. 15 y s.s.

objetos al enfrentar la complejidad de lo jurídico cuando afirma que el único objeto a conocer por la ciencia del derecho es la conducta humana intersubjetiva, en tanto que en ella se integran los valores -que son "en" y "para" la vida humana- y las normas que, en cuanto pensamiento, le son immanentes. La vida humana tiene una estructura estimativa, supone un proyectar que significa un preferir según valores. La conducta, en cuanto objeto cultural, se integra a su vez con el pensamiento de sí misma, es decir con las normas. En cualquier caso, se acepte o se critique la solución egológica, ella tiene el mérito indiscutido de no echar por la borda, al afrontar el Derecho, ninguno de los objetos que simultáneamente se hallan presentes en la experiencia, exigiéndose recíprocamente cualquiera que sea su especial modo de relacionarse.

A partir de una analítica existencial Cossio sostiene enfáticamente que la única persona para el Derecho, —en cualquier sentido que se use esta palabra— es el hombre individualmente considerado (10). De ahí que no puede extrañarse del Derecho, considerarlo como un elemento de la naturaleza, como algo metajurídico. Al referirse al hombre, como único y exclusivo sujeto del Derecho, lo considera en su plenaria realidad. Y es que, según Cossio, la persona no puede ser ontológicamente separada ni de su libertad ni de sus actos, ni viceversa. Se trata de una libertad metafísica que se fenomenaliza en la conducta y, al mismo tiempo, de un acto humano que hace referencia a la libertad. El Derecho es, precisamente, conducta humana fenomenalizada. Las acciones del hombre, privada de la referencia a la libertad que las origina, se reducirían a tramos de la naturaleza. Las acciones humanas, como sostiene Cossio, "no son independientes o separables del hombre que las hace" ya que se trata de dos términos de una misma realidad (11).

La posición de Cossio lo lleva a concluir coherentemente que todos los hombres son persona por lo que no pueden existir personas que no sean hombres individualmente considerados en su plenaria realidad. Dentro de este planteamiento el fenómeno de la esclavitud se debe comprender no como negación de la persona-

(10) Cossio, ob. cit. págs. 247 y 482.

(11) Cossio, ob. cit. pág. 484.

lidad sino como una limitación de la libertad personal. De otro lado, el problema de la persona jurídica o colectiva la explica, a la manera de Kelsen, expresando, en definitiva, que ella se resuelve en conducta de hombres individuales.

Es de suma importancia destacar que para Cossio la teoría kelseniana de la persona representa tan sólo el "concepto" de persona o personalidad jurídica. La persona, en cuanto "objeto", es únicamente el ente humano en su plenaria realidad existencial. La personalidad jurídica no es una "cualidad" que se agrega al "objeto" persona sino que se encuentra ya en ella integrándolo, aunque se la vea desde el punto de vista conceptual o significativo (12). El concepto de personalidad jurídica es así, en palabras del propio Cossio, un ángulo para acceder a la persona en tanto objeto.

No obstante que las normas jurídicas -que integran la conducta como pensamiento de ella misma- no crean el "objeto" del Derecho, corresponde a las normas el determinar los cuatro peculiares "modos de ser" de la conducta humana interferida. Dichos modos de ser están representados por la facultad, el deber, el entuerto y la sanción. Ello en tanto que el objeto a conocer por la ciencia jurídica es un "objeto-pensante". De ahí que tenga que recurrirse a la normatividad no para "crear" el objeto del Derecho pero sí para precisar en cada caso la específica modalidad de la conducta humana intersubjetiva. El objeto del Derecho, en cuanto, conducta humana intersubjetiva, se aprehende a través de una doble intuición, sensible y emocional, que tratándose de la existencia cobra una íntima y total unidad.

La teoría kelseniana sobre la persona, según Cossio, se reduce simplemente a la sola determinación del "concepto", el mismo que significa jurídicamente una realidad objetal que no es otra que el hombre en su plenaria existencia (13). La tesis de Kelsen deviene, dentro de este planteamiento, la conceptualización de la persona, con plena validez lógico-formal y en la cual la persona es la expresión unitaria de un complejo de normas atribu-

(12) Cossio, ob. cit. pág. 483.

(13) Cossio, ob. cit. pág. 486.

tivas de deberes y facultades. Pero el objeto mentado por el "concepto persona" ha de hallarse en la realidad existencial constituido por el hombre, protagonista y destinatario de tales deberes y derechos.

Cossio, como lo hemos apuntado, concuerda con Kelsen en que, desde el nivel lógico-formal, la diferencia entre la persona individual o física y la colectiva o jurídica no es "una cuestión de ciencia genérica, sino sólo una división específica de la misma personalidad, que en el primer caso consiste en el facultamiento normativo inmediato y en el segundo en el facultamiento normativo mediato, de lo que únicamente el hombre, por ser hombre, puede hacer..." (14). En el plano normativo la concepción kelseniana resulta clara e impecable y se concilia, como lo advierte Cossio, con el hecho de que la existencia, en tanto que dato, sólo puede ser de los individuos, ya que la diferencia específica de la personalidad no significa que se trate de dos clases de existencia o de dos entes existentes. La existencia colectiva, como ya lo expresáramos, se resuelve siempre según Cossio en conductas individuales mediante el facultamiento mediato del orden jurídico parcial. La persona jurídica o colectiva no tiene otra existencia que aquella de los individuos que la integran.

5. *El concepto de persona en Hart, Ross, Scarpelli y D'Alessandro*

Las recientes tendencias doctrinarias en lo tocante a la teoría sobre la persona recogen, en gran medida, la influencia de la filosofía analítica, de la cual H. L. A. Hart es uno de sus más ilustres representantes en el campo jurídico. Según éste jurfilósofo la persona jurídica, en cuanto concepto jurídico, no tiene un rol descriptivo sino que desempeña una función diversa que es la de formular "conclusiones de derecho". Es decir, que dados ciertos hechos y ciertas reglas se adscriben ciertos derechos o deberes a determinados sujetos. Los conceptos jurídicos, en general, no deben ser aislados del contexto de la frase en la que aparecen ya que de lo contrario podría sugerirse equivocada-

(14) Cossio, ob. cit. pág. 486.

mente que tales conceptos jurídicos, como específicamente el de persona jurídica, designaran una "cosa" (15).

La función particular que cumplen los conceptos jurídicos es la de obtener "conclusiones de derechos", las mismas que resultan de aplicar ciertas normas jurídicas a determinados hechos. A este especial rol, que no es ni descriptivo ni prescriptivo, Hart lo designa como "adscriptivo". Para Hart el concepto "persona jurídica" no representa así un nombre que corresponda a una entidad, ni real ni abstracta. Detrás de dicho concepto no encontramos, como está indicado, ni un ser humano, ni una ficción ni tampoco una colectividad. Carece de toda referencia ontológica. Como lo advierte D'Alessandro, el planteamiento de Hart es la condensación de la teoría de Russel sobre los "símbolos incompletos" con prevalente referencia a problemas de la lógica y de la matemática (16).

Alf Ross, por su parte, explicita que hay dos especies de conceptos jurídicos o sea los que designan hechos y aquellos que se refieren a normas. Es decir, de una lado la realidad y del otro su disciplina normativa. Lo importante para Ross es el tipo de relación entre ambas clases de conceptos, o sea entre los que designan hechos y los que indican normas. Sin embargo, existen otros conceptos, como el de "persona jurídica", cuya función no es la de representar ni hechos ni reglas -que constituye el material primario que observa el jurista- sino que son instrumentos del lenguaje jurídico destinados a facilitar la exposición del Derecho. Términos del lenguaje a los que no corresponde ninguna entidad (17).

Uberto Scarpelli, aunque intelectualmente vecino, critica en parte las posiciones adoptadas tanto por Hart como por Ross. Considera que no puede sostenerse que los conceptos jurídicos carezcan de toda referencia semántica, que no designen

(15) Cfr. Herbert L. A. Hart "El concepto de derecho", Buenos Aires, 1963 y "Contributi all' analisi del Diritto", Milán, 1964.

(16) Floriano D'Alessandro, "Recenti tendenze in tema di concetti giuridici", *Rivista di Diritto Commerciale*, I, Roma, 1967, pág. 20.

(17) Cfr. "Diritto e giustizia", Turín, 1965, pág. 166 y s.s.

alguna entidad, y que resulta imposible definirlos asumiéndolos fuera de un contexto. Para Scarpelli las calificaciones jurídicas no surgen en forma inmediata a través de una observación de hechos, cosas o personas a las cuales se refieren, sino que se obtienen relacionándolos con las normas que a ellos aluden. Los conceptos jurídicos son aplicables si una determinada norma, al confrontarse con cierto hecho, produce la consecución de ciertos efectos.

Scarpelli, cuyo pensamiento gravita marcadamente en el proceso de reelaboración de la teoría sobre la persona jurídica en la doctrina italiana contemporánea, precisa que el problema central en esta ardua materia es el determinar "las condiciones de uso" de dicho concepto, más allá de la utilización de metáforas o de simples subterfugios como aquel de la ficción. Entiende por condición de uso la "existencia de una cierta disciplina jurídica, de un cierto tratamiento normativo de hechos y de comportamientos" (18). El problema de la persona jurídica no es pues el de definir que cosa ella sea sino el de precisar las condiciones de uso, teniéndose en cuenta que cuando se dan tales condiciones de empleo del concepto de persona jurídica el Derecho regula siempre relaciones entre hombres. Es así que, cuando se da una persona jurídica, nos encontramos con una coordinación de una pluralidad de hombres.

La breve referencia al pensamiento de Scarpelli denota la afinidad de aquel con la teoría cossiana en cuanto ambos planteamientos precisan que al concepto de persona jurídica corresponde siempre un conjunto de seres humanos individuales actuando coordinadamente.

D'Alessandro se distancia tanto de Hart, como de Ross y Scarpelli, al no compartir la afirmación de que los conceptos jurídicos tengan la característica de formular aserciones de un tipo particular las cuales, a pesar de estar de algún modo ligadas contemporáneamente a aserciones de hechos y de normas, no se re-

(18) Uberto Scarpelli, "Contributo alla semantica del linguaggio normativo", Turin, 1959, pág. 115.

fieren directamente ni a unos ni a otras. En efecto, no concuerda con Hart en que los conceptos jurídicos —como el de persona jurídica— se empleen para obtener “conclusiones de derecho” que, si bien presuponen la aserción del hecho y de la norma, es algo diverso a ambas aserciones. Del mismo modo, no adhiere al postulado de Ross en la medida que éste plantea que los conceptos jurídicos no expresan ni hechos ni normas sino tan sólo un nexo particular y característico que conecta determinados hechos a ciertos efectos jurídicos. D'Alessandro siguiendo a Carnap, expresa que existe una relación entre los valores y las normas, vínculo que en su concepto es muy íntimo. De ahí que encuentre fundamento para postular que los conceptos jurídicos son simplemente reducibles a puras aserciones de normas y que, por tanto, no se refieren en algún modo a aserciones de hechos. Se trataría de conceptos jurídicos empleados para expresar valoraciones de carácter abstracto que tienen, precisamente, la función de describir normas (19). La posición de D'Alessandro hace posible, como el mismo lo admite, concebir el juego de una dinámica del Derecho en el cual del encuentro de una norma con un hecho nace una nueva norma jurídica. Queda así eliminada, según D'Alessandro, la noción de “efecto” y con ella toda su ambigua y huidiza naturaleza que no hace sino suscitar problemas como aquellos que surgen de las teorías de Hart, Ross o Scarpelli, cuando afirman que tales efectos no se refieren ni a hechos ni a normas aunque de alguna manera participen de ambos (20).

6. *La doctrina italiana actual en el pensamiento de Magni, Messineo, Grasso, Giardina, Condorelli, Giannini y Ascarelli*

La más reciente doctrina jurídica italiana (21) sobre la persona —y muy especialmente sobre la llamada persona jurídica— tiende a distinguir los conceptos de “sujeto del derecho”, de una parte, y de “persona jurídica”, de la otra. Esta actitud está probablemente condicionada por la peculiar redacción del artículo

(19) D'Alessandro, ob. cit., pág. 28.

(20) D'Alessandro, ob. cit., pág. 30.

(21) Dada la explicable limitada extensión del presente trabajo sólo nos referiremos a la rica doctrina jurídica italiana sobre la persona.

segundo de la Constitución Italiana (22) y por la problemática planteada al incorporarse al Código Civil de 1942 las asociaciones y los comités "no reconocidos" —o "de hecho", como algunos los prefieren designar—, jurídicamente diversos tanto de las personas individuales o físicas como de las llamadas "personas jurídicas". En algunos sectores de la doctrina italiana es perceptible la influencia de la escuela analítica, especialmente del pensamiento de H. L. A. Hart. En términos generales, se advierte una tendencia a preferir las construcciones abiertas en vez de los tradicionales dogmatismos que gravitaron notoriamente sobre el pensamiento jurídico anterior.

Los estudiosos italianos, desde la perspectiva y a partir de la problemática específica de una determinada disciplina jurídica, afrontan el complicado tema de la personalidad jurídica teniendo como telón de fondo la tradición jurídica sobre la materia y, como incentivo o reto inmediato, los nuevos planteamientos desarrollados tanto por el Código Civil de 1942 como por la Constitución de 1947. Entre los numerosos especialistas italianos que se han ocupado del asunto cabe citar, entre otros, a Magni, Messineo, Grasso, Giardina, Condorelli, Giannini. Especial mención, por la amplitud del tratamiento, merecen Ascarelli, Orestano, Rescigno, Bianca, Galgano y Frosini.

Magni, en un difundido trabajo de 1951 (23), plantea la distinción entre lo que llama "símbolo primario", que es el sujeto del derecho en cuanto hombre, del "símbolo derivado" que es la persona. El hombre existencial es el que actúa efectivamente el derecho, el que lo expresa y experimenta, mientras que la persona es un esquema normativo, dotado de un significado

(22) El artículo 2º de la Constitución Italiana de 1947 reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea individualmente considerado o integrando "formaciones sociales" donde desarrolla su personalidad. La introducción de este último concepto, diverso del de "persona jurídica", constituyó un factor que dio lugar a especulaciones dirigidas a considerar la posibilidad de existencia de sujetos del derecho que no fueran personas físicas o individuales ni "personas jurídicas".

(23) Magni, "Soggetto e persona nel diritto", en *Il diritto ecclesiástico*, 1951, pág. 1 y s.s.

funcional y operativo que no se refiere necesariamente al hombre sino a facultades o intereses del hombre.

El conocido tratadista Messineo, en un ensayo ampliamente comentado que data de 1952 (24), intenta explicar específicamente el caso de la asociación "no reconocida" mediante la fórmula que designa con la expresión "sujeto colectivo no personificado". Es decir, postula una solución dentro de la cual dichas asociaciones "de hecho", si bien no se asimilan ni a las personas físicas ni a las personas jurídicas, careciendo por ende de personalidad, están en cambio dotadas de subjetividad. Señala así la posibilidad de existencia de sujetos de derecho que no son ni personas físicas ni personas jurídicas.

Grasso formula una separación conceptual entre lo que denomina "imputación de la subjetividad" de lo que significa el conferir la "personalidad". Cabe considerar, de acuerdo a su planteamiento, que no todos los sujetos de derecho diversos del hombre son necesariamente "personas jurídicas". Por el contrario, al lado de estas últimas existen otros sujetos que teniendo una pluralidad de elementos carecen de la organización interna que es propia de las personas jurídicas, no obstante lo cual están dotados de subjetividad (25). Giardina (26) en el campo tributario, asumiendo la terminología empleada por Messineo, y Condorelli, (27) en materia de derecho canónico, adoptan la distinción entre sujeto del derecho y persona para resolver el problema del sujeto pasivo del impuesto de familia y del patrimonio sin sujeto, respectivamente.

El destacado publicista Giannini designa como "centros de referencia" a las organizaciones que "proveen al cuidado de in-

- (24) Messineo, "Per la individuazione del soggetto collettivo non personificato" en *Archivio giuridico "F. Serafini"*, pág. 3 y s.s.
- (25) Grasso, "L'espropriazione della quota", Milán, 1957, pág. 25 y s.s.
- (26) Giardina, "La capacità giuridica tributaria degli enti collettivi non personificati", *Rivista di diritto finanziario e scienze delle finanze*, 1962, pág. 269 y s.s.
- (27) Condorelli, "Destinazione dei patrimoni e soggettività giuridica nel diritto canonico. Contributo allo studio degli enti non personificati", Milán, 1964.

tereses públicos o no públicos, generales o sectorales, de ordenamientos particulares y de grupos no reglamentados típicos o atípicos, etc....". Cuando tales organizaciones no están previstas a través de normas del ordenamiento estatal o no están reconocidas por el Estado, tienen sólo un interés de carácter sociológico, mientras que, de lo contrario, tienen interés jurídico y asumen formas jurídicas (28).

Es digna de relevar la importante contribución de Ascarelli a la evolución de la reciente doctrina italiana sobre la personalidad jurídica. Sobre este particular el autor expresa que con el término "persona jurídica" se indica brevemente una disciplina normativa que no tiene como correlato a un sujeto distinto del hombre sino que ella siempre se refiere a relaciones entre hombres (29). Es evidente la proximidad de este planteamiento con la visión de Cossio.

7. *La concepción de Orestano*

Orestano, a partir de la realidad, da cuenta de situaciones jurídicas que, sin ser personas en el sentido jurídico tradicional, se les imputa derechos y deberes, como sería el caso de los partidos políticos, las asociaciones no reconocidas, el "fondo común", el condominio, la quiebra, etc.. Esta comprobación conduce, como observa el autor, a un cambio en la terminología usual con el propósito de dominar este heterogéneo material jurídico. Se ensayan con esta finalidad nuevas denominaciones como serían las de "situaciones jurídicas subjetivas", "figuras jurídicas subjetivas", "posiciones subjetivas", etc. Orestano critica lo que designa como las formas cerradas del antiguo dogmatismo en lo que concierne al tratamiento de la persona, involucrando en ellas tanto la construcción que reduce el concepto de sujeto del derecho a sólo el hombre concreto, individualmente considerado, como el sistema que coloca a la norma en el centro del mismo. Advierte que la consecuencia negativa extrema del primer planteamiento

(28) Giannini desarrolla sus planteamientos en sus divulgadas obras "Corso di diritto amministrativo", Milán, 1965 (cfr. págs. 114 y ss., 133 y ss. 153 y ss.) y "Lezioni di diritto amministrativo", Milán, 1950.

(29) Ascarelli, "Problemi giuridici", I, Milán, 1959, pág. 271.

sería la imposibilidad de comprender en la noción de persona aquellos casos en que el ordenamiento jurídico determina positivamente un régimen jurídico destinado a disciplinar situaciones no reducibles, directa o ficticiamente, a una persona física. La postura normativista, por su parte, degrada al hombre, limitándolo al rango de una cosa, de un "objeto" entre tantos otros objetos, de algo metajurídico. Ambas construcciones, en su opinión, constituyen sólo aspiraciones vanas que intentan resolver el problema en un principio único, el mismo que no es capaz de reflejar la experiencia que es una pluralidad de situaciones y soluciones. No puede así sacrificarse lo concreto de la vida —que es vida del hombre en la sociedad y de la sociedad en el hombre— por un esquematismo rígido que pretende sustituir la realidad. Por ello, según Orestano, las actuales tendencias del Derecho manifiestan "una siempre más notable inclinación hacia construcciones abiertas, en las cuales el Derecho aparece como historia, es decir con todas las particularidades y las implicancias de la experiencia" (30).

Es fácilmente perceptible el punto de contacto entre la propuesta básica de Orestano y la teoría egológica en lo tocante al tema de la persona jurídica. En este sentido cabe destacar preferentemente la pareja determinación de rechazar toda solución espectral y esquemática que pretenda sustituirse totalmente a la experiencia para afirmar, en cambio, el rol protagónico que corresponde al ser humano individualmente considerado.

8. *Los planteamientos de Rescigno, Bianca y Galgano*

Rescigno designa como "sujetos de la actividad jurídica" tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas y a los entes que llama "de hecho". Dicha expresión es, según su entender, más amplia que la de "sujeto de derecho" ya que con ella puede referirse a todos los entes actuantes en la realidad jurídica. La personalidad es para Rescigno una concesión del ordenamiento jurídico. Distingue en la persona jurídica un elemento material, llamado también substrato, de otro elemento formal.

(30) Cfr. Orestano "Il problema della persone giuridiche in diritto romano", Turin, 1968 y "Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche", Boloña, 1978.

El primero está dado por una organización creada en vista a una determinada finalidad. La formalidad corresponde a la normatividad en el sentido de la creación de un centro unitario al cual imputar derechos y deberes.

El manifiesto afán de Rescigno (31) de alejarse de un insuficiente planteamiento unidimensional en lo concerniente al sujeto del derecho, que reduzca a éste a una mera forma, lo vincula con la posición cossiana en la medida que, como está dicho, distingue el plano de la realidad —en el que radica y actúa el hombre en tanto sujeto— de aquel otro de carácter formal-normativo indicativo de derechos y deberes.

Bianca (32) adhiere a la significativa corriente de juristas que, ante las dificultades que contemporáneamente se presentan en el tratamiento del tema de la persona, distingue la más amplia noción de "sujeto del derecho" de aquella de "persona". En efecto, opina que el primero de dichos conceptos comprende tanto a las personas individuales o físicas como a las jurídicas o colectivas y a los entes que la doctrina designa como "entes no reconocidos" o "de hecho".

Galgano, por su parte, considera el problema de las personas jurídicas como uno de naturaleza lingüística, ya que a dichas palabras no corresponde ningún ente. La persona jurídica, así como toda otra organización colectiva no reconocida específicamente como tal, constituyen otros tantos centros autónomos de imputación de relaciones jurídicas, una expresión resumida de una especial disciplina normativa. Ellas pertenecen a lo que Galgano llama la escena conceptual, verbalizada, mientras que se aprecia que en el mundo efectual, existencial, no aparece otro sujeto del derecho que no sea el hombre. En efecto, como anota el autor, son sólo los hombres individuales los que realmente actúan en nombre y representación de aquellas organizaciones colectivas, reconocidas o no (33).

- (31) Rescigno, "Manuale del diritto privato italiano", Nápoles, 1981, pág. 165
- (32) Bianca, "Diritto Civile", I, Milán, 1978, pág. 137 y s.s.
- (33) Galgano, "Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica", en Rivista de Diritto Civile, 1965, I, pág. 553 y s.s., "Diritto Privato", Padua, 2ª edición, 1983, pág. 79 y "Persone giuridiche", Boloña, 1969, pág. 23.

9. *Frosini y la situación jurídica*

Vittorio Frosini, al criticar el formalismo kelseniano, sostiene que el auténtico error de fondo en que se debate la doctrina jurídica consiste en el falaz presupuesto de que sea posible operar una distinción entre lo jurídico y lo ajurídico recurriendo a las normas. Es decir, restringiendo la experiencia jurídica al sólo terreno de la normatividad. Contrariamente, afirma, son las normas las que para adquirir un sentido concreto deben reportarse a los comportamientos que entienden disciplinar, o sea a la estructura de la acción, por lo que la vida jurídica no puede reducirse a una pura normatividad. Rechaza, por tanto, una teoría del sujeto del derecho desde una perspectiva formalista, la misma que lo constituye como un abstracto "centro de imputación" de normas.

El sujeto del derecho es para Frosini una estructura de las acciones humanas, organizadas en una situación jurídica coherente y unitaria, que permite operar "la conexión y la conversión requeridas entre la simbología de las normas y la morfología práctica de la vida social". El sujeto, sin embargo, es para Frosini distinto de la persona humana así como el personaje de una obra teatral es diverso del actor viviente que lo interpreta. Y es que para el autor el Derecho surge propiamente cuando "la acción se desprende del agente" y se objetiva o estructura según una regla, asumiendo forma y fuerza normativa.

El sujeto no corresponde a un nombre vano, carente de una realidad propia que sustente, precisamente, la formal simbología de las normas. El término "sujeto" puede ser referido al hombre singular, en cuanto complejo de acciones, o a la asociación, dentro de la perspectiva de la llamada "situación jurídica" vista en conexión con el ordenamiento jurídico. En la "situación jurídica subjetiva" el sujeto se encuentra en relación a un ordenamiento jurídico, considerado éste no como un "castillo normativo habitado sólo por fantasmas" sino como una estructura ordenada de las acciones humanas de una sociedad dada. La definición operativa que se puede dar del sujeto del derecho es así la de una situa-

ción jurídica subjetiva en cuanto conjunto de facultades y deberes, reconocida y garantizada por el ordenamiento jurídico (34).

No obstante la similitud de propósitos que fluyen tanto de la postura de Cossio como de aquella expuesta por Frosini, al rechazar toda solución formalista del problema del sujeto del derecho, no se puede soslayar la divergencia que los separa. La posición de Frosini contrasta evidentemente con la de Cossio desde que el primero, al igual que Recaséns Siches (35), considera que el sujeto del derecho no es el hombre en su plenaria realidad existencial sino un "personaje" que desempeña un determinado rol en la experiencia jurídica, un agente portador de determinadas acciones. Como diría Cossio, el sujeto del derecho se convertiría, según Frosini, en un espectro de hombre, lo que no es posible en tanto el ser humano no puede ontológicamente ser separado ni de su libertad ni de sus acciones, ni viceversa.

10. Direcciones del pensamiento contemporáneo sobre la persona

La apretada revisión del pensamiento de los autores mencionados en páginas precedentes ha puesto de manifiesto las tendencias actualmente predominantes en cuanto a la teoría sobre la persona jurídica así como ha evidenciado, en muchos casos, importantes coincidencias con las ideas medulares de Carlos Cossio en esta materia. De tal recuento emerge también con nitidez la existencia de un proceso de reelaboración que se viene gestando en los últimos años en torno a la teoría de la persona, restructuración que es debida a las solicitaciones de la propia experiencia, a los aportes de la doctrina y jurisprudencia y a la propia evolución normativa que incorpora nuevos centros de imputación normativa distintos de las personas individuales y de las personas tradicionalmente consideradas como "jurídicas".

Las direcciones de la ciencia jurídica contemporánea en lo que concierne a la persona jurídica constituyen respuestas moti-

(34) Frosini, "Il soggetto del diritto come situazione giuridica", en *Rivista di Diritto Civile*, I, 1969, pág. 277 y s.s.

(35) Recaséns Siches, "Vida humana, sociedad y derecho". Cap. I.

vadas en las insatisfactorias soluciones formuladas, a su tiempo, por la teoría de la ficción o la orgánica así como por el propio formalismo llevado a sus últimas consecuencias por Hans Kelsen. La imposibilidad de reducir el fenómeno de la persona jurídica, o de otros diversos centros de imputación normativa, a un puro esquema lógico-formal, cerrado y rígido, ha llevado a numerosos autores a clamar por la superación de la "forma" y a verificar que la noción de persona jurídica se encuentra en crisis (36). En verdad, la supuesta "crisis" surge cuando al tomarse en cuenta las urgencias y requerimientos de la realidad se pone al descubierto la insuficiencia de las propuestas que no logran aprehender la integridad del fenómeno jurídico. Es por ello que el esfuerzo más significativo de la doctrina y la jurisprudencia de las últimas décadas se endereza a rescatar el rol protagónico del ser humano en el Derecho y se dirige, como observa Zatti, a sustraer la solución de una serie de problemas de la persona jurídica "a la esclavitud de la forma y al mecánico respeto de la distinción entre ente e individuos" (37).

Ciertos autores, por otro lado, han puesto de relieve la relatividad e historicidad no sólo de los ordenamientos jurídicos, reguladores de la persona jurídica, sino también de la representación conceptual que de tales situaciones se deriva. Relatividad que, así mismo, tiene su origen en las diversas concepciones del Derecho en que se sustentan las varias ciencias jurídicas nacionales. De ahí que carezca de sentido referirse en abstracto a las personas jurídicas, sin relacionarlas con la experiencia concreta en las cuales operan. La relatividad de la noción de persona jurídica —y la de otros centros de imputación normativa que no sean el hombre individual— hace que sea necesario determinarla, caso por caso, en atención a las particularidades propias de los singulares ordenamientos normativos (38).

(36) Entre otros Rolf Serick, quien al constatar que en casos de actos ilícitos la jurisprudencia frecuentemente se ve obligada a desconocer la "forma" de la persona jurídica para individuar a las personas físicas que le sirven de substrato y que actúan en su nombre y representación, expresa que esta situación conduce a hablar de una "crisis" del concepto normativo de la persona jurídica. Cfr. "Forma e realtà della persona giuridica", Milán, 1966, págs. 4 y 5.

(37) Zatti, "Persona giuridica e soggettività", Padua, 1975, pág. 6.

(38) Cfr. Orestano, ob. cit., págs. 74, 75 y 76.

El problema no consiste en tratar de definir la persona jurídica con la vana intención de encontrar un "algo", un ente real o abstracto, que corresponda a esta expresión o en buscar una noción única con validez para todos los ordenamientos jurídicos particulares con el propósito de subsunir bajo la misma todos los fenómenos de imputación de calificaciones subjetivas, ya que el término "persona jurídica" resultaría ser, en palabras de Russel, un símbolo incompleto cuya única función es la de formular proposiciones capaces de resumir complicados y largos discursos (39).

En la más reciente doctrina y jurisprudencia comparada se hace cada vez más patente la tendencia a distinguir entre el plano lógico-formal, en el que se hallan los ordenamientos jurídicos y los conceptos atinentes a la persona, de aquel otro efectual-existencial donde aparece y actúa siempre el hombre, individualmente considerado, ya sea que se aluda en forma inmediata por el ordenamiento jurídico o se le miente, en forma mediata, por un ordenamiento jurídico parcial en el caso que se desempeñe en nombre y representación de una persona jurídica o de cualquier otro centro ideal de referencia para la imputación de deberes y facultades. Delinease así una vasta corriente de pensamiento que, coincidiendo sustancialmente con la inspiración cossiana, se caracteriza por aprehender el fenómeno jurídico en su totalidad, sin descartar ninguno de los elementos que lo conforman en recíproca exigencia.

(39) Cfr. Galgano, "Persone giuridiche", págs. 22 y 23.