

1955  
cd

**J. DABIN**

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE LOVAINA

El  
**Derecho  
Subjetivo**

Traducida por

FRANCISCO JAVIER OSSET



UNIVERSIDAD DE CHILE - DERECHO



3560 1000700009



EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO  
MADRID

CAPITULO II

LA DEFINICION DEL DERECHO SUBJETIVO

Uno de los principales argumentos de los adversarios del derecho subjetivo, especialmente de Duguit, es la imposibilidad de dar una definición satisfactoria que descubra la «naturaleza íntima», la «esencia verdadera» de ese «elemento invisible, pero real, que se quiere colocar detrás de la protección social» (1). El argumento, es preciso confesarlo, carece totalmente de pertinencia. Son muchas las cosas que son difíciles de definir, y nadie se atreverá por eso, sin embargo, a sostener que no existen ni tienen razón de ser. *Omnis definitio periculosa*. Esta observación es verdadera sobre todo en la esfera de las ciencias morales, puesto que las cosas son en ellas, a menudo, complejas y llenas de matices, de modo que no siempre se sabe por qué punta cotejarlas. A esto se añaden preocupaciones de lógica formal, porque la definición es un género sometido a leyes más o menos estrictas, de las que sería incorrecto apartarse.

Pero ni las emboscadas de una definición del derecho subjetivo, ni las divergencias y las controversias a que ha dado lugar esta definición efectivamente en la literatura, pueden justificar una condenación o una negación del derecho subjetivo como realidad. Queda por ver lo que valen las definiciones propuestas; hacer su análisis crítico (Sección I), y en caso de desconfiar de unas y otras intentar un esfuerzo de construcción personal (Sección II). ¿Será preciso decir que el fracaso en ese esfuerzo dejaría intacto el problema de su representación conceptual, pero no el del derecho subjetivo en sí mismo?

(1) DUGUIT: *Traité de droit constitutionnel*, 3.ª ed. París, 1927, T. I, § 25, pág. 274.

5.112-8.13-57-14.600-

SECCION I.—EXPOSICION Y CRITICA DE LAS DEFINICIONES  
CORRIENTES

En general, las definiciones del derecho subjetivo en curso entre los juristas desde el siglo XIX se agrupan en tres escuelas (2). La primera, que se puede decir clásica, pretende descubrir en la voluntad del sujeto el elemento esencial característico del derecho subjetivo: el derecho subjetivo es para ella «poder de voluntad». Como reacción contra esta doctrina apareció otra concepción que dejando aparte el sujeto se vuelve hacia el objeto y ve en el derecho un «interés jurídicamente protegido». Y, acabando el proceso, una tercera teoría intenta realizar la síntesis de los dos elementos, voluntad e interés, siguiendo, por lo demás, un orden de prioridad discutido, poniendo unos en primera fila el interés, y otros la voluntad.

Examinemos sucesivamente estas tres doctrinas.

## § 1

## EL DERECHO COMO PODER DE VOLUNTAD (WINDSCHEID)

Es la *doctrina de la voluntad*. Cuando la escuela clásica definió el derecho subjetivo como un «poder de voluntad» (*Willensmacht, Willensherrschaft*), empleaba un lenguaje muy equívoco. ¿Pretende significar que la voluntad del sujeto, en derecho, es todopoderosa, al menos en principio, que ella tiene en sí misma su propia razón de ser y razón suficiente (escuela liberal voluntarista: *Willenstheorie, Willensdogma*, como dicen los alemanes), o bien simplemente que el derecho subje-

(2) Se hace, pues, abstracción de los períodos anteriores, porque nuestro estudio no lo ofrecemos como estudio histórico. Pero ya se tendrá ocasión de ver en la parte constructiva que los análisis de la escuela tradicional, desde la antigüedad, no carecen de solidez.

tivo, tal como lo concede el derecho objetivo, se caracteriza por un poder de voluntad?

Se comprende esta duda porque incluso entre los autores que admiten la subordinación de la voluntad individual al derecho objetivo las afirmaciones favorables a la omnipotencia van unidas o alternan con la definición del derecho-voluntad. A tal extremo que SALEILLES ha podido equivocarse cuando al pretender captar la filosofía subyacente a esa concepción decía: «Se llegaba a desprender el derecho de toda relación de dependencia social para hacer de él una relación puramente individual, sacando de la libertad y la voluntad del hombre su causa original y su fuente inicial: Quiero, luego tengo derechos; tal era la divisa que podía servir de lema a toda esta filosofía. Era la analogía del: Pienso, luego existo, de Descartes» (3).

Pero esta interpretación completamente filosófica, del poder de voluntad, parece rebasar al pensamiento, menos ambicioso de los clásicos. Si se examinan, a la luz de los textos, las definiciones que nos dan por ejemplo los grandes pandectistas que han inaugurado la fórmula, se percibirá que el derecho-voluntad no lo establecen más que dentro del marco y de los límites del derecho objetivo, suspendido de la *Rechtsordnung*. Así, por ejemplo, para SAVIGNY «el derecho [subjetivo]... se nos aparece como un poder de voluntad. En los límites de ese poder, la voluntad del individuo reina, y reina por el consentimiento de todos» (4). Y más adelante «...cada relación de derecho se nos aparece como una relación de persona a persona determinada por una regla de derecho, y esta regla determinada asigna a cada individuo una esfera en que su voluntad reina

(3) SALEILLES: *De la personnalité juridique*, 2.<sup>a</sup> ed. Paris, 1922, pág. 535. Comp. págs. 524-25.—Ver en este sentido, aparte DUGUIT, MICHOUX: *La théorie de la personnalité morale*, Paris, 1906, T. I, n.º 43, pág. 69-70; n.º 47, pág. 101-102; n.º 51, pág. 110-112.—HAURIU: *Principes de droit public*, Paris, 1910, pág. 96-97.—GOUNOT: *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris, 1912, pág. 27, 332 y sigs.—JONESCU: *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Paris, 1931, n.º 39, pág. 79; n.º 43, pág. 85-87.—BONNARD: «Los derechos subjetivos de los administrados», en la *Rev. de droit public*, 1932, pág. 720-22; *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, Paris, 1934, n.º 13, pág. 41-42.

(4) SAVIGNY: *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, T. I, § 4, pág. 7.

independientemente de toda voluntad extraña» (5). También para WINDSCHEID si la función del derecho privado es trazar las fronteras entre las *Willensherrschaften* de los individuos respectivos, y determinar la medida en que la voluntad de cada individuo será determinante para los otros (6), ese poder de la voluntad está conferido por el derecho (7). No es preciso, pues, representar el derecho-poder de voluntad como inherente al sujeto aparte de toda dependencia social, abstracción hecha de toda regla de derecho que le de su fundamento y medida. Este fundamento podrá sacarse perfectamente de la idea —verdadera— del respeto debido por el individuo al individuo; y esa medida podrá señalarse perfectamente, según la doctrina kantiana, sobre la base del principio individualista —e inexacto— de la coexistencia de las libertades (8). No deja de ser por todo eso menos exacto que el derecho-poder de voluntad, tal como se le concibe, se apoya sobre la regla de derecho, y que siempre se tiene a la vista, por confesión incluso del mismo SALEILLES, una «facultad legal de querer», un *Wollendürfen*. (9). En consecuencia también, no

(5) SAVIGNY: *ob. cit.* T. I, § 52, pág. 327.—Añadir: § 53, pág. 328 («Se puede definir la relación de derecho como la esfera de la voluntad libre»).—Ver, por otra parte, para la crítica de la idea de que la regla de derecho sería siempre generadora de derecho subjetivo, antes, págs. 65 a 67.

(6) WINDSCHEID: *Pandektenrecht*, T. I, 8.ª ed. por KIPP, Francfort, 1900, § 27, pág. 99.

(7) WINDSCHEID: *ob. cit.* T. I, § 37, pág. 131.

(8) KANT: *Métaphisique des moeurs, Introduction à la théorie du droit*, § 13: «El derecho es el conjunto de las condiciones en las que la voluntad individual (*Willkür*) de uno puede unirse y asociarse a la voluntad individual de otro conforme a una ley universal de libertad» (trad. de Lalande: *Vocabulaire de la philosophie*, 4.ª ed. París, 1938, T. III, v.º *Droit*).—Otra es la cuestión de saber si tal es la exacta interpretación del pensamiento personal de KANT: ver sobre este punto, LEVY-HULLMANN: *Eléments d'introduction à l'étude des sciences juridiques*; I, *La définition du droit*, París, 1917, pág. 95-96, 158-59.

(9) SALEILLES: *ob. cit.* pág. 472, 503, 524, 561, 652.—Igualmente MICHOU: *ob. cit.* T. I, n.º 32, pág. 69.—Comp. CH. BEUDANT: *Le droit individuel et l'Etat*, París, 1891, que después de haber sostenido en tesis que el derecho se confunde con la libertad ideal, es decir, ilimitada, se ve forzado a contradecirse añadiendo que «el derecho positivo, que es la hipótesis, es decir, la práctica, sólo admite una libertad limitada, y limitada doblemente: por el respeto debido al

se puede tratar de un poder de voluntad puramente abstracto, sin otro objeto que el goce de la voluntad deleitándose en su propia potencia (10). En realidad, la voluntad siempre quiere alguna cosa, pero en derecho no le está permitido querer cualquier cosa, puesto que depende de la regla objetiva que asigna a su poder unos límites, e incluso a veces unos fines.

Es verdad que contra la idea de una facultad concedida por el derecho objetivo se ha objetado que el derecho subjetivo, al tener su raíz en la personalidad del individuo, es anterior a todo reconocimiento por el ordenamiento jurídico (11). Pero esto es confundir derecho objetivo *jurídico* y derecho objetivo *moral* (12). La concesión de un derecho subjetivo por el ordenamiento jurídico no es evidentemente gratuito; si tiene lugar es porque así lo impone una razón objetiva, que domina ese establecimiento de las reglas positivas y manda sobre la voluntad del legislador. Pero también es evidente que un derecho subjetivo no puede existir, en el plano jurídico, más que en tanto que el orden jurídico positivo lo reconozca, confiriéndole valor específicamente jurídico garantizado por unas vías de derecho (13).

Siendo esta la posición exacta y el alcance real del problema, problema que es mucho más técnico que filosófico, ¿qué debe entenderse por ese «poder de voluntad» en que consistiría la esencia del derecho subjetivo? Porque la expresión no sólo es ambigua: es abstracta, en el sentido de oscura.

Si preguntamos a WINDSCHEID, que se ha esforzado más que los demás en dar una idea a la vez precisa y concisa del derecho subjetivo, el

derecho ajeno, y por las necesidades sociales reconocidas por la ley» (pág. 142). Ver sobre esta contradicción, MICHOU: *ob. cit.* T. I, pág. 110, nt. 1.

(10) Tal como lo presenta IHERING: *L'Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, 3.ª ed. T. IV, § 70, pág. 320-21, 326.—Igualmente MICHOU: *ob. cit.* T. I, n.º 47, pág. 101-102.

(11) DERNBURG: *Allgemeine Lehre des bürgerlichen Rechts*, 2.ª ed. Halle, 1902, § 41, pág. 104-105; igualmente BEUDANT: *ob. cit.* pág. 210.

(12) Ver antes, págs. 61 y sigs.

(13) Comp. con las observaciones similares de KIPP, sobre WINDSCHEID, T. I, § 37. nt. 3, pág. 133.

X derecho en sentido subjetivo (*Berechtigung*) tiene dos significaciones diferentes. Significa, en primer término, derecho a un cierto comportamiento, acto u omisión, por parte de todas las personas, o de una persona determinada, frente al titular. Este derecho nace del modo siguiente: La regla objetiva (*Rechtsordnung*) ha dictado, sobre la base de la situación concreta, una norma de conducta que pone a disposición de aquél en cuyo favor se ha dictado tal norma. Deja al beneficiario la facultad de hacer uso o no de la norma, y especialmente de utilizar los medios previstos frente al transgresor. De este modo es la voluntad del beneficiario la que es determinante para la puesta en ejecución de la regla. El derecho objetivo se ha desprendido en provecho de esa persona de la orden que ha dictado, haciendo de su propio ordenamiento el ordenamiento del beneficiario: el derecho ha venido a ser su derecho (14).

El segundo significado se da cuando se dice, por ejemplo, que el propietario tiene el derecho de enajenar su cosa, que el acreedor tiene el derecho de ceder su crédito, que un contratante tiene el derecho de renunciar o de rescisión, etc... Aquí se entiende que la voluntad del titular es decisiva para la creación de los derechos de la primera especie, o también para la supresión o la modificación de éstos. El poder de voluntad atribuido al titular ya no interviene solamente a los fines de la ejecución, sino con vistas a la producción misma de las normas del orden jurídico.

Considerando en estas dos formas, el derecho subjetivo puede ser definido, por tanto, bien como potencia de voluntad (*Willensmacht*), bien como la soberanía de voluntad (*Willensherreschaft*), concedidas ambas, condicionadas y limitadas por el derecho objetivo. Tal es, reproducida literalmente, la concepción de WINDSCHEID (15). X

X Esta concepción suscita muchas objeciones. La primera la plantea el mismo WINDSCHEID, que, en comentario en nota del texto, observa que el derecho subjetivo puede existir independientemente de toda volun-

(14) Confr. VALETTE: *Cours de Code civil*, T. I, 1872, n.º 4: el derecho (en sentido subjetivo) es «la facultad que pertenece a una persona de invocar una cierta regla en un caso dado y obtener un provecho».

(15) WINDSCHEID: *ob. cit.* T. I, § 37, págs. 130-131.—Añádase para las diferentes especies de derechos reales, personales y *an der eigenen Person*, §§ 38 a 40.

tad real, así como de toda manifestación de voluntad del titular: aquél que penetra en terreno ajeno viola el derecho de propietario sin que éste haya tenido necesidad de manifestarle ninguna prohibición; el deudor que no paga en la fecha fijada viola el derecho del acreedor, aunque éste no le haya dirigido ninguna orden. WINDSCHEID comprueba además que un derecho puede tener por titular a una persona incapaz de voluntad y desprovista de representante, que incluso se puede tener derechos sin saberlo (16). He aquí, pues, un poder de voluntad en el que la voluntad no interviene para nada, del que puede estar completamente ausente: ¿no es contradictorio? X

X WINDSCHEID había creído poder escapar a la objeción diciendo, en su primera edición, que «lo que el orden jurídico tenía por determinante en la concesión de un derecho subjetivo no era la voluntad del titular de derecho, sino solamente un cierto contenido de voluntad.» Después ha reconocido «la insuficiencia» de esta explicación: ¿cómo representarse un contenido de voluntad aparte de todo poder de voluntad? Pero la nueva respuesta que da en las ediciones ulteriores de su libro no es más satisfactoria. La base de la teoría, de la que es deudor, según declara, a THON, es que la voluntad de que se trata en derecho subjetivo es «únicamente la voluntad del orden jurídico y no la voluntad del titular». Porque incluso cuando el orden jurídico toma el contenido de su norma de la voluntad de una persona es aquél el que manda y no esta persona. Sin embargo, tratándose por hipótesis de una norma dictada en el interés de una persona, el orden jurídico declara decisiva la voluntad del individuo beneficiario. Esta voluntad se convierte en determinante para el comportamiento de los terceros, puesto que ha sido reconocida como determinante por el orden jurídico competente para regular su conducta. Resulta, pues, que, para WINDSCHEID, la voluntad del orden jurídico se ha convertido por apropiación en la voluntad del beneficiario, en tanto que para THON la voluntad del beneficiario no es llamada a entrar en liza sino más tarde, en el momento en que el ordenamiento sufre violación, y a fin de hacerlo respetar (17). X

Pero toda esta discusión carece de pertinencia, porque no se enfren-

(16) WINDSCHEID: *ob. cit.* T. I, § 37, nt. 3, pág. 132.

(17) WINDSCHEID: *ob. cit.* T. I, § 37, pág. 132-133, nt. 3.

ta con la objeción. Se busca definir las relaciones entre la voluntad del orden jurídico y la voluntad de sujeto (18). Ahora bien, el problema está en explicar cómo un individuo puede ser titular del derecho subjetivo cuando, incapaz de voluntad y desprovisto de representante, se encuentra imposibilitado de realizar el acto de apropiación del beneficio de la norma, que constituye, según WINDSCHEID, la esencia del derecho subjetivo (19). En efecto, hay que elegir una de las dos cosas. O bien es preciso mantener la paradoja de que este individuo, falto de voluntad, no tiene derecho alguno a la vida, ni a moverse o pasear, que no puede ser propietario ni acreedor (de igual modo que no puede estar sometido a ninguna obligación) (20); o bien es preciso renunciar a definir el derecho subjetivo por la voluntad. El caso del individuo sin voluntad no es además el único, como WINDSCHEID lo reconoce en su objeción. Nada impide que se sea titular de un derecho sin saberlo; así, el heredero, el legatario, el beneficiario de una estipulación a favor de tercero, en el caso de ignorancia de la muerte, del testamento, o de la estipulación, porque antes de esta aceptación no sólo está llamada la persona a recoger su derecho, sino que ya está investida de él (21). También sucede

(18) Ver para la crítica de la tentativa de WINDSCHEID en este respecto, KELSEN, y tras él DUGUIT: *Traité de droit constitutionnel*, T. I, n.º 25, pág. 277-79; § 44, pág. 478.—Igualmente JONESCO: *ob. cit.* n.º 41, pág. 82-83.

(19) Ver en este sentido IHERING: *ob. cit.* T. IV, § 70, pág. 321-25.—MICHOU: *ob. cit.* T. I, n.º 46, pág. 100-101.

(20) Esta es la tesis, sobre todo, de E. ROGUIN: *La science juridique pure*, Paris-Lausanne, 1923, T. II, n.º 684 y sigs.—Confr. P. CUCHE: *Conférences de philosophie du droit*, Paris, 1919, pág. 121 y sigs.—En cuanto a las concepciones de Hölder y de Binder, ver MICHOU: *ob. cit.* T. II, Apéndice, págs. 506-507 y 510; SALEILLES: *ob. cit.* pág. 485 y sigs. Para la crítica de esas concepciones, ver MICHOU: *ob. cit.* T. II, pág. 508-509; 513-514; SALEILLES: *ob. cit.* pág. 499-502; 506 y sigs.; 536-537, 600, nt. 1.

(21) Si, en contra de la solución admitida generalmente, se decide que el sucesor no adquiere de pleno derecho la propiedad de los bienes dejados por el causante, sino solamente un derecho a esa propiedad, es decir, una facultad de aceptarla (ver en este sentido DE PAGE y DEKKERS: *Traité de droit civil belge*, T. IX, *Des successions*, Bruselas, 1946, núms. 530 y 568), no cambia la solución porque es entonces la facultad de aceptar, el derecho de opción lo que se ha adquirido sin saberlo.

que la persona investida del derecho sin saberlo no tenga facultad para renunciar a él: así ocurre en el caso del heredero necesario del derecho romano, o cuando no es un puro beneficio, sino que va acompañado de la idea de función, tal como la patria potestad, o la potestad tutelar, que son cargas obligatorias.

- C. Pero, aun aparte estas hipótesis, más o menos excepcionales, en que la voluntad está ausente o es indiferente, no es cierto que el derecho subjetivo requiera para existir alguna iniciativa de la voluntad. ¿Cuál sería, en efecto, el objeto de esta iniciativa? WINDSCHEID habla de un acto «de apropiación del beneficio de la regla, acto por el cual el titular decidiría actuar contra el transgresor para la ejecución de la regla (*Durchsetzung*). Pero el derecho existe, perteneciente al sujeto, antes de todo acto de apropiación o de puesta en ejecución, anteriormente a toda violación o intromisión. Por ejemplo, el derecho a la vida existe, como derecho subjetivo, desde el instante en que nace el individuo y en tanto que sigue viviendo, por el solo hecho de esa vida, sin ninguna manifestación explícita de una voluntad de reivindicar el derecho a la vida. Y esto es porque el derecho a la vida existe antes de que pueda dar lugar a violaciones y a reivindicaciones. También el derecho de propiedad, que confiere al titular la plena libertad de utilización de una cosa, existe como derecho subjetivo portegido, aparte de toda idea de discusión, al menos actual (22), del derecho del propietario. De no ser así, el derecho sólo aparecería en el momento preciso en que es atacado. Igualmente sucede en el derecho de crédito: el acreedor tiene sin duda el derecho de reclamar la prestación que es objeto de su crédito, pero solamente como consecuencia del derecho que tiene a esa prestación, y sólo la reclama si el deudor se retrasa en cumplirla. Es que hace falta siempre distinguir entre el *derecho mismo* y su *puesta en ejecución*, sobre todo por la vía de la coacción: la voluntad del titular del derecho (o de su representante) es necesaria para esa ejecución, pero presupone, lógicamente, el derecho, un derecho existente y actual.

(22) Esta reserva final está destinada a destacar que todo derecho supone otra persona, es decir, un posible contrincante; ver más adelante págs. 116 y sigs.

Acaso se buscará llevar más adelante el juego de la voluntad, en alguna actividad del sujeto inherente al derecho mismo, *antes de la puesta en ejecución*. En este sentido tener un derecho sería esencialmente *obrar* y por consiguiente *querer*; querer los actos del ejercicio del derecho en cuestión. Pero sin contar que ésta no es la tesis inicial (23), ese análisis no es exacto. En primer lugar, hay derechos que, por su objeto, no postulan ningún obrar, ningún ejercicio: así el derecho a la vida, en el que el titular no obra, así como no quiere, contentándose con poseer el bien de la vida y gozar de ella. En este caso la existencia del derecho se confunde con su goce, que es puramente pasivo (24). En segundo lugar, en los casos inclusive en que el derecho, según su objeto, pide ejercicio en el sentido de una toma de posición cualquiera (caso de las diferentes libertades, del derecho de propiedad, del derecho de crédito), el titular tiene, sin duda, la posibilidad *moral* de ejercerlo; pero puede suceder que por una razón cualquiera, objetiva o subjetiva, esté en la imposibilidad *material* de ejercerlo o que en realidad se *abstenga*, por principio, de ejercerlo. Ahora bien, en tesis, esta imposibilidad o esa abstención, más o menos radical, de ejercicio no perjudica en nada al derecho: el individuo que rehusa el uso de tal o cual libertad, el propietario que deliberadamente deja su campo yermo, el acreedor que se desinteresa de su crédito, no pierden, en principio, nada de su derecho (25).

De igual modo, incluso el ejercicio de un derecho está lejos de postular siempre la existencia de la voluntad, del titular del derecho o de

(23) Se aproxima entonces uno a las definiciones tradicionales—facultad de obrar o facultad de hacer—con apenas la diferencia de que el derecho es definido como poder «de obrar» y no, como entre los alemanes, como poder de «querer».

(24) Evidentemente, vivir es también, en cierta manera, poner los actos indispensables para la conservación de la vida, respirar, alimentarse, pasearse, dormir... Pero por derecho a la vida se entiende la vida misma y no los medios de conservarla, que corresponden a derechos distintos.

(25) Comp. sobre todo esto IHERING: *ob. cit.* T. IV, § 70, pág. 334: «El disfrute [del derecho] reviste formas diferentes según la diversidad de las cosas a las que se aplica. Unas veces existe por sí mismo, a la vez que el derecho mismo, en tanto que éste no ha sido lesionado (por ej.: la libertad, el honor, las servidumbres negativas); y otras reclama un acto del titular del derecho.»

un representante: el *infans* ejerce su derecho de propiedad cuando habita la casa que le pertenece; el loco ejerce su libertad cuando se pasea (26). También hay actos materiales de ejercicio de naturaleza puramente corporal en los que el espíritu no es necesario para nada. Seguramente un ejercicio racional de los derechos supone un sujeto consciente de sus actos; y por eso podrá el derecho objetivo, en interés del sujeto físicamente incapaz, confiar a un representante el cuidado de obrar en su lugar, no solamente para los actos *jurídicos* relativos a sus derechos, sino también, a menudo, para los actos *materiales* de ejercicio: así es como el tutor administra los bienes del menor, jurídica y materialmente, y el menor se limita a recoger los provechos de la gestión. Pero debe notarse que a falta de tal régimen de protección, el incapaz de hecho conserva intacto no sólo su derecho, sino la facultad de ejercerlo (inteligentemente o no), al menos en lo que concierne a los actos *materiales* de ejercicio (27).

Así pues, ni el ejercicio del derecho supone necesariamente la voluntad, ni el derecho se confunde con el ejercicio del derecho. Aun en la hipótesis más favorable, la de derechos que implican normalmente actos conscientes de ejercicio, siempre subsiste una distinción entre el *derecho* y el *ejercicio del derecho*, de suerte que el derecho no puede ser definido por los rasgos que se refieren a su ejercicio. El ejercicio puede ser perfectamente la consecuencia necesaria o, en cierto modo, el objeto del derecho; pero no lo constituye. Y, por tanto, el concepto de *Willensmacht*, aun suponiéndole válido para el ejercicio, no lo será, necesariamente, para el derecho (28).

(26) Ver en este sentido, MICHOU: *ob. cit.* T. II, Apéndice, pág. 494, párrafo que se encontrará más adelante, pág. 94.

(27) Para los actos *jurídicos* de ejercicio, en efecto, se requiere una voluntad consciente, porque el acto jurídico es, por definición, un acto de voluntad. En caso de falta, o de vicio, de la voluntad, el acto sería susceptible por ello de anularse.

(28) Comp. con la crítica de MICHOU: *ob. cit.* T. I, n.º 47, pág. 101-102: «La ley protege, no la voluntad, sino el interés que esa voluntad representa.»—Pero no se trata de saber si la ley protege el acto de volición en sí mismo, abstracción hecha de su contenido; se trata de saber si el derecho subjetivo se define por la voluntad o por el interés: lo cual es otro problema.

En cuanto a la segunda categoría de derechos subjetivos establecida por WINDSCHEID (en la que el papel de la voluntad ya no es solamente poner en ejecución la regla o norma, sino *creador*, por creación de derechos de la primera categoría o por modificación o supresión de éstos), se le ha reprochado que no es más que otra especie del mismo género, y que se refiere en su mayor parte a los derechos de la primera categoría (29). Reproche discutible, porque, en fin, el derecho de disponer jurídicamente de una cosa, es decir, de transmitir a otro el derecho de disponer de ella materialmente es un derecho distinto de aquél que tiene por objeto esa misma disposición material. De un lado se dispone de la *cosa* por *actos materiales*; de otra parte se dispone del *derecho* por un *acto jurídico*. Enajenar su cosa no es ejercer ya su derecho de propiedad; es deshacerse de ella al transmitirla a otra persona.

Sea lo que sea del problema de la clasificación (30), es posible admitir, siempre por las mismas razones, que el derecho de enajenar su cosa, el derecho a ceder su crédito, el derecho de renuncia o de rescisión (estos son los ejemplos invocados por WINDSCHEID), puedan ser definidos, en cuanto derechos, como poderes de voluntad. Sin duda, a diferencia de los *actos materiales* de ejercicio, que no suponen necesariamente para nada la voluntad, los actos de *disposición jurídica* implican, por definición, la voluntad: por el «poder soberano» de la voluntad (*Willensherrschaft*), con el permiso de la ley, es por lo que se produce el efecto traslativo de derecho. Pero poco importa; así como los actos materiales de disposición de una cosa no son constitutivos del derecho que consiste en tener la cosa propia, tampoco los actos jurídicos de disposición de esa cosa son constitutivos del derecho de enajenar su cosa. De este modo se define el contenido del derecho, que es establecer (o poder establecer) actos, bien materiales, bien jurídicos, y en este sentido de querer; no se define el derecho *en su ser*, en cuanto tal: el derecho de querer o de expresar una voluntad, incluso engendradora de efectos jurídicos, no

(29) Ver sobre este punto la crítica más o menos decisiva de KIPP sobre WINDSCHEID: *ob. cit.* T. I, § 37, nt. 3, pág. 135-37; igualmente JONESCO: *ob. cit.* n.º 41, pág. 83.—Confr. IHERING: *ob. cit.* T. IV, § 70, pág. 337.

(30) Sobre este problema se encontrarán algunas referencias en el cap. IV, pág. 221, nt. 43.

implica que el derecho mismo de querer, es decir, de realizar los actos, sea querer (31). Ejercer de manera efectiva y actual el derecho de enajenar su cosa, de ceder su crédito... requiere la voluntad, pero no el derecho mismo de enajenar, de ceder, que requiere simplemente la condición de propietario de la cosa, de titular del crédito, dotado o no de voluntad, en estado o no de ejercer el derecho (32).

## § 2

## EL DERECHO, INTERÉS PROTEGIDO (IHERING).

El adversario más incisivo, más elocuente de la concepción del derecho-voluntad, es IHERING. Partiendo precisamente de la comprobación de que muchas personas sin voluntad (al menos consciente), los locos, los impúberes, tienen reconocidos derechos, deduce que «el verdadero derecho habiente es aquél que puede pretender, no el *querer*, sino el *aprovechar*» (33). De ahí la definición famosa: «Los derechos son intereses jurídicamente protegidos» (34). Para IHERING, «dos elementos constituyen el principio del derecho, uno *substancial*, en el que reside el fin práctico del derecho y que es la utilidad, la ventaja, la ganancia asegurada por el derecho; el otro *formal*, que se refiere a ese fin únicamente como medio, a saber la *protección* del derecho, la *acción judicial* (35). «Utilidad, bien, valor, goce, interés: tal es la sucesión de las ideas» que despierta el primero de los elementos componentes del derecho.

Cualquier derecho existe para el servicio, para la utilidad del hombre; siempre tiene por contenido un bien, de naturaleza moral o económica

(31) Confr. la crítica de KELSEN, citada y aceptada por DUGUIT: *Traité...* T. I, § 25, pág. 279-80.

(32) Comp. de modo general, para la crítica de las concepciones que definen el derecho común como un «poder jurídico», GARBAGNATI: «Derecho subjetivo y poder jurídico», I, n.º 1 a 8, en *Ius*, Milán, 1941, pág. 550 y sigs.

(33) IHERING: *ob. cit.* T. IV, § 70, pág. 325.

(34) IHERING: *loc. cit.* pág. 328.

(35) IHERING: *loc. cit.* pág. 327-28.

que, objetivamente, representa un valor y, subjetivamente, respecto al individuo beneficiario, un interés. Este interés es lo que constituye el principio del derecho (36). Al que se une la acción judicial que es «la cubierta protectora del derecho»: «El goce o la perspectiva del goce, se hace entonces segura y se convierte en un derecho. La seguridad jurídica del goce es la base del principio del derecho» (37).

En cuanto a la voluntad, cuyo papel declara IHERING capital en el establecimiento del derecho (38), no interviene para nada, dice él, en el derecho mismo, más que a título subordinado. El goce domina sobre la voluntad; pero «en donde la ley no ha regulado estricta y definitivamente la manera en que el derecho debe servir al sujeto, es la voluntad la que asigna al derecho esa dirección; ella es la que le hace servir a tales necesidades y a tales fines de un sujeto determinado»: así sucede en la propiedad, donde corresponde a la voluntad del sujeto determinar la forma en que la cosa será utilizada (39). Es verdad que la voluntad es dueña, bien de abandonar el derecho, bien en caso de violación o de perturbación, de defenderlo; pero, dice IHERING, todo esto es secundario: reivindicar un derecho no es más que un medio para llegar a poder gozar de él; un derecho puede subsistir también aunque no sea susceptible de abandono. «Pero lo que no puede faltar al derecho es el goce. Puede concebirse gozar de un derecho sin disponer de él; disponer sin gozar es imposible» (40).

(36) IHERING: *loc. cit.* págs. 328-32.—Se trata aquí del derecho subjetivo. Pero IHERING ha dado en otra obra (*Der Zweck im Recht*, 1.ª ed. 1877; 3.ª ed. 1893) una definición del derecho objetivo también por el fin («la garantía de las condiciones vitales de la sociedad»; 3.ª ed. trad. Meulenaere, pág. 443), manteniendo por otra parte que todas las reglas del derecho «tienen al hombre por fin» (pág. 463 y nt. 1). No hay ninguna contradicción, aunque piense LEVY-HULLMANN (*La définition du droit*, pág. 100 y sigs.) que descuida la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo en sentido clásico.

(37) IHERING: *loc. cit.* pág. 328.

(38) Confr. con la segunda categoría de WINDSCHEID, anteriormente, pág. 74.

(39) IHERING: *loc. cit.* págs. 337-38.

(40) IHERING: *loc. cit.* pág. 338.—Precisemos, por lo demás, que para IHERING la dación gratuita de una cosa implica también un goce para quien da (pág. 335).—Precedentemente (págs. 333-34) ha distinguido IHERING entre goce

De igual modo que en la de WINDSCHEID, y en virtud de los mismos yerros, la definición de IHERING ha sido atacada en el terreno filosófico. Se la ha acusado de tendencias materialistas: llevar la substancia del derecho al interés, al goce, suprimir el elemento espiritual de la voluntad, ¿no es caer en el materialismo sensualista y utilitario? Se le ha reprobado, sobre todo, el servir de fundamento y de justificación al despotismo: si el derecho no es más que un interés protegido, en el que la voluntad del sujeto no tiene parte alguna, es entregarlo a merced del Estado, único competente para apreciar los intereses y la protección que merecen. Pero estas quejas, exactamente inversas a las dirigidas—IHERING a la cabeza—contra la doctrina pretendidamente «liberal y voluntarista» de la voluntad, son—consideradas en sí mismas—tan inexactas como las primeras, y si se atiende a la cuestión debatida, igualmente extrañas al debate.

En primer lugar, cuando IHERING habla de «gocce» (*Genuss*) de «interés», no mira únicamente a los bienes del orden material, sino a todos los bienes humanos de toda clase: «Hay otros intereses—escribe—diferentes a la fortuna material, que deben estar garantizados al hombre. Por encima de la fortuna se colocan bienes de naturaleza moral cuyo valor es, de otro modo, grande: la personalidad, la libertad, el honor, los lazos familiares» (41). Así pues, la misma libertad, no está excluida de la lista de los intereses dignos de protección; ¿y qué es la libertad si no, en el marco de las leyes, la voluntad autónoma? (42). IHERING solamente pretende que el fin del derecho, de todos los derechos subjetivos, incluida la libertad, no es otro que la realización de un cierto bien del hombre, y en modo alguno el vano placer de una voluntad deleitándose en el juego

del derecho y su ejercicio, comprendiendo éste, además del goce, todo lo que el titular puede emprender por medio del derecho, a saber la reivindicación y prosecución del derecho en caso de lesión. En este sentido el ejercicio del derecho es la acción judicial.

(41) IHERING: *loc. cit.* pág. 328.—Es verdad que el autor añade que sólo es en la esfera económica donde la idea de valor saca su interés práctico, en el sentido de que la libertad, la vida, el honor son inestimables en dinero (página 329-30).

(42) Comp. en igual sentido, MICHOD: *ob. cit.* T. I, n.º 51, pág. 112.

de su propio poder: «la voluntad está para el derecho y no el derecho para la voluntad» (43). Pero esta concepción finalista que pone el derecho subjetivo al servicio del hombre y, en el hombre, al servicio de un bien real y objetivo, ¿en qué fomenta la acusación del materialismo?

IHERING no se equivocaba más que en una cosa: en imaginar que sus adversarios pensaban de otro modo. Ahora bien, jamás entre los juristas, salvo en Hegel o en Nietzsche (44), ha tenido la doctrina de la voluntad este alcance anti-teleológico. Y sin ninguna reserva mental ha podido responder Windscheid a IHERING que «sin duda el orden jurídico sólo concede derechos con vistas a la satisfacción de los intereses de aquellos a quienes se los concede» (45). Pero es otra cosa distinta saber si el interés-gozo basta para dar la exacta representación del derecho.

Se ha reprochado sobre todo a la definición de IHERING el entregar el derecho subjetivo al poderío arbitrario del Estado: el derecho-interés, separado de toda voluntad subjetiva, no sería más que aquello a que el Estado quiere conceder su garantía (46). Pero la queja proviene de una ilusión. En el plano del derecho positivo, que es el nuestro, el derecho subjetivo depende fatalmente de la voluntad del Estado, dueño de la ley que crea los derechos subjetivos y los protege. Sólo los intereses reconocidos por la ley positiva y, en tal sentido, por el Estado, adquieren valor de derechos subjetivos jurídicos (47). Pero aunque se defina el derecho subjetivo por la voluntad del sujeto, el resultado será idéntico, puesto que siempre corresponderá a la ley y, por consiguiente, al Estado, medir, limitar o suprimir el poder de voluntad por el que se define el derecho subjetivo. Porque la voluntad no es superior a la ley; por hipótesis le está sometida. Y por tanto no tiene poder más que sobre la base y den-

(43) IHERING: *loc. cit.* pág. 327. (Meulenaere traduce demasiado libremente: «La utilidad, no la voluntad es la substancia del derecho»).

(44) Ver en relación con HEGEL los pasajes recogidos y criticados por IHERING: *loc. cit.* pág. 318 y sigs., especialmente la nota 490.

(45) WINDSCHEID: *ob. cit.* T. I, § 37, nt. 3, pág. 132.

(46) Esta es la objeción de BEUDANT: *Le droit individuel et l'Etat*, París, 1891, pág. 210.—Ver también SALEILLES: *ob. cit. passim*, y especialmente pág. 541-42.

(47) Sobre la distinción del plano jurídico y del plano moral, ver antes especialmente págs. 57 y sigs.

tro del marco de la ley. Se sigue de ello que la arbitrariedad tan temida de la ley positiva siempre tendrá ocasión de mostrarse, de igual modo y en el mismo grado, cualquiera que sea la definición adoptada. Si se quiere evitar eso no hay más solución que descubrir la fórmula que permita someter a la norma de un derecho objetivo superior al derecho objetivo legal la actividad del Estado, dueño de los derechos subjetivos. Y este es otro problema muy distinto, y bien conocido, que no se resolverá mediante un cambio en la definición del derecho subjetivo, pues tal cambio sólo afectaría en suma a la construcción, pero no al fondo de las cosas (48).

El vicio de la definición de IHERING yace, por lo demás, en el plano metodológico.

Notemos, en primer término, que el interés no puede ser la substancia o la esencia del derecho puesto que a falta de protección jurídica el interés «no crea, según el mismo IHERING, mas que un estado de hecho de utilidad o de goce (interés de hecho), que el primer recién llegado que tenga el medio oportuno en realidad, puede impunemente en cada instante sacudir o derribar» (49). El interés, por sí solo, aun lícito y no prohibido, sólo es, pues, un simple hecho extraño por sí mismo al derecho; y sólo pasa al rango de derecho subjetivo en el momento en que se encuentra garantizado por una acción judicial (50). ¿Residirá entonces el elemento substancial del derecho en esa acción? (51). IHERING parece dejarlo creer

(48) Comp. MICHOU: *La théorie de la personnalité morale*, T. I, París, 1906, n.º 50, pág. 108-110.

(49) IHERING: *loc. cit.*, pág. 328.

(50) Tal es en efecto el género de protección que considera IHERING: la acción judicial y no una protección *indirecta*, como la que resulta para ciertos intereses de una política proteccionista, o una protección *general*, como la que se concede a ciertos usuarios de ciertas porciones del dominio público (hipótesis que IHERING mismo ha considerado separadamente bajo el nombre de derechos reflejos del derecho objetivo: ver T. IV, § 71, pág. 339-40). En consecuencia carece de importancia la objeción opuesta a la doctrina de IHERING de la existencia de intereses jurídicamente protegidos, que no son por eso elevados a la dignidad de derechos (MICHOU: *ob. cit.* T. I, n.º 48, pág. 103. Igualmente SALEILLES: *ob. cit.* pág. 504-505, 541 y sigs.).

(51) Ver en este sentido, WINDSCHEID: *ob. cit.* T. I, § 37, nt. 3, pág. 132: «la substancia del derecho no está en el interés, sino en la protección».

así cuando observa que gracias a la protección, el goce, asegurado ya en adelante, «se convierte en un derecho»; que «la seguridad jurídica del goce es la base del principio del derecho» (52); que «el derecho es la seguridad jurídica del goce» (53). Pero al mismo tiempo, IHERING describe la protección «únicamente como el medio relacionado con el fin del derecho» que es el interés o el goce (54), de donde deduce que el derecho no puede definirse por la acción, que sólo es el medio, «la envoltura protectora».

¿Se dirá, para terminar, que el derecho es, todo junto e indisolublemente, el fin (gocce) y el medio (la protección), «el interés jurídicamente protegido»? Tal es ciertamente el pensamiento de IHERING, para quien el derecho es cosa compleja, sistema organizado de fin y medio. Queda por resolver, sin embargo, que en todo sistema el fin, que es el elemento substancial, tiene primacía sobre el medio, que es todo lo más el elemento formal (estas son las expresiones de IHERING). Ahora bien, ¿cómo explicar, lógicamente, que la intervención de la protección, que sólo es el medio, pueda tener por efecto operar ese cambio de substancia: la transformación del interés, simple hecho, en derecho subjetivo? Es cierto que la protección jurídica podrá ser el *signo revelador* del derecho: así, constituyen derechos todos los intereses, no definidos o enumerados por la ley, que se encuentran sancionados, en caso de perjuicio, por una acción de reparación (art. 1.382 y sigs. Cód. civ.). Pero si la protección jurídica permite descubrir el derecho y diferenciarlo del simple interés, no lo crea o constituye (55). El interés sólo es un derecho porque está protegido;

(52) IHERING: *loc. cit.* pág. 328.

(53) IHERING: *loc. cit.* § 71, pág. 339.

(54) IHERING: *loc. cit.*, pág. 328.

(55) Sucede a veces que se protejan intereses que no constituyen ciertamente ningún derecho: así, no solamente la posesión de mala fe (caso sobre el que volveremos: ver más adelante pág. 127), sino también la categoría de los derechos futuros, de los derechos condicionales (bajo condición suspensiva), de los derechos eventuales. Por hipótesis, esos derechos no tienen ninguna actualidad. A título de intereses están protegidos, sin embargo, por medidas conservativas (que serán ellas mismas el objeto de derechos privativos).

está protegido, por el contrario, porque se reconoce que es un derecho, y merece como derecho protección. Y sigue en pie la cuestión entera de saber en qué consiste el derecho.

De igual modo, para IHERING el interés es lo que, en el conjunto, representa el elemento esencial, decisivo: el derecho es interés porque está al servicio de un interés, porque la satisfacción de un interés es su fin. De este modo se coloca IHERING en el punto de vista teleológico. Pero aunque el derecho tenga un fin, es un error definir el derecho por su fin: de ese modo se señala el fin del derecho, pero no se define el derecho (56). Lo que hace falta, por el contrario, es una definición del derecho tomado en su propio ser, abstracción hecha de su función y de su fin. Una concepción teleológica no dispensa de dar una definición real, por la cosa misma (57). Ahora bien, y empleando los términos de IHERING, si «el fin práctico del derecho es la utilidad, la ventaja, el provecho asegurado por el derecho», no puede ser confundido éste con esa utilidad, ventaja y provecho de cuyo logro es el medio. Necesariamente implica esto alguna otra cosa, específica, que lo constituya en tanto que derecho, y por consiguiente que lo defina. Esa «alguna cosa» es lo que hace falta descubrir, en virtud de la cual el interés, consagrado por el derecho objetivo, se convierte en derecho subjetivo, garantizado a título de tal contra toda perturbación o violación.

De modo concreto, no es la vida, o el interés de la vida, o el goce de la vida lo que constituye la esencia o la substancia del derecho a la vida como derecho subjetivo; ni la facultad física de ir y venir en cuanto al derecho subjetivo de libertad individual; ni la utilización económica de las cosas en cuanto al derecho subjetivo de crédito. Estos diversos intereses constituyen la substancia del derecho únicamente en tanto que

(56) Ver en el mismo sentido, WINDSCHEID: *ob. cit.* T. I, § 37, nt. 3, pág. 132: «El fin, para el que es dado el derecho, no debe entrar en la definición del derecho.»—SALEILLES: *ob. cit.* pág. 541, 545.

(57) Así procede el mismo IHERING en la definición de lo que se llama los «cuerpos jurídicos (igual instituciones), en donde descarta el método teleológico o sociológico: «No definimos, pues, el cuerpo según lo que produce o debe producir; no consideramos más que su estructura, sus elementos anatómicos» (T. III, § 46, pág. 55 y sig. Igualmente T. II, § 35, pág. 134-35).

le proporcionan su materia, su substrato, su objeto. Pero hay otra cosa en el derecho a la vida, en el derecho de libertad individual, en el derecho del propietario o el derecho del acreedor, además del bienestar de la vida o de la libertad física, el provecho de las cosas o de los servicios, incluso asegurados y garantizados por las vías de derecho; *otra cosa* que no es el *valor* económico o moral (según la naturaleza del interés en cuestión), que tampoco es de orden psicológico, a saber la *voluntad* del interesado; otra cosa que es el elemento propiamente jurídico que responde a la pregunta: ¿qué se quiere expresar exactamente cuando se habla, en sentido subjetivo, del derecho a la vida, del derecho de moverse libremente, del derecho a explotar una cosa, del derecho a una cierta prestación, en una palabra, del *derecho* correlativo a esos distintos *intereses*? (58).

Es posible que el derecho subjetivo se identifique con el interés del sujeto, pero visto bajo un cierto aspecto que le confiere el carácter de derecho; y falta precisar y definir ese aspecto, único constitutivo del derecho. Contentarse con referir el derecho a un interés, aun cubierto con la protección jurídica, es renunciar a definir el derecho por lo que es en sí mismo. El interés es *prejurídico* (es la materia o el fin del derecho); la protección es *postjurídica* (supone el derecho): el derecho, que se sitúa entre los dos, se ha pasado en silencio (59).

Si se supone verdadera la tesis sería necesario aceptar, sin discusión, esta consecuencia lógicamente deducida por IHERING: de que el titular del derecho debería buscarse siempre por el lado de su destinatario, de

(58) Comp. esta crítica de la doctrina del interés con la de DUGUIT, tomada en una parte de Kelsen (*Traité...* T. I, § 26, pág. 284-87).—Pero los argumentos de Kelsen no parecen pertinentes, sobre todo aquel según el cual la doctrina del interés se reduciría finalmente a la doctrina de la voluntad, voluntad del interesado o incluso voluntad del orden jurídico. Es claro que pertenece a la «voluntad del orden jurídico» (es decir, del legislador) decidir—pero no arbitrariamente—qué interés merece reconocimiento y protección. Pero esto no es una refutación de la definición del derecho por el interés.

(59) Comp. para la crítica de la teoría del derecho-interés, GARBAGNATI: *ob. cit.* n.º 13, en *Ius*, 1942, pág. 223.—Comp. BONNARD: «Los derechos públicos subjetivos de los administrados», en la *Rev. du droit public*, 1932, pág. 717-19; y *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, 1934, n.º 17, pág. 50.

la persona que es llamada a recoger el goce, el provecho, porque sólo ella es la interesada (60). Ahora bien, se presentan muchas situaciones de derecho, conocidas por la práctica y clasificadas por la ciencia, en las que IHERING no ha pensado probablemente (él tenía a la vista el caso del incapaz que tiene, en efecto, el goce del derecho aunque no tenga su ejercicio), en las que el sujeto del interés no es el sujeto del derecho, que está en otra persona que tiene su título, no sólo nominal o legal, sino efectivo: así sucede en las variadas formas de propiedad adscrita, especialmente de propiedad con gravámenes. Derecho e interés están disociados en este caso: el beneficiario de la carga, aunque ésta absorba el rendimiento entero de la propiedad, no es el propietario. La propiedad ya no es libre, puesto que, por hipótesis, está gravada con una carga; pero el beneficiario, provisto o no de una acción para el cumplimiento de la carga, está bajo la dependencia del propietario que, jurídicamente, conserva su cualidad de tal y los atributos de la propiedad (61). ¿Qué conclusión sacar de esta comprobación? De ningún modo que el derecho subjetivo no tenga nada que ver con el interés, o que el beneficiario no sea nunca titular del derecho, conclusión que sería excesiva y realmente falsa. Simplemente, que el derecho subjetivo puede subsistir y por consiguiente existir en aquellos casos en que el beneficio, el provecho del derecho, no recaiga en el titular (62).

(60) IHERING: *loc. cit.* pág. 325: «El sujeto del derecho es aquel a quien el derecho destina la utilidad del derecho (el destinatario); la misión del derecho no es otra que garantizarle esa utilidad.»

(61) Ver en este sentido, SALEILLES: *ob. cit.* pág. 542-44.—Confr. sobre la propiedad legal de los «trustees» en derecho inglés, pág. 426-27.—Sobre la distinción entre la *titularidad* y el *beneficio* del derecho, ver ROUIN: *ob. cit.* T. II, núms. 682-83.

(62) Otras soluciones también son inconciliables con la teoría del derecho-interés: toda la categoría de los derechos-funciones, instituidos únicamente para el servicio de un interés que no es el del titular (así la autoridad paterna, derecho del padre en el interés del hijo), todo el sistema de la personalidad moral, pues las personas morales son incapaces, evidentemente, de goce. Es verdad que por esos motivos, precisamente, se pueden negar los derechos-funciones, al menos como derechos, y no ver en ellos más que funciones; negar los derechos de la persona moral y por consiguiente la misma personalidad moral como realidad. Este es el partido tomado por Ihering, especialmente para la persona moral. Pero

JEAN DABIN

Y de esta forma el tema de la condenación dirigida por IHERING contra la teoría de la voluntad se vuelve contra él. La voluntad no es esencial al concepto del derecho, decía él: la prueba en los locos y los impúberes. Y se le contestará: el interés tampoco es lo esencial: la prueba en la propiedad gravada, en la que el titular del derecho no tiene el goce, que se halla adscrito y destinado al beneficiario del gravamen (63).

Tener un derecho no es, por tanto, ni *querer* ni *gozar*... ¿Qué otra cosa hay, pues, además de la voluntad o del goce?