

BIBLIOTECA DEL INSTITUTO ARGENTINO
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

COMISION DEL INSTITUTO

Presidente

CARLOS COSSIO

Vicepresidente

MIGUEL ANGEL VIRASORO

Vocales

ENRIQUE R. AFTALIÓN

RAMÓN M. ALSINA

AMBROSIO L. GIOJA

OTTO E. LANGFELDER

JUAN FRANCISCO LINARES

ALFREDO O'CONNELL

MANUEL RÍO

MARTÍN T. RUIZ MORENO

340.1
J25d
1946
2a ed
C.1

36142

340.1
J25d
1946
C.1

RUDOLF VON JHERING

LA DOGMÁTICA JURÍDICA

SEGUIDA DE UN APÉNDICE CON LAS
DOCTRINAS DE JHERING Y WINDSCHEID
SOBRE EL DERECHO SUBJETIVO

012905

UNIVERSIDAD DE CHILE-DERECHO



35601000654578

EDITORIAL LOSADA S. A.
BUENOS AIRES

B)

BERNARD WINDSCHEID

LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD

Título del original alemán :

Lehrbuch des Pandektenrechts.

Traducción directa de la octava edición alemana (1900),
por Jorge Marshall Silva en consulta con el doctor Otto
Erich Langfelder.

Nota : La traducción comprende los párrafos 27, 37 y 37 a, del Libro primero del primer tomo de la obra. De ella se han excluido las notas que el doctor Kipp, al publicar la 8ª edición, agregó después de la muerte de Windscheid.

LIBRO PRIMERO

DEL DERECHO EN GENERAL

CAPÍTULO TERCERO

ANTINOMIAS EN EL DERECHO

Proposiciones jurídicas imperativas, prohibitivas y permisivas. —
Proposiciones jurídicas negatorias y declaratorias (*).

§ 27

La tarea del derecho privado es trazar los límites de los campos de voluntad de los individuos que viven en común, de definir en qué medida la voluntad de cada individuo debe ser decisiva para los individuos con los cuales él se enfrenta. Esta finalidad la alcanza el orden jurídico privado por la promulgación de normas preceptivas y prohibitivas — de proposiciones jurídicas imperativas y prohibitivas¹.

Pero, no todas las proposiciones jurídicas contienen un mandato o prohibición. Hay también 1) proposiciones jurídicas negatorias. Son proposiciones negatorias: a) las que declaran que a un cierto hecho no debe ser ligado un man-

dato o prohibición²; b) las que declaran que un cierto hecho ligado a un mandato o prohibición debe extinguirse con la ocurrencia de otro hecho³ y c) finalmente también puede negar una proposición jurídica, cuando a un hecho debe ser ligada una negación de la índole mencionada⁴. Un ancho espacio ocupan luego 2) las proposiciones jurídicas declaratorias⁵, es decir, aquellas proposiciones jurídicas que definen más exactamente lo expresado en otra proposición, sea según sus presupuestos fácticos, sea en lo referente al significado que se adscribe a ellos⁶. Las proposiciones permisivas, es decir, las expresadas en la forma de un permiso, son, en realidad, o imperativas o prohibitivas o negatorias⁷.

* Lo que se dice a continuación se basa sobre la exposición de Thöl Einl. in das deutsche Privatr. § 33-36 (Introducción al Derecho Privado alemán). Además, Thon Rnorm. und subjectives R. S. 347 (Norma jurídica y derecho subjetivo, Pág. 347); Binding kr. V. J. S. XXI, S. 545 (Revista crítica trimestral, tomo XXI, Pág. 545); Bierling zur Kritik del jur. Grundbegriffe, N, S. 22 fg. (Juristische Prinzipienlehre, I, § 5) (Aportes a la crítica de los conceptos jurídicos fundamentales, II, Pág. 22 y sgts. (Doctrina de los principios jurídicos, I, § 5); Binding Handb. des Strafr. I § 36 (Die Normen, I (2ª Aufl. § 15) Manual del Derecho Penal, I, § 36 (Las normas, I (2ª Edición, § 15); Schuppe Begriff des subjectiven R. (1887) S. 15 fig. (Concepto del derecho subjetivo (1887) Pág. 15 y sigts.); Hölder Pandekten § 11 (Pandectas § 11).

¹ Expresiones que comprenden el mandato y la prohibición son: norma, imperativo (ambas expresiones se usan con preferencia en el último tiempo), mandato jurídico. Además, se puede decir que también la prohibición es un mandato: mandato de omisión.

² Ejemplos: Lo perdido en el juego (prometido en un contrato de juego) no necesita ser cumplido. Las declaraciones de voluntades de los niños y enagenados mentales son nulas.

³ Ejemplos: la obligación se extingue por el cumplimiento. Los derechos prescriben en 30 años.

⁴ Por ejemplo, el art. 317 del Código de Comercio (alemán) dispone: "En los negocios mercantiles la validez de los contratos no está condicionada por redacción escrita u otras formalidades". Asimismo pertenece a esto la prescripción del art. 319 del Código de Comercio (alemán) que establece en la oferta hecha entre ausentes, que el proponente quede ligado por ella hasta un tiempo determinado. Este precepto niega que, al hecho de la aceptación de la oferta efectuada no se puede ligar un mandato jurídico porque antes de la aceptación se hubiera producido la retractación declarada.

⁵ Thöl dice: Propositiones jurídicas que desarrollan un concepto. Esta expresión, que yo mismo he usado antes, es demasiado restringida.

⁶ Ejemplos: El testamento debe ser otorgado ante 7 testigos. La infancia dura hasta el cumplimiento de los 7 años. Un contrato se perfecciona cuando una declaración de voluntad hecha por el oferente es aceptada por la persona a quien se formula. El deudor puede efectuar el pago que lo obliga por medio de un tercero, cuando es indiferente su persona. Frente a una proposición jurídica negatoria es, por ejemplo, una proposición declaratoria la que dice que el consentimiento para dejar sin efecto un contrato debe ser declarado frente al otro contratante. Que una proposición jurídica declaratoria puede ser también declaratoria para otro, apenas necesita observación.

⁷ a) La proposición: "El contratante puede exigir del otro contratante el cumplimiento de la prestación prometida", es solo otra expresión de la proposición: "el promitente debe efectuar la prestación prometida". Cuando se dice que en las obligaciones alternativas, el deudor puede elegir lo que él quiere pagar, se quiere decir, en realidad: Al deudor está ordenada solo la prestación elegida (el contenido elegido de la prestación), no la no elegida.

b) "El propietario puede disponer de su propiedad como él quiera". El contenido real de esta proposición es una prohibición para las personas que están frente al propietario de impedir su disposición.

c) La proposición jurídica según la cual puede revocarse el mandato contiene, para el caso de la revocación, una negación de los conceptos que se derivan de la celebración del mandato. La proposición jurídica

según la cuál no puede rescindirse un contrato bilateral, porque el otro contratante no cumple su obligación es doblemente negatoria (contiene una negación de la negación, como en el texto bajo 1. c). Cfr., con la cuestión tan discutida últimamente acerca de si hay proposiciones jurídicas permisivas, *Thon* Rnorm, und subj. R. S. 292 fg., 345 fg. (Norma jurídica y derecho subjetivo, Pág. 292 y sgts, 345 y sgts.) y las notas a este escrito de *Binding* kr. V. J. S. XXI, S. 542 fg. (Revista crítica trimestral, XXI, Pág. 542 y sgts.); *Merkel* Grünh. Z. S. VI, S. 371 fg. (Periódico Grünhuts de derecho privado y público de la actualidad, VI, pág. 371 y sgts.); *Pernice*, la misma, VII, Pág. 473 y sgts; últimamente *Bierling* zur Kritik der jur. Grundbegriffe, II, S. 1 fg., 307 fg. (Aportes a la crítica de los conceptos jurídicos fundamentales, II, Pág. 1 y sgts., 307 y sgts.), también véase más adelante el § 38. *Binding*, Handb. des Strafr. I, S. 156 fg. (Manual del Derecho Penal, I. Pág. 156 y sgts.) *Schuppe* *, pág. 19, 58 y sgts.

LIBRO SEGUNDO

DE LOS DERECHOS EN GENERAL

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTO Y ESPECIES DE DERECHOS

*Concepto del derecho **

§ 37

Del derecho como facultad (derecho en sentido subjetivo, derecho subjetivo) se habla en un doble sentido¹.

1. — Derecho a una cierta conducta, acción u omisión, de una persona singular o de todas las que se encuentran frente al facultado. El orden jurídico (el derecho en sentido objetivo, el derecho objetivo) ha emitido, en base a un hecho concreto, un mandato² de observar una conducta de determinada índole y ha puesto este mandato a la libre disposición de aquel en cuyo beneficio ha sido emitido. El orden jurídico deja a su cargo hacer uso o no del mandato y en particular hacer aplicación o no de los me-

dios concebidos por él contra quien se resista. Conforme a eso, su voluntad es decisoria para la efectividad del mandato emitido por el orden jurídico. El orden jurídico se ha desprendido del mandato emitido por él en favor del titular, ha transformado su propio mandato en mandato de éste. El derecho ha devenido su derecho.

2. — La palabra derecho no tiene esta significación, cuando se dice, por ejemplo, el propietario tiene el derecho de enajenar su propiedad, el acreedor el derecho de ceder su crédito, a un contratante compete el derecho de desistimiento o de desahucio y otras. Se expresa con esta y otras acepciones de la palabra derecho, que la voluntad del facultado es decisoria para el nacimiento de derechos de la primera especie mencionada o para la extinción o modificación de derechos que ya habían nacido. Se atribuye al facultado una voluntad decisoria no ya para la realización, sino para la existencia de mandatos pertinentes al orden jurídico.

Ambas especies de derecho subjetivo comprende la definición: El derecho es un poder o señorío de voluntad conferido por el orden jurídico³.

No pertenece al concepto de derecho, que el orden jurídico suministre al facultado, cuando éste lo exija, los medios coactivos para la actuación del poder que se le ha conferido por aquél⁴.

§ 37 a.

Además del concepto del derecho hay que definir aun el de la *relación jurídica*. Una relación jurídica es una relación jurídicamente determinada. Esta relación sólo es posible como una relación jurídica, es decir, una relación

creada por el orden jurídico, por ejemplo, la propiedad; o también como una relación de vida a la cual el orden jurídico solo adhiere, por ejemplo, la posesión¹.

Por *institución jurídica* se entiende el conjunto de prescripciones jurídicas que se refieren a una relación jurídica. En este sentido se designan por institución jurídica, tanto la propiedad, como la posesión, del mismo modo que el matrimonio, las obligaciones, los contratos, etc.

* *Jhering* Der Geist der röm. R., III, § 60, 61, (1 Aufl. 1865) (El espíritu del Derecho Romano, III, § 60, 61) (1a. edición 1865); Cfr., del mismo "El fin en el Derecho", I, Pág. 434 y sgts. (2a. y 3a. edición, 443 y sgts.), II, Págs. 188, 212; *Conrad* Handbuch der Staatwissenschaft. (Diccionario manual de Ciencias Políticas), bajo la palabra "Besitz" (posesión) = Jahrb. f. Dogm. XXXII, Pág. 65 y sgts. *Thon* Rnorm und subjectives R. (1878) (Norma jurídica y Derecho subjetivo). Además las notas correspondientes a esto de *Merkel* en *Grünh. Z. S. VI*, S. 367 fg. (1879) (Revista Grünhuts de derecho privado y público del presente, VI, Pág. 367 y sgts.) y de *Binding* Kr. V. J. S. XXI, S. 542 fg. (1879) (Revista crítica trimestral, XXI, Pág. 542 y sgts.). *Leonhard* Grünh. Z. S. X, S. 1 fg. (1882) (Revista Grünhuts... X, Pág. 1 y sgts.); *Bierling* Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, zweiten Theil (1883) (Aportes a la crítica de los conceptos jurídicos fundamentales, segunda parte). Cfr. *Schlossman* der Vertrag (1876) S. 243 fg. (El contrato, Pág. 243 y sgts.); *Zrodowski* das r. Privatr. I, § 54 (1877) (El derecho privado romano, I, § 54); v. *Schey* Grünh. Z. S. VII, S. 756 fg. (1880) (Revista Grünh... VII, Pág. 756 y sgts.). *Plosz* Beiträge zur Theorie des Klager. (1881) S. 49 fg. (Contribuciones a la teoría del derecho de acción, Pág. 49 y sgts.) y sobre este libro *Baron* kr. V. J. S. XXIV, S. 322 y fg. (Revista crítica trimestral, XXIV, Pág. 322 y sgts.) y *Bierling* op. cit. Pág. 57, nota; *Pfersche* Methodik der Privatr. Wissenschaft (1881) (Metódica de la ciencia del derecho privado) y sobre este libro *Kohler* Z. S. f. vergl. R. W. IV, S. 298 fg. (Revista de la ciencia del Derecho comparado, IV, Pág. 293 y sgts.), *Schuppe* der Begriff des subjectiven R. Breslau,

1887. (El concepto del Derecho subjetivo). *Bekker Pandekten*, I, S. 49 (Pandectas, I, Pág. 49): "El concepto del derecho subjetivo no es posible comprobar en forma absoluta, sino más bien se plasma, según las diferencias en el derecho vigente y en la doctrina imperante" (!).

1 La exposición siguiente comprende, según la tarea de este Tratado, solo el derecho privado.

2 Norma, imperativo. Compárese con el § 27,1.

3 Yo mantengo la definición del Derecho sentada en las ediciones anteriores de este Tratado. Saber si la misma corresponde todavía a la opinión dominante, tal como se ha afirmado anteriormente, puede aparecer dudoso después de los numerosos ataques que ha experimentado en el último tiempo. Estos ataques se dirigen ora contra la categoría del poderío o señorío, ora contra la categoría de la voluntad. Con respecto a esto último Jhering en particular (op., cit.) ha sostenido con gran energía que la definición del derecho debía fundarse no en la voluntad, sino que en el interés. Su definición reza: "El derecho es un interés jurídicamente protegido, es decir, por medio de la acción. A menudo se ha hecho notar contra él (excepción hecha de otros) que la substancia del derecho no reside en el interés, sino en los enunciados establecidos por el orden jurídico para la protección de ese interés. Por cierto, el orden jurídico solo conferirá derechos con la finalidad de satisfacer los intereses de aquellos a quienes se los confiere; pero no pertenece a la definición del Derecho el fin en consideración al cual es conferido. Sobre este punto se han expresado (en parte confirmando a Jhering, en parte contradiciéndolo, en parte modificándolo): *Bürkel* kr. V. J. S. XI, S. 198 (Revista crítica trimestral, XI, Pág. 198), *Bruns*, in v. *Holtzendorff's Encycloped.* I, S. 267 (5ª edición Pág. 445), *Binding Normen*, I, S. 154 fg. (Normas I, Pág. 154 y sgts.), ver también II, Pág. 50 y sgts., *Schlossmann*, op. cit. págs. 246, 256, *Thon*, op. cit. Pág. 218 y sgts., *Kohler Jahrb. f. Dogm.* XVIII, Pág. 196 (Cfr. Págs. 131, 199), *von Schey Grünh. Z. S.* VII, S. 756 fg. (Revista Grünhust... VII, Pág. 756 y sigts.), *Merkel*, op. cit., Pág. 386 y sgts., *Pachmann* über die gegenwärtige Bewegung in der Rwissenschaft S. 32 fg., 50 fg.). (Sobre los movimientos contemporáneos en la ciencia jurídica, Pág. 32 y sgts., 50 y sgts.), *Leonhard*, op. cit., 27 y sgts., 46 y sgts., *Karlowa Grünh. Z. S.* XV S. 381 fg. (Revista

Grünh... XV, Pág. 381 y sgts.) *Bernatzik*, Arch. f. öffent. R. V. Pág. 193 y sgts., 232 y sgts., 260 y sgts. (:El derecho es un interés humano (un fin humano) para cuya realización el orden jurídico proporciona la posibilidad de un señorío de voluntad, (es decir, según opinión del autor, para cuya realización el orden jurídico declara decisivo un querer humano, sin que importe a quien pertenece esta voluntad. En las págs. 263 y págs. 262 se dice: otra voluntad se impone en su interés al sujeto del derecho, como su voluntad); *Claussius* das Merkmal der Macht im Begriff des subj. R. Bonner Inaug. Diss. (1890) (El componente del poder en el concepto del derecho subjetivo, discurso inaugural en Bonn (1890) (Entiende por "poder" no el señorío de voluntad conferido por el orden jurídico, sino la efectivación real de dicho señorío y busca los medios para esta efectivación), *Kuntze zur Besitzlehre* S. 73 fg. (Anotaciones sobre la teoría de la posesión, págs. 73 y sgts.), ((G. Rümelin *Methodisches über jur. Personen* (Freib. Progr. 1891) (Tratado metódico sobre las personas jurídicas (Programa de Friburgo, 1891), págs. 34 y sgts.)) (Contra Jhering). Los traductores italianos de este Tratado (Fadda y Bensa) creen poder rechazar la definición antes desarrollada del concepto del Derecho subjetivo con la afirmación de que ella reposa en un juego de palabras. Yo desecho esta afirmación errónea. La definición del derecho aquí sostenida, en lo que toca al derecho señalado en la primera forma en el texto, ha tenido que luchar, sin embargo, con una dificultad. Consiste ésta en el hecho de que la existencia de la sujeción potestativa correspondiente al derecho y por lo tanto, el derecho mismo, es independiente del querer real del facultado, de una manifestación de voluntad que provenga de él. El que camina por una finca ajena hiere el derecho del propietario, aunque éste no se lo haya prohibido; el que no satisface a su acreedor en el tiempo debido, lesiona el derecho del acreedor, aunque éste no se lo haya reclamado. Y puede tener un derecho también un incapaz de voluntad sin representante e incluso se puede tener un derecho sin saberlo. Cfr. *Thon*, Pág. 115 y sgts. (El punto de vista de Lenel criticado en este lugar ha sido retractado por él mismo entretanto, *Jahrb. f. Dogm.*, XIX, Pág. 168). Esta dificultad la traté de evitar en las ediciones anteriores, diciendo que el orden jurídico declara decisivo en la concesión de un derecho, no la voluntad del facultado, sino un cierto contenido de voluntad. Este intento lo abandono como imperfecto. El fundamento del concepto sustentado ahora

aquí, es tomado —como lo reconozco agradecido— del excelente libro de Thon. Hay que partir de que la voluntad que manda en el derecho subjetivo es solamente la voluntad del orden jurídico y no la voluntad del facultado. Aun cuando el orden jurídico desprenda el contenido de su mandato del querer de una persona, sin embargo, él solo manda y nó esta persona. Pero, para este mandato emitido en beneficio del facultado, el orden jurídico ha hecho decisoria la voluntad de aquél. Su voluntad es decisoria para la conducta de otros porque es decisoria para un mandato jurídico, que a su vez es decisivo para la conducta de ellos. La diferencia entre la concepción aquí sustentada y la de Thon reside tan solo en lo siguiente: Thon se niega a llamar al mandato jurídico postulado en favor del facultado, mandato de éste, por la sola razón de que su voluntad sea decisoria para aquél. Según Thon, el mandato originario del orden jurídico no es suministrado al facultado, sino que lo son los mandatos ulteriores, los que el orden jurídico, con el fin de hacer efectivo su mandato, establece contra el opositor para el caso de desobediencia; y en particular, aquellos mandatos dirigidos a los órganos del poder estatal para garantizar el amparo jurídico. Para Thon, el mandato originario sigue siendo mandato del orden jurídico, en cuanto tal; el derecho subjetivo, según él, no tiene carácter de propiedad, sino que es pretensión a ésta; y el deudor, por ejemplo, que voluntariamente satisface a su acreedor, no cumple sino con un mandato del derecho objetivo. Ver contra Thon también *Binding*, Pág. 565 y sgts., *Merkel*, Pág. 387 y sgts., *Bierling*, Pág. 61 y sgts. Un autor reciente (*Duncker*, La acción posesoria y la posesión, 1884) dice con razón que los derechos de Thon no son derechos, pero él deduce de ahí la consecuencia, de que en general no hay derechos, sino solamente deberes. El punto de vista de Schuppe concuerda en lo esencial con el aquí expuesto, sólo que él considera la voluntad subjetiva como lo principal: Derecho subjetivo es lo querido por la voluntad subjetiva, de lo cuál la voluntad objetiva se apropia. Dernburg ha propuesto la siguiente definición, hace muy poco, I, § 39: El derecho en el sentido subjetivo es una participación que corresponde a los individuos en los bienes vitales, según el orden jurídico. Con respecto a los derechos de la segunda clase, los autores que controvierten la definición del derecho en cuanto poderío de voluntad se mueven, claro está, con grandes dificultades. A causa de ello Thon y Bierling se deciden, sin más ni

más, y la segregan completamente de la definición del Derecho. Thon (Pág. 325 y sgts.) no los quiere denominar derechos; él propone la expresión facultades. (Al revés, Brinz, I, § 64, 65 usa la expresión "facultad", pero no para el "poder hacer" jurídico, sino para el "estar facultado" jurídico).

4 La opinión dominante ve en la coactividad de la ley jurídica el criterio que la distingue de la ley moral. Yo me opongo a esta acepción. Veo más bien la diferencia entre la ley jurídica y la ley moral en el hecho de que los mandatos de la ley moral son mandatos a secas, mientras los mandatos de la ley jurídica lo son en consideración a otro, de modo que son mandatos suyos en el sentido expuesto. En el caso de la ley moral no existe nada sino el deber; en el de la ley jurídica el deber existe en virtud del derecho conferido. Hablando con una terminología o con expresión aguzada: la ley moral establece deberes, la ley jurídica confiere derechos. Un derecho carente de medios coactivos es un derecho imperfecto, pero por ello no es menos derecho. Cfr. *Thon*, op. cit. S. X. Pág. 6 y sgts., *Grünh. Z. S.*, VI, Pág. 244 y sgts., *Bierling*, Pág. 202 y sgts., *L. Seuffert Grünh. Z. S.*, XII, Pág. 622 y sgts.

1 El concepto de la relación jurídica no siempre se precisa con la claridad y determinación requerida; en particular, la doble significación destacada en el texto con la cuál la palabra se aplica en la terminología corriente, se desconoce con frecuencia, o por lo menos, no se la destaca lo suficiente. Esto dificultaba en especial el acuerdo en la cuestión de saber si el sistema del derecho privado debe ser un sistema de derechos o, más bien, de relaciones jurídicas. Savigny (I, § 41) y Puchta (§ 29) creen que el derecho subjetivo es una sola parte de la relación jurídica separada de ésta por medio de la abstracción, y que la relación jurídica es un complejo de derechos. Con esto se afirma como esencia del asunto algo que tan solo es posible. Por ejemplo, del mutuo no nace sino el derecho del acreedor. Cfr. *Neuner*, *wesen und Arten der Privatverhältnisse* (Esencia y formas de las relaciones jurídicas privadas) Pág. 4 a 13; *Bürkel*, *kr. V. J. S.* XI, Pág. 191 y sgts., *Böhlau Mecklenb. Landr. II*, Pág. 2 y sgts., *Bierling* (§ 37, nota (*) V, Pág. 130 y sgts.; *Puntschart*, *die fundamentalen R. verhältnisse des r. Privatr.* (1885), Pág. 57 y sgts. (Las relaciones jurídicas fundamentales del derecho privado romano).