

CAPÍTULO III.—*De la adquisición subjetivamente  
condicionada por la sentencia de una  
jurisdicción pública*

XXXVI.—¿Qué es la adquisición subjetivamente condicionada? . . . . .	141
XXXVII.—A.—Del contrato de donación. . . . .	142
XXXVIII.—B.—Del comodato . . . . .	143
XXXIX.—C.—De la reivindicación de una cosa perdida . . . . .	146
XL.—D.—De la adquisición de la garantía por la prestación de juramento . . . . .	149
XLI.—Paso de lo Mío y de lo Tuyo en el estado de sociedad en general.—El estado jurídico y el estado no jurídico . . . . .	152
XLII.—Postulado del derecho público . . . . .	154

## CAPÍTULO TERCERO

# DE LA ADQUISICION SUBJETIVAMENTE CONDICIONADA POR LA SENTENCIA DE UNA JURISDICCION PUBLICA

XXXVI

Si por derecho natural se entiende solamente el derecho cognoscible *a priori* por la razón humana, el derecho no positivo, en este caso el derecho natural comprende no solamente la *justicia* en las relaciones comerciales entre las personas (*justitia commutativa*), sino también la justicia distributiva (*justitia distributiva*), tal como según su ley *a priori* puede saberse que ha de formular su sentencia (*sententia*).

La persona moral que administra justicia es el *tribunal* (*forum*), y el hecho mismo de administrar justicia es el *juicio* (*judicium*). En todo esto, pues, no se consideran más que las condiciones de Derecho *a priori* sin atender a la manera como esta constitución debe regularse y organizarse, lo cual es objeto de estatutos especiales, y que

entran por consiguiente en el dominio de los principios empíricos.

La pregunta actual es, pues, no solamente ¿qué es el *derecho en sí*, cómo debe juzgar cada hombre en absoluto?, sino también ¿qué es derecho ante un tribunal, es decir, qué es lo que se va a decidir?

Hay aquí *cuatro* casos en cada uno de los cuales se presentan juicios diferentes contrarios, sin que sean por esto inconciliables, como que se producen bajo dos puntos de vista diferentes, ambos verdaderos en su sentido: uno de estos juicios es conforme al derecho privado, el otro a la Idea del derecho público. Y son: 1º *contrato de donación*, 2º *el comodato*, 3º *la reivindicación*, 4º *el juramento (juramentum)*.

*Observación.* Una falta ordinaria de *subrepción (vitium subreptionis)* por parte de los jurisconsultos es el considerar el principio jurídico que un tribunal autoriza para invocar un asunto particular (por consiguiente bajo un punto de vista subjetivo), que hasta tiene necesidad de invocar para regular el derecho de las partes contendientes, como un principio de derecho absoluto, como un principio objetivo; lo cual sin embargo, es muy diferente. No es, pues, de poca utilidad el hacer conocer atentamente esta diferencia específica.

## A

### *Del contrato de donación*

#### XXXVII

Este contrato (*donatio*), por el cual *enajeno gratuitamente* lo Mío, mi cosa (o mi derecho), contiene una relación de mi (donante) a otro (donatario), por cuya re-

lación, según el *derecho privado*, lo Mío pasa al donatario, mediante la aceptación del don. Pero no es de presumir que yo haya querido ser obligado por fuerza al cumplimiento de mi promesa, y por consiguiente, también abandonar temerariamente mi *libertad*, y, por decirlo así, renunciar a mí mismo (*nemo suum jactare præsumitur*); lo cual, sin embargo, debería en derecho suceder en el estado de sociedad; porque en este estado el donatario puede *forzarme* al cumplimiento de mi promesa. Sería, pues, necesario en justicia, es decir, según el derecho público, o presumir que el donante consiente en ser obligado, lo cual es absurdo; o bien que el tribunal no tuviera en cuenta en su sentencia la cuestión de saber si el donante ha querido o no reservarse la libertad de faltar a su promesa, ni fijara su atención más que en lo cierto, es decir, en la promesa y en la aceptación. Aun cuando el que promete, como puede suponerse, hubiera pensado que, si se arrepentía, antes de la entrega de la cosa prometida, de haber hecho la promesa, no se le podría obligar; el juicio supone, sin embargo, que hubiera debido hacer expresa esta reserva, y que, si no la ha hecho, puede ser obligado a cumplir su palabra. Esto es lo que el tribunal establece como principio; de otro modo la sentencia sería muy difícil de pronunciar, o acaso completamente imposible.

## B

*Del comodato*

## XXXVIII

El comodato (*commodatum*) es un contrato por el cual concedo a otro el uso gratuito de alguna cosa que me pertenece. Si el objeto prestado por comodato es una cosa, los contratantes convienen en que el comodatario devol-

verá esta *misma* cosa al comodante. El comodatario (*commodatarius*) no puede presumir al mismo tiempo que tomo sobre mí todas las probabilidades (*casus*) de la pérdida posible de la cosa o de las propiedades por las cuales me es útil, pérdida que podría resultar de haber puesto la cosa en manos de aquél a quien se la presto. Porque no es cosa corriente que el prestador, al conceder el uso de su cosa, y sufrir el detrimento que naturalmente resulta de este uso, haya dispensado también al que recibe el préstamo de la *responsabilidad* de todas las pérdidas que pudieran resultar de haber abandonado el cuidado de la cosa; sería, pues, necesario para esto un contrato particular. Cabe, pues, solamente preguntar a quién de los dos, al comodante o al comodatario, corresponde añadir expresamente en el contrato de comodato las cláusulas de responsabilidad; o, si esto no basta, ¿de quién se puede presumir el *consentimiento* para la garantía de la propiedad del que presta (para la entrega de la misma cosa o del equivalente)? No será el que presta, porque no se puede presumir que haya concedido gratuitamente nada más que el uso de la cosa (que se haya obligado además a responder de su propiedad), sino más bien el que recibe prestado, porque en esto no hace más que lo que está contenido en el contrato mismo.

Por ejemplo, si durante un aguacero entro en una casa, y tomo prestada una capa, y la dejo manchar de manera que no puede limpiarse; o si, mientras estoy en otra casa, me la roban, parecería absurdo a todo el mundo el decir que nada tengo que hacer, más que entregar la capa tal cual está, o denunciar el robo cometido; que en todo caso aun habría cortesía en compadecer al propietario por esta pérdida, puesto que no puede reclamar de su derecho. Otra cosa sería, si, al pedir el uso de la capa, rogara al mismo tiempo al propietario que, en caso de que sufriera algún deterioro entre mis manos, se hiciera cargo de él, teniendo en cuenta mi pobreza e incapacidad de reparar la pérdida. Nadie encontraría este

último caso inútil o ridículo, so pretexto de que habría entonces casi ofensa en presumir en este caso el perdón generoso de mi *deuda*.

Pero, cuando nada se ha convenido en el contrato de comodato sobre lo Mío y lo Tuyo, si, como lo exige la naturaleza de este contrato, en el caso de un suceso desgraciado posible (*casus*), es un contrato incierto (*pactum incertum*), porque el consentimiento solamente se presume; el juicio, que interviene en esto, es decir la decisión que resuelve la cuestión de saber sobre quién debe cargar el suceso, se guiará no por las circunstancias del contrato en sí, sino *solamente* como *ante un tribunal* que decide siempre con arreglo a lo que resulta cierto (y lo que hay de cierto aquí es la posesión de la cosa como propiedad). Por consiguiente, la sentencia en el estado natural, es decir, según la naturaleza de las cosas en sí mismas, decidirá que la pérdida por caso fortuito de una cosa prestada recaiga sobre el *comodatario* (*casum sentit commodatarius*). Por el contrario en el estado civil, por consiguiente ante un tribunal, la sentencia decidirá que la pérdida de la cosa recaiga sobre el *comodante* (*casum sentit dominus*). A la verdad esta sentencia difiere en principio de la sentencia de la sana razón sola, porque un juez público no puede hacerse cargo de presunciones, sobre lo que hayan pensado una u otra de las partes, sino que tiene que resolver que el que no se ha libertado de todas las pérdidas de la cosa prestada por una cláusula especial tiene que sufrirlas.

La diferencia entre el juicio, tal como debería pronunciarlo el tribunal, y el que puede pronunciar la razón privada de cualquiera, es, pues, un punto que no debe desatenderse en la rectificación de los juicios de derecho.

## C

*De la reivindicación de una cosa perdida (vindictio)*

## XXXIX

Es evidente que una cosa que es mía, y que continúa existiendo, sigue siendo mía, aun cuando yo no la ocupe continuamente, y aun sin ningún acto de derecho (*derektionis vel alienationis*), y que tengo un derecho sobre esta cosa (*jus reale*), por consiguiente contra *todo* ocupador, y no solamente contra una persona determinada (*jus personale*). Pero se trata de saber, si este derecho puede ser considerado por *todos los demás* como propiedad mía duradera en sí, mientras yo *no renuncie* a él, y la cosa esté en posesión de otro.

Si se pierde una cosa (*res amissa*) y llega a mí por medio de un tercero de *buena fe* (*bona fide*), como hallazgo presumido, o en virtud de enajenación solemne por el poseedor, que obra como propietario, aunque no lo sea; se pregunta si, no pudiendo adquirirse una cosa de un *no propietario* (*a non domino*) me veré despojado por este injusto poseedor de todo derecho sobre la cosa, sin que me quede más que un derecho personal contra él. Es claro que se toma este último partido en el caso en que se juzga la adquisición únicamente según principios internos, atributivos del derecho de adquisición (en el estado natural), y no según las apreciaciones de un tribunal.

En efecto, todo lo que puede ser enajenado puede ser adquirido por cualquiera. Pero la legitimidad de la adquisición depende enteramente de las formas en que se me trasmite y acepto lo que está en posesión de otro, es decir, de las solemnidades de un acto jurídico de cambio (*commutatio*) entre el poseedor de la cosa y el que la adquiere, sin que yo tenga obligación de preguntar cómo

éste ha llegado a poseerla, lo cual sería ya una injuria (*quilibet præsumitur bonus, donec, etc.*). Suponiendo, pues, que más adelante se averigüe que el vendedor no era el propietario, sino que lo era otro; no puedo decir que este otro pueda reclamarme directamente a mí (o a cualquier ocupante de su cosa); porque yo no le he quitado nada; he comprado legalmente (*titulo empti venditi*), por ejemplo, el caballo que estaba de venta en el mercado público. Y, como el título de la adquisición es por mi parte indiscutible, y yo (como comprador) no estoy obligado, es más, no tengo derecho de averiguar el título de la posesión de otro (del vendedor), puesto que esta investigación en serie ascendente nos llevaría a lo infinito, soy, pues, por la venta a justo título, no propietario puramente *putativo*, sino verdadero propietario del caballo.

A esto se oponen los siguientes principios de derecho: Toda adquisición de aquel que no es propietario de una cosa (*a non domino*) es nula y de ningún efecto: yo no puedo adquirir de lo Suyo de otro más derecho que el que él mismo tiene, y aun cuando por lo que respecta a la forma de la adquisición (*modus acquirendi*) proceda yo en todo jurídicamente, cuando compro un caballo robado que se vende en el mercado, no hay sin embargo título de adquisición, porque el caballo no era cosa del vendedor. Luego, aun cuando yo haya sido poseedor de *buena fe*, no soy sin embargo más que propietario *putativo* (*dominus putativus*), y el verdadero propietario tiene un derecho de *reivindicación* (*rem suam vindicandi*).

Si se pregunta qué (en el estado natural) es de derecho *en sí* entre los hombres según los principios de la justicia conmutativa (*justitia commutativa*), en la adquisición de las cosas exteriores, es preciso confesar que, el que se encuentra en el caso procedente, debe necesariamente informarse si la cosa que quiere adquirir pertenece ya a otro.

En cuyo caso, aun cuando haya observado con toda puntualidad las condiciones formales del traslado de la cosa de lo Suyo de otro (y haya comprado en regla el caballo en la plaza pública), a lo más ha podido adquirir un *derecho personal* con relación a la cosa (*jus ad rem*) mientras no sabe si otro (que el vendedor) es el verdadero propietario. De modo que, en encontrándose uno que pueda justificar su propiedad pasada, no quedan al nuevo propietario más que los beneficios que hasta este momento haya obtenido, recogido, como poseedor de buena fe. Ahora, como en la sucesión de los propietarios putativos, que derivan su derecho unos de otros, con frecuencia es imposible hallar el absolutamente primero, ningún comercio de las cosas exteriores, por ajustado que pueda estar a las condiciones formales de esta especie de justicia (*justitia commutativa*), podría dar seguridad de ninguna adquisición.

En esto la razón jurídicamente legisladora coincide aún, pues, con el principio de la *justicia distributiva*, de ajustarse a la legitimidad de la posesión, no como se la juzgaría *en sí* con relación a la voluntad privada de todos (en el estado natural), sino solamente como se la juzgaría ante un *tribunal* en un estado resultante de la reunión de todas las voluntades (en el estado civil). En este estado, a falta de razones objetivas (que legitimen el paso de una cosa a manos de un propietario anterior en reclamación), se tiene por postulado y suficiente el cumplimiento de las condiciones subjetivas de la adquisición, condiciones que por sí mismas no se fundan más que en un derecho personal; y entonces un derecho personal *en sí*, *aducido ante un tribunal*, es considerado como un derecho real. Por ejemplo, si un caballo que está puesto a la venta pública en el mercado establecido por la autoridad, observándose con regularidad todas las condiciones de la venta y de la compra, pasa a ser propiedad mía (pero de modo, sin embargo, que se deje al verdadero propietario el derecho de intentar una acción contra el

vendedor por la posesión anterior que no ha debido perder), y mi derecho, de personal que en otro caso hubiera sido, se ha convertido en un derecho real, según el cual puedo apoderarme, reivindicar mi cosa donde la encuentre, sin cuidarme de la manera como el vendedor la hubiese adquirido.

Solamente, pues, en interés de la sentencia judicial emitida por un tribunal (*in favorem justitiæ distributi-væ*) puede el derecho con relación a una cosa no ser *juzgado tal como es en sí mismo* (como un derecho personal), sino como sea *más fácil* y seguramente *juzgado* (como derecho real), sin dejar de considerarle y tratarle según un principio puro *a priori*. De aquí nacen diferentes leyes reglamentarias, prescripciones que tienen principalmente por objeto las condiciones, bajo las cuales únicamente debe ser valedero un modo de adquisición, y su disposición en términos *que el juez pueda muy fácilmente y con seguridad* reconocer lo Suyo de cada uno. Por ejemplo, en la proposición: La venta rompe el arriendo, lo que según la naturaleza del contrato, es decir en sí, es un derecho real (el alquiler), se lo considera como un derecho puramente personal; y recíprocamente, como en el caso que precede, lo que por su naturaleza es un derecho personal puro, es mirado como un derecho real, cuando se pregunta de qué principios debe partir un tribunal en el estado civil para sentenciar con más seguridad conforme al derecho de todos.

## D

*De la adquisición de la garantía para una prestación de juramento (cautio juratoria)*

## XL

La única razón que puede darse para obligar jurídicamente a los hombres a *creer* y a profesar la existencia

de un Dios, es esta: que puedan prestar juramento, y que se vean precisados a ser verídicos en sus asertos y fieles en sus promesas por el temor a un poder supremo que todo lo sabe, y cuya cólera suscitarían faltando a la verdad. De esta manera no se confía en la moralidad de los que prestan juramento, sino únicamente en su ciega superstición, puesto que ninguna garantía puede esperarse en los asuntos de derecho de una *simple y solemne* declaración ante el juez, por más que haya deber de veracidad, cuando se trata de lo más santo entre los hombres (su derecho). Se cuenta, pues, tan poco con el principio moral de determinación, que se crean garantías imaginarias cuando faltan las reales; como por ejemplo los *Rejangs*, pueblos paganos de Sumatra, los cuales, según testimonio de Marsden, juran por los huesos de sus parientes difuntos, a pesar de que no creen en una vida futura. Otro ejemplo es el juramento de los *negros de Guinea* por sus *fetiches*, y hasta por la pluma de un pájaro, pidiéndole que les rompa la cabeza, etc. Creen que hay una potencia invisible, dotada o no de razón, la cual goza por su naturaleza de una fuerza mágica cuyo efecto se excita por medio de una invocación. Semejante creencia llamada religión, pero que propiamente debería llamarse superstición, es no obstante indispensable en la administración de justicia, porque, si se prescindiera de ella, el *tribunal* no tendría medios suficientes de descubrir los hechos ocultos y de administrar justicia. Es, pues, evidente que una ley que obligue a esta creencia, tiene por objeto favorecer el poder judicial.

Pero puede preguntarse: ¿en qué se funda la obligación ante el juez de aceptar el juramento de otro como prueba de buen derecho, como prueba de la verdad de su aserto, y como medio de poner fin a toda controversia; es decir, qué es lo que me obliga jurídicamente a creer que otro hombre, el que jura, profesa verdaderamente una religión, para que yo consienta en que mi derecho dependa de su juramento? Y recíprocamente: ¿Puedo yo

realmente ser obligado a jurar? Lo uno y lo otro son en sí injustos.

Pero con relación a un tribunal, por consiguiente, en el estado social, considerando que no hay otros medios en ciertos casos para conocer la verdad más que el juramento, habrá que suponer que todo el mundo tiene una religión, a fin de hacerle servir como un medio extremo (*in casu necessitatis*) en el procedimiento judicial, ante un *tribunal* que para descubrir lo que ignora cree poder recurrir a esta tortura del espíritu (*tortura spiritualis*) como a un medio pronto y completamente conforme con la inclinación de los hombres a la superstición.

Pero el poder legislativo obra en principio injustamente cuando concede esta facultad al poder judicial, porque, aun en estado civil, la exigencia del juramento es contraria a la inviolable libertad humana.

*Observación.* Si los juramentos que se prestan al tomar posesión de un empleo, en los cuales de ordinario *se promete* tener la firme resolución de cumplir con su deber, se convirtieran en juramentos *afirmativos*, de modo, por ejemplo, que después de haber desempeñado un empleo durante uno o varios años, hubiera que jurar haber cumplido fielmente los deberes de su cargo, la religión tendría más eficacia que en los juramentos de promesa, los cuales dejan siempre el pretexto interior de que no se han previsto, aun con la mejor voluntad, los obstáculos que luego han surgido; y las infracciones de los deberes producirían también mayor temor de una acusación, si hubiera que dar ante un censor cuenta general de sus actos, que si estos fueran acusados uno a uno, individualmente (sin tener en cuenta los precedentes). En cuanto al juramento relativo a la *fe* (*de credulitate*), un juez no puede nunca exigirle. En primer lugar, porque encierra en sí una contradicción: el intervalo entre la opinión y la certidumbre, porque hay cosas sobre las cuales se puede *disputar*, pero no *jurar*. En segundo lugar, el juez que

exige a las partes este juramento a fin de encontrar algo que le ayude en su intención, aun cuando se trate del bien público, comete un grave error respecto de la religión de los que juran, en razón ya de la ligereza de espíritu que requiere este juramento, ya por el remordimiento que un hombre debe experimentar, cuando desde un punto de vista juzga muy verosímil una cosa, que al día siguiente y bajo otro aspecto puede parecerle inverosímil; en términos que el juez comete injusticia con aquél a quien obliga a prestar semejante juramento.

*Transmisión de lo Mío y de lo Tuyo en el estado natural a lo Mío y lo Tuyo en el estado de sociedad en general.*

XLI

El estado jurídico es aquella relación de los hombres entre sí, que contiene las condiciones únicas bajo las cuales cada cual puede *participar* de su derecho. El principio formal de la posibilidad de este estado, considerado según la Idea de una voluntad universalmente legislativa se llama la justicia pública. Esta justicia puede distinguirse según la posibilidad, la actualidad y la necesidad de la posesión legal de un objeto (como materia del arbitrio), en justicia *protectora* (*justitia tutatrix*), *commutativa* (*justitia commutativa*) y *distributiva* (*justitia distributiva*). Bajo el *primer* punto de vista, la ley juzga solamente cuál es la conducta intrínsecamente *justa* en cuanto a la forma (*lex justí*). Bajo el *segundo* la ley declara lo que, como materia, es susceptible de una ley exterior (cae bajo la ley); es decir, lo que se puede poseer *jurídicamente* (*lex jurídica*). Por último, bajo el *tercero* declara lo que, y respecto de lo que, la sentencia de un tribunal, en un caso particular bajo una ley dada, es conforme a esta ley; es decir, lo que es *de derecho*, *quid juris* (*lex justitiæ*): y entonces también este tribunal se llama la

*justicia* de mi país. La existencia o la no existencia de semejante justicia, es la cuestión más importante entre todas las que se refieren a la administración de justicia.

El estado no jurídico, es decir, aquel en que no hay ninguna justicia distributiva, se llama estado natural (*status naturalis*). A este estado se opone, no el estado *social* (como cree Achenwal), que pudiera llamarse un estado artificial (*status artificialis*), sino el estado *civil* (*status civilis*), sometido a la justicia distributiva; porque en el mismo *estado natural* puede haber sociedades legítimas (por ejemplo, la sociedad conyugal, paternal, doméstica en general y otras varias), respecto de las cuales no cabe esta ley *a priori*: "Tú debes entrar en este estado", como puede decirse del estado *jurídico* que todos los hombres, cuyas relaciones pueden ser jurídicas (aun involuntariamente), *deben* entrar en él.

El primero y el segundo de estos estados pueden llamarse estados de *derecho privado*; y el tercero y último, estado de *derecho público*. Este no comprende nada más, es decir, otros deberes de los hombres entre sí, que los deberes que cabe imaginar en aquél: la materia del derecho privado es la misma para ambos. Las leyes de este último estado se refieren, pues, únicamente a la forma jurídica de la vida común (la constitución), y por este concepto estas leyes deben necesariamente ser consideradas como públicas.

La misma *unión civil* (*unio civilis*) apenas puede llamarse *sociedad*: porque entre el *soberano* (*imperans*) y el *súbdito* (*subditus*), no hay comunidad de fortuna, no hay sociedad; no están asociados, sino *subordinados* y no *coordinados* uno a otro. Los que se coordinan recíprocamente deberían considerarse por esta razón como iguales entre sí, en cuanto están sometidos a las leyes comunes. Esta unión *produce* más bien que *es* una sociedad.

## XLII

Del derecho privado en el estado natural resulta un postulado de Derecho público: "Tú debes juntamente con los demás, en la relación de una coexistencia necesaria, salir del estado natural, para entrar en un estado de derecho, es decir, estado de una justicia distributiva". La razón puede deducirse analíticamente de la noción del *derecho* en las relaciones exteriores por oposición a la violencia (*violentia*).

Nadie tiene obligación de abstenerse de violencia respecto de la posesión de otro, si éste a su vez no da seguridades de abstenerse también. No debe, pues, esperar a conocer, tal vez por triste experiencia, la voluntad contraria de éste, porque ¿cómo ha de estar obligado a ser prudente a su costa, cuando puede observar muy bien en sí mismo la inclinación general de los hombres a dominar a los demás, esto sin hablar de la superioridad del derecho de los demás cuando se creen más poderosos o más astutos? No hay, pues, necesidad de esperar las hostilidades reales; tiene el derecho de forzar a aquel que por su naturaleza le amenaza ya con la violencia. (*Quilibet præsumitur malus donec securitatem dederit oppositi*).

Decididos los hombres a permanecer en este estado de libertad exterior ilimitada, no son injustos *unos con otros*, si se hacen la guerra; porque, lo que uno puede, recíprocamente lo puede el otro también, como por convenio (*uti partes de jure suo disponunt, ita jus est*); pero no tienen razón<sup>(1)</sup>, ni mucho menos, al querer continuar en

---

(1) Esta diferencia entre lo que es injusto por la forma solamente y lo que también lo es materialmente, es de uso frecuente y variado en la ciencia del derecho. El enemigo que, en lugar de cumplir con lealtad la palabra que ha dado a la guarnición de una plaza sitiada, la oprime a su salida, o rompe el contrato

un estado que no es jurídico, es decir, en el cual nadie está seguro de lo Suyo contra la violencia.

---

de cualquier otra manera, no puede quejarse de injusticia si su adversario, cuando encuentre ocasión, hace lo mismo; pero pecan soberanamente, porque quitan toda su eficacia a la noción de derecho, entregan todo a la fuerza bruta con una apariencia de legalidad, y trastornan por completo el derecho del hombre en general.