

ISLAS FLOTANTES, ARBOLES ERRANTES, ANIMALES
FUGITIVOS Y TESOROS OCULTOS.
SOBRE EL METODO DE LOS JURISTAS ROMANOS EN EL
DESARROLLO DE REGLAS JURÍDICAS AÚN VIGENTES

ROLF KNÜTEL *
UNIVERSIDAD DE BONN

I

El *lacus Cutiliae* (lago di Contigliano), un lago en territorio sabino cerca de la ciudad actual de Rieti, era famoso en la antigüedad. Fue considerado punto umbilical (*umbilicus*) de Italia y, como narra Plinio el viejo¹, en él flotaba una isla con arbolado. En otro pasaje (en el contexto de los *miracula terrae*, las maravillas

* Agradezco mucho la traducción del presente artículo a mi ayudante, el señor Schahin Seyed-Mahdavi Ruiz, Universidades de Bonn y Göttingen, y al señor Maurici Pérez Simeón, Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

¹ N.H., PLINIO, 3,109 (según Varron); cfr. también N.H. 2,209 y VARRON, *de ling. Lat.* 5,71; SÉNECA, *Naturales Quaestiones* 3,25,7 como FESTO, *De verborum significatu* s.v. *Cutiliae* (Linds. p. 44). - Las abreviaturas más importantes:

Bull. - *Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"* (Milano)

C - *Codex Iustinianus*

C.Th. - *Codex Theodosianus*

D. - *Digesta*

Index - *Index. International Survey of Roman Law* (Nápoles)

Inst. - *Institutiones Iustiniani*

Labeo - *Labeo. Rassegna di diritto romano* (Nápoles)

NJW - *Neue Juristische Wochenschrift* (Munich - Fancfort/M.)

RAC - *Reallexikon für Antike und Chistentum*

SDHI - *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (Roma)

SZ - *Zeitschrift der Savigny-Sitftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* (Viena, Colonia, Weimar)

de la tierra) Plinio enumera varias regiones, en las que se podían, o aún se pueden encontrarse, islas flotantes². También Séneca cita ejemplos de este caso en sus investigaciones científicas y busca aportar explicaciones al origen de este fenómeno: por ejemplo, que se trata de piedras porosas y flotantes o de un cúmulo denso de troncos flotantes, de arbustos y de ramas³.

El 'punto umbilical' de Italia, el *lacus Cutiliae*, está seco en nuestros días y el fenómeno de la isla flotante ha desaparecido. Pero ha persistido una cuestión jurídica interesante: ¿A quién le pertenece una isla flotante? Sobre esto se ha expresado el jurista Paulo, de la época tardo-clásica, en

D. 41.1.65.2 (Labeón en el libro VI de las reglas Jurídicas Convincentes escogidos por Paulo)

Si qua insula in flumine publico proxima tuo fundo nata est. ea tua est. PAULUS: videamus ne hoc falsum sit de ea insula. quae non ipsi alveo fluminis cohaeret, sed virgultis aut alia qualibet levi materia ita sustinetur in flumine, ut solum eius non tangat. atque ipsa movetur: haec enim propemodum publica atque ipsius fluminis est insula.

Si en un río público se ha formado una isla próxima a tu fundo, es tuya. PAULO: veamos si esto no es incierto respecto a una isla que no está unida al cauce del río, sino que, [formada] por matorrales o por cualquier otro material ligero, flota de tal manera en el río que no toque el fondo y que pueda ser desplazada [por la corriente]. Pues esta isla es, en cierto modo pública y propia del mismo río.

Paulo nos quiere demostrar que una isla flotante es una cosa pública. Sin embargo, tenemos que tomar en consideración a priori dos factores: primero, que en el derecho romano, los ríos con caudal perenne (*flumina perennia*) forman parte del dominio público⁴ y, segundo, que Paulo limita su solución al caso de las 'islas flotantes'. Pero por los demás para el caso normal de las islas que emergen en un río, no contradice a Labeón, el jurista comentado. Paulo parte también del principio de que los propietarios de los predios más próximos adquieren la propiedad privada de la isla.

También la última solución es, a primera vista, sorprendente; porque si se forma una isla fluvial, y con ella una nueva cosa, ésta debería pertenecerle, en principio, a quien se la haya apropiado primero, es decir, quien la haya ocupado.

² N.H. 2,209.

³ SENECA, *Nat. Quaest.* 3,25,7 - 10, el extracto enumera las islas flotantes en Lidia (refiriéndose a Teofrasto), como las del lago de Cutiliae y las del lago volcánico de Vadimón (en el sur de Etruria junto a Bomarzo). En cuanto a éste último, véase también PLINIO, N.H. 2,209 y PLINIO *el joven*, *Ep.* 8,20,4 ss., según el cual se trataba de varias islas de despojos, en las que solía pastar el ganado. También hoy en día se forman islas flotantes en los ríos tropicales, por ejemplo en el curso superior del Nilo, por la formación de barreras de hierbas y de plantas.

⁴ Véase por todos KASER, *Das römische Privatrecht*, vol. I, 2.^a ed. 1971, p. 381.

Tenemos que partir del principio de ocupación, si queremos entender las soluciones en torno a las islas flotantes y a las islas fijas fluviales, como nos lo demuestra el jurista Gayo (que probablemente murió el 161 d.C.), en el siguiente texto de las *res cottidianae*, que encontramos en el Digesto y en las Instituciones:

D. 41,1,7,3 (Gayo libro II de las ‘Cosas diarias o palabras áureas’)

Insula quae in mari nascitur (quod raro accidit) occupantis fit: nullius enim esse creditur. in flumine nata (quod frequenter accidit), si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit: quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident.

Una isla que (lo que sucede raras veces) nace en el mar se hace de quien la ocupa [primero]: pues se considera que antes no ha pertenecido a nadie. Pero si ha nacido en un río (lo que sucede con frecuencia), y si se encuentra en la mitad del río, es de propiedad común de los que poseen predios ribereños a los dos lados del río, en proporción a la extensión del trozo de ribera de cada predio. Pero si la isla se encuentra más próxima a una parte del río, se convertirá solamente en la propiedad de aquellos, que poseen, en aquella parte, predios junto a la ribera.

Según lo expuesto, existen distintas soluciones para las islas marítimas, las islas fluviales y las islas flotantes. De estas soluciones sólo conviene inmediatamente la solución propuesta para las islas marítimas. Ésta se basa en el principio antes mencionado, el principio del derecho natural, que asigna la propiedad sobre las cosas sin dueño, y con esto también sobre las cosas nuevas al primero que se las apropie: *Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur* (Gai. D. 41, 1, 3 pr. = Inst. 2, 1, 12)⁵.

En cambio, la solución propuesta para el problema de la *insula in flumine nata* no es comprensible sin más. Es verdad que se ha incorporado en la mayor parte de los códigos civiles, por ejemplo en el Art. 561 Code civil (“Les îles et atterrissements qui se forment dans les rivières non navigables et non flottables appartiennent aux propriétaires riverains du côté où l’île s’est formée: si l’île n’est pas formée d’un seul côté, elle appartient aux propriétaires riverains des deux côtés, à partir de la ligne qu’on suppose tracé au milieu de la rivière”)⁶. El origen de esta asignación extraña de la propiedad todavía es muy discutido. Rudolf v. Jhering se

⁵ Esto tiene validez también hoy en día, véase p.ej. (para las cosas muebles) § 958 BGB, art. 2525 CcArg.

⁶ Esta norma se mantiene en el art. 103 Code rural. Reglamentaciones correspondientes contienen p.ej. § 407 ABGB (Austria), Arts. 561 CcBélg.; 373 CcEsp.; 1071 CcGrecia; 656 CcChile; 537 CcBrasil. Según Art. 2340, 6° CcArg. son “bienes públicos...las islas formadas...en toda clase de río”.

ha divertido con este “bocado exquisito para el pandectista”, “no por las perspectivas prácticas, que se podrían fundar sobre ello en nuestros días - desgraciadamente no es así!”, y propuso en su obra *Scherz und Ernst* la siguiente solución:

“A propósito: ¿se han preguntado por qué los romanos..., dado que aquí se trata de cosas sin dueño, no han admitido la solución jurídica para las cosas sin dueño, esto es, el derecho a la ocupación libre? Imagínense el escenario que este derecho provocaría: las peleas en el agua antes de que la isla emerja (o sea: ¡mientras que la naturaleza todavía está con los dolores!); imagínense los intentos de reemplazar el nacimiento paulatino por el nacimiento con fórceps, y ustedes sabrán, por qué los romanos han sido tan comprensivos excluyendo la ocupación justo en estos casos”⁷.

Es evidente, que la verdadera razón es otra. Hoy parece haber caído en el olvido, pero los padres del *Code civil* todavía la conocieron. En su *Présentation au Corps Législatif* (en relación a las razones de la adquisición de la propiedad) Jean-Etienne Portalis afirmó, a tratar los aluviones, por los que los predios ribereños han sido agrandados a lo largo del tiempo:

“que les alluvions doivent appartenir au propriétaire riverain, par cette maxime naturelle que le profit appartient à celui qui est exposé à souffrir le dommage. Des propriétés riveraines sont menacées plus qu’aucune autre. Il existe pour ainsi dire une sorte de contrat aléatoire entre le propriétaire du fonds riverain et la nature, dont la marche peut à chaque instant ravager ou accroître ce fonds”⁸.

Para las islas fluviales se aplica, en vez del principio general de ocupación, el principio más estricto, que asigna el beneficio al individuo que soporta los riesgos (*commodum eius esse debet, cuius periculum est*, Inst. 3,23,3)⁹. Se trata aquí del riesgo de perder la cosa que soporta el propietario: *casum sentit dominus*¹⁰. Los propietarios ribereños de un río están expuestos al riesgo de perder una parte su propiedad, o incluso su terreno entero como consecuencia de la erosión o de cam-

⁷ JHERING, RUDOLF V., *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 4.ª ed. 1891, p. 132 y s. (con el lema: *ridendo dicere verum*) - en cuanto a la *insula in flumine nata* en la bibliografía desde la recepción, cfr. ZIRNDORFER, SZ 4 (1883), 233 y ss.

⁸ FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, vol. 11, 1828, reimpr. 1968, p. 128. El Louisiana Supreme Court en: LIVINGSTONE, MORGAN V., 6 Mart. O.S. 19 (1819), ha aceptado esta explicación, véase HERMAN, *Der Einfluß des Römischen Rechts auf die Rechtswissenschaft Louisianas*, SZ 113 (1995) 293, 319.

⁹ Véase también D. 50,17,10. Este principio se ha convertido en una célebre regla jurídica (que ha tenido eco en muchos contextos), véase ROLAND-BOYER, *Adages du droit français*, 3.ª ed. 1992, 994 y ss.; BROOM, *A selection of Legal Maxims*, 10.ª ed. 1939 (ed. Kersley), 485 (*Qui sentit onus sentire debet commodum*). En cuanto a las fuentes romanas, véase MOMMSEN, FRIEDRICH, *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, Heft 1, 1859 (que, sin embargo, interpreta la regla de manera demasiado estricta); VAN DEN BERGH, GOUVERT, *Qui habet commoda ferre debet onera*, en: Robert Feenstra entre otros (editor), *Flores legum, Festschrift für Hermann J. Scheltema*, 1971, p. 25 y ss.

¹⁰ Diocl. C. 4,24,9 (*res perit suo domino*), cfr. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 5.ª ed. 1991, R 32, 49; ROLAND-BOYER (ob. cit., n. 9), p. 819 y ss.

bios en el curso del río. Como compensación, los propietarios ribereños adquieren la propiedad de los aluviones.

En cuanto a las islas fluviales, estamos ante un caso en el que las dos orillas del río están expuestas al mismo riesgo. Esto nos lleva a la siguiente regla: la mitad del río debe determinar la frontera entre lo que es asignado a una o a otra ribera, de manera que una *insula nata*, que no llega a la mitad del río, es asignada a la ribera más próxima. Además, se ha de suponer que sólo los fundos situados directamente en la ribera fluvial (sin tener en cuenta la distancia entre el fundo y la isla) podían adquirir la propiedad, porque todos estos fundos (y sólo éstos) estaban expuestos directamente a las variaciones que sufre el río¹¹.

La exactitud de la explicación ofrecida se ve confirmada por el descubrimiento de una excepción a la excepción del principio de ocupación, en torno a la *insula in flumine nata*. Si se trataba de unos *agri limitati*, o sea, de parcelas del *ager publicus*, deslindadas por el agrimensor con exactitud matemática, y asignadas a los colonos. Sus lindes (determinadas en la *forma*, esto es, el plan de distribución) no se desplazaban, aunque cambiara el curso del río. Por su delimitación invariable, tales parcelas no podían ser ampliadas. Si entre ellas corría un río (que no estaba incluido en la asignación del terreno) y si en él se formaba una isla, encontraba aplicación el principio general de ocupación (porque quedaba excluida una ampliación y, con ello, una adquisición de propiedad por parte de los titulares de los predios ribereños)¹². En este caso, la isla formada en el río pertenece al primero que se la apropia, como lo confirma D. 43, 12, 1, 6 (...*illa enim insula aut occupantis est, si limitati agri fuerunt...*).

Volvamos ahora a las islas flotantes. Resulta, que, para ellas, tanto el principio general de ocupación como el principio más estricto aplicado a la isla fluvial (*commodum* y *periculum*) están restringidos por otro principio más especial. Como la isla flota, no puede pertenecer a ninguno de los ribereños; faltando un 'anclaje' no existe razón para que los ribereños adquieran la propiedad. Lo que va en contra del principio de ocupación, es el hecho de que las islas flotantes son, en cierto modo, un subproducto del agua y, como tales, forman parte de él. Consiguientemente, encuentra aplicación el siguiente principio jurídico: *accessio cedit principali* o: *accessorium sequitur principali* - la cosa accesoria sigue [en su situación jurídica] el destino de la cosa principal¹³. Las islas flotantes son, pues, cosas públicas. Las islas flotantes que se encuentran en aguas privadas pertenecen al propietario de estas aguas.

¹¹ KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, vol. 2, 1901, p. 431 (refiriéndose a ENNODIUS, *Vita B. Epiphani* [ed. G. Hartel 1882] p. 336).

¹² Cfr. v. WACHTER, *Pandekten*, vol. 1, 1880, 281. Por eso tampoco tiene lugar una adquisición de propiedad por aluvión, Flor. D. 41,1,16, y no existe el derecho al *alveus derelictus* (que consiguientemente era ocupable), Ulp. D. 43,12,1,7, cfr. RUDORFF, *Gromatische Institutionen*, en BLUME-LACHMANN-RUDORFF, *Die Schriften der röm. Feldmesser*, vol. 2, 1852, reimpr. 1967, p. 451 y s.

¹³ Esta regla es expresada sobre todo en Ulp. D. 34,2,19,13; Gai. D. 33,8,2, como también en Paul. D. 50,17,129,1; D. 50, 17, 178.

Después de todo esto, se puede hacer una constatación acerca de la manera, en la que los juristas romanos desarrollan el derecho y forman el ordenamiento jurídico: no actúan según su intuición genial (por lo menos no como punto de partida) como lo sostienen algunos¹⁴, sino, al contrario, según conceptos sanos y prácticos, que corresponden a la naturaleza de la cosa, limitando los principios generales, como el de la ocupación, con principios más estrictos, como la regla del *commodum* y del *periculum*, y verificando el alcance de los principios estrictos con la ayuda de casos excepcionales, como el de la isla flotante.

II

1. Podemos observar un contexto similar en lo que llamaremos “árboles errantes”. También ellos constituyen un caso excepcional, con el que los juristas verificaron el alcance de un principio, concretamente el del principio *superficies solo cedit*: lo que se ha hecho sobre el suelo, pertenece al propietario de este suelo¹⁵. Según este principio los árboles pertenecen al propietario de aquel fundo, en el que han arraigado¹⁶. Si por un desprendimiento de tierras los árboles son llevados a otro fundo, pertenecen, consiguientemente, al propietario de este nuevo fundo, en cuanto hayan arraigado allí¹⁷. Si éste es el punto de partida, persiste la siguiente pregunta: ¿que otra circunstancia determina esta adquisición de propiedad mediante la *implantatio*? ¿Depende del lugar de donde sale el tronco (el así llamado “principio de tronco”) - como lo admitimos en nuestros días en los derechos civiles francés (véase Art. 673 Cc) y alemán (véase § 923 BGB)¹⁸? ¿O depende del

¹⁴ Así particular el célebre KASER, en su notable estudio: *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen), Phil. Hist. Klasse, 1962, 2.ª ed. 1969, p. 47 y ss.

¹⁵ Acerca de este principio jurídico, véase MEINCKE, J.P., *Superficies solo cedit*, SZ 88 (1971) 136 y ss.

¹⁶ Cfr. Diocl. C. 3,32,11 (a. 293), además Gai Epitome 2,1,4 (FIRA II 242): *Item regulariter constitutum est, ut superposita inferioribus cedant...vel si aliquis in agro nostro arbores aut vineas vel plantas quascumque posuerit, similiter superficies solo cedit*; véase además las fuentes siguientes.

¹⁷ Alf.-Ulp. D. 39,2,9,2. Cfr. también Ulp. D. 6,1,5,3 (un texto en el que ya los antiguos juristas [Alfeno y más tarde Nerva] concedían una *rei vindicatio utilis* al anterior propietario contra el nuevo propietario, en cuyo suelo se ha arraigado el árbol; en otro sentido, la traducción de BEHREND-S-KNÜTEL-KUPISCH-SEILER [*Wollschläger*], *Corpus Iuris Civilis*, Text und Übersetzung, vol. II (Digesten 1-10), ad h.l., suponiendo que se trata de la acción del propietario del fundo durante la fase del arraigamiento; pero véase WÄCHTER, v., *Pandekten*, vol. 2, 1881, p. 127).

¹⁸ Los antiguos autores todavía lo destacan para el art. 673 Cc francés (antigua versión), p. ej. *Duranton*, *Cours de droit français suivant le Code civil*, vol. 3, 4.ª ed. 1841, p. 139 núm. 380; para más detalles y para el derecho alemán con bibliografía al § 923 BGB, véase KNÜTEL R., *Von Wurzeln und Stämmen*, en: Eberhard Schilken entre otros (editor), *Festschrift für H.F. Gaul*, 1997, p. 326 y ss.

lugar donde se han arraigado las raíces (el así llamado “principio de las raíces”)?¹⁹

El problema se evidencia en árboles que se encuentran junto a la linde de un fundo. En este caso se plantea la cuestión, acerca de si sigue teniendo validez el principio *superficies solo cedit*, cuando el tronco realmente está implantado en el suelo (*solum*), pero las raíces principales han entrado en el fundo vecino. Esta cuestión fue muy discutida en el derecho romano (y por ello también en el siglo XIX).

2. Sólo el texto siguiente se pronuncia en favor del principio de tronco:

D. 47.7,6,2 (Pomponio libro 20 a Sabino)

Si arbor in vicini fundum radices porrexit, recidere eas vicino non licebit, agere autem licebit non esse ei ius (sicuti tignum aut protectum) inmissum habere. si radicibus vicini arbor aletur, tamen eius est, in cuius fundo origo eius fuerit.

Si un árbol metió sus raíces en el fundo del vecino, no está autorizado el vecino a cortarlas, pero puede ejercitar la acción fundamentada en que el otro no tiene derecho a dejar meter [las raíces en el fundo vecino] (comparable con el caso de una viga empotrada o un voladizo [que penetra en el fundo contiguo]). Aunque el árbol se alimente mediante las raíces [prolongadas hacia el fundo vecino], pues pertenece, sin embargo, al propietario del fundo de origen.

Este texto, insertado en el título ‘de la acción de árboles furtivamente talados’ (D. 47.7)²⁰, deniega al vecino el derecho a cortar las raíces introducidas en su fundo y le remite a la *actio negatoria*. Es de suponer que esto se basa en el concepto de que el vecino, cortando raíces probablemente vitales, no deba él mismo decidir sobre la existencia del árbol.

La alusión en la segunda frase completa el concepto anterior: el hecho de que las raíces hayan entrado en el fundo del vecino en cuestión, no le hace propietario del árbol y (como podemos deducir) no le dan el derecho a disponer sobre el árbol como un propietario y cortar a sus raíces (lo que excluiría a priori la acción negatoria).

¹⁹ Una tercera situación es aquella del árbol que, después de haber salido de la tierra, crece inmediatamente hacia el fundo vecino. En un caso de éstos, en el que un sauce, justo después de haber salido de la tierra, “reptó” al fundo vecino donde se elevó después de 1,50 m a una posición oblicua, el Amtsgericht Nordenham (NJW-RR 1992, p. 1368), aparentemente, ha partido, mediante una modificación del principio de tronco, de que el propietario sea el vecino, a cuyo fundo se reptó el sauce.

²⁰ Detalladamente sobre este texto, véase BIGNARDI, A., *Actio, interdictum, arbores, en Index* 12 (1983/84) 465, 485 y ss.

Este texto es el único que se refiere al principio del tronco. En él ya se pone de relieve que ha debido de existir otra opinión jurídica. Esta otra opinión se manifiesta en varios textos.

3. a) Particularmente importante es un texto que encontramos tanto en las Instituciones de Justiniano (2,1,31), como en los Digestos, aunque con pequeñas modificaciones. Veamos primero el texto del Digesto y destaquemos las divergencias esenciales al texto de las Instituciones.

D. 41,1,7,13 (Gayo libro II 'Cosas diarias o palabras áureas')

Si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit: ex diverso si meam plantam in alieno solo posuero, illius erit: si modo utroque casu radices egerit: antequam enim radices ageret, illius permanet, cuius et fuit. *his conveniens est, quod <quidam? putant>*²¹, *si vicini arborem ita terra presserim, ut in meum fundum radices egerit, meam effici arborem: rationem enim non permittere, ut alterius arbor intellegatur, quam cuius fundo radices egisset. et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicinum fundum radices egerit, communis est.*

Si yo planto una planta de otro en mi fundo, me pertenecerá; y si, por el contrario, en fundo ajeno planto una planta mía pertenecerá al propietario del fundo, pero solamente si en ambos casos ha echado raíces. Pues antes de echar las raíces permanece en la propiedad del propietario inicial. *Con esto concuerda, que - como unos suponen - si por un terraplén provo que el árbol del vecino, oriente sus raíces hacia mi fundo, el árbol se hace mío: porque la razón jurídica no permite que un árbol pertenezca a alguien distinto del propietario del fundo donde echó sus raíces. Y por eso, un árbol plantado junto a la linde es de propiedad común, en cuanto haya echado sus raíces también en el fundo del vecino.*

En los tres casos la intervención humana lleva consigo una nueva asignación de la propiedad de la planta. Esta afirmación básica se evidencia en los dos primeros casos: una planta se hace parte integrante del fundo con el arraigo, sea que alguien plante una planta ajena en fundo propio, sea que plante la suya en fundo ajeno. Esto es una consecuencia natural del principio *superficies solo cedit*. Aunque no contenga una verdad jurídica incontestable, este principio se ha convertido en regla determinante del derecho romano, que también ha sido asumido por la mayor parte de las codificaciones modernas²². El tercer caso es excepcional: *Ego*

²¹ Se habrá de completar así o de manera parecida con KRÜGER, P., *Digesta*, Editio stereotypa (15. ed. 1928).

²² Cfr. art. 552.1 Cc francés; §§ 417-420 ABGB; 94, 946 BGB.- Para el ZGB suizo cfr. los Artt. 667.2 y 671.1, 678.1, respectivamente en relación con el art. 642.1; pero este principio se ha quebrantado repetidas veces, cfr. art. 675 y Artt. 673, 678.1 ZGB (por lo cual el suelo cede a la *superficie*, dado el caso, a la propiedad del árbol, véase por todos FORNI, F.F., *La superficie*

terraplena la tierra de tal manera (*si vicini arborem ita terra presserim*²³), que el árbol de su vecino 'cambia su orientación' y echa sus raíces en el fundo de *Ego*. Del contexto se deduce que el fragmento se refiere a todas las raíces esenciales, o sea, las raíces principales. De esta manera se plantea la cuestión: ¿qué es determinante para la propiedad del árbol, la situación de las raíces o la localización del tronco? El fragmento del Digesto contiene una afirmación determinante en favor del principio de las raíces.

b) El texto paralelo en las Instituciones evidencia lo mismo, pero con pequeñas modificaciones, en el decisivo tercer caso:

Inst. 2,1,31

Si Titius alienam plantam in suo solo posuerit, ipsius erit: et ex diverso si Titius suam plantam in Maevii solo posuerit, Maevii planta erit, si modo utroque casu radices egerit. antequam autem radices egerit, eius permanet, cuius et fuerat. adeo autem ex eo, ex quo radices agit planta, proprietas eius commutatur, ut, si vicini arborem ita terra Titii presserit, ut in eius fundum radices ageret, Titii effici arborem dicimus: rationem etenim non permittere, ut alterius arbor esse intellegatur, quam cuius in fundum radices egisset. et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.

Si Ticio ha plantado una planta ajena en su fundo, será suya, y si, por el contrario, Ticio ha plantado su propia planta en el fundo de Mevio, pertenecerá a Mevio, pero sólo en caso de que la planta haya echado raíces. Pero antes de que la planta haya echado raíces, permanece en la propiedad del propietario inicial. *El hecho de que la propiedad de la planta se modifique, en el momento de haber echado sus raíces, llega hasta tal punto que podemos decir lo siguiente: si la tierra de Ticio 'aprieta' el árbol de su vecino de tal manera, que echa sus raíces en el fundo de Ticio, el árbol será de Ticio.* Porque la razón jurídica no permite que un árbol pertenezca a otro sino al propietario del fundo, en el que ha echado raíces. Y por eso, el árbol plantado junto a la linde será de propiedad común, si también ha echado raíces en el fundo del vecino.

El tercer caso es narrado aquí como mero suceso natural: la tierra de Ticio aprieta un árbol de tal manera que sus raíces (también aquí se refiere a las raíces

delle piantagioni, Lugano 1946, p. 110 y ss.). Desde el punto de vista de la *coalito* expone los casos de arraigamientos BLANCO RODRÍGUEZ, M.L., *Coalitio*, en *Revista crítica de derecho inmobiliario* 68 (1992), p. 1201, 1230 y ss.

²³ *Terra premere* puede incluso tener el significado de 'plantar', véase *Oxford Latin Dictionary*, ed. Glare, reimpr. 1985, p. 1452, s.v. premo 14 d ('to bury in the ground, to plant', también con alusión a nuestro texto, p. 1453).

principales²⁴) “migran” al fundo de Ticio.

c) Es difícil de imaginarse este fenómeno natural.

Paul Krüger²⁵ afirmó que, en principio, se esperaba encontrar escrito *ita terram Titius presserit* (en lugar de *arborem ita terra Titii presserit*); o sea, que Ticio haya tapado con tierra el árbol del vecino de tal manera que las haya dirigido a su propio fundo. Para ello Krüger remite (aparte de la noción *presserim* en el texto del Digesto, lo que confirma la intervención humana) a la obra *Historia naturalis* 17,13 de Plinio, en el que se trata de plántones arrancados o cortados, o sea, errantes, que son implantados en la tierra, donde echan raíces. Además, no remite al fragmento Ven. D. 43,24,22 pr., el que trata el caso de un vecino que tira una cepa hacia su propio fundo. Todo esto no se compagina con el tenor de la versión de las Instituciones.

En su reciente traducción neerlandesa de las Instituciones J.E. Spruit y K.E.M. Bongenaar²⁶ han traducido este texto en el siguiente sentido: “Si un árbol es arriado tan cerca al fundo de Ticio (zo dicht tegen de grond van Titius anstaat), de manera que echó sus raíces en su parcela...”²⁷ Los traductores neerlandeses parten, evidentemente, de la suposición de que el propietario ha plantado recientemente el árbol y de que éste ha echado desde un principio sus raíces al fundo vecino. Sin embargo, lo que contradice a esto, es que el texto no dice *arbor terram presserit*, sino *arborem terra presserit*. En esta frase latina “la tierra” es el sujeto, “el árbol” el objeto, y para *premere* no hay prueba que tenga el significado de “arrimarse”.

En nuestra traducción de las Instituciones sostuvimos en su día, que no se podía averiguar el fenómeno real al que se refería el jurista. Por eso hemos traducido palabra por palabra la frase *arborem ita terra presserit*: “la tierra... cubre el árbol... tan firmemente” y hemos expresado nuestro asombro en la siguiente nota: “La razón, por la que el árbol creció hacia el fundo vecino (sea por trasplatación [véase D. 41,1,7,13], por el hecho de que las raíces crezcan al otro lado o por alguna otra razón) queda incierta”²⁸.

Después de haber comprobado el texto de nuevo, tengo la impresión que podemos mantener el tenor del texto. K.A. v. Vangerow²⁹ afirmó “que el árbol mismo se ha ido, poco a poco, al otro fundo, lo que en terreno escarpado es bien

²⁴ Así también GÖPPERT, *Über die organischen Erzeugnisse*, 1869, p. 153; SANDARS, TH. C., *The Institutes of Justinian*, 10.ª ed. 1900, p. 108 (al § 31).

²⁵ En la nota a Inst. 2,1,31 de su edición de las Instituciones, 4.ª ed. 1921, p. 39 n. 2.

²⁶ SPRUIT, J.E. - BONGENAAR, K.E.M., *Corpus Iuris Civilis*, Tekst en Vertaling, I, *Instituten*, 1993, p. 63.

²⁷ Consintiendo FEENSTRA, R., *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 4 (1996) 186.

²⁸ BEHRENDTS - KNÜTEL - KUPISCH - SEILER (ob. cit., n. 17), vol. I, *Institutionen*, 1990, 53 (= edición libro de bolsillo, 1993, 53). En la nueva edición de 1997 la nota remite al texto paralelo Gai. D. 41,1,7,13 y al fragmento (en oposición) Pomp. D. 47,7,6,2.

²⁹ *Lehrbuch der Pandekten*, vol. 1, 7.ª ed. 1863, p. 635.

posible". Vangerow supone que el tronco ha "migrado" al otro fundo. Pero el texto no va tan lejos; sólo dice que las raíces han entrado en el fundo vecino. Esto es bien posible en un terreno escarpado³⁰. Además, *premere* puede tener el significado de 'ejercer presión sobre alguien', 'apurarle' o 'impulsarle', en lugar del significado 'apretar'. En este sentido el terreno inferior, siendo de mejor calidad, puede haber impulsado al árbol de echar justamente allí sus raíces.

Por lo demás, en el 'mesón de la naturaleza' en Salzburgo se encuentra un abeto rojo, que - teniendo más de 90 años - ha echado de nuevo sus raíces en una altura de tres metros; mientras que las otras se secaban³¹. El desarrollo de las nuevas raíces fue favorecido por un desprendimiento de tierras el que sacó las antiguas raíces de la tierra. Aquí podemos imaginarnos bastante bien que el tronco todavía se encuentra, junto con sus raíces secas, en el fundo superior, mientras que las nuevas raíces se han arraigado en el fundo inferior³².

d) La situación supuesta en las Instituciones no es tan improbable, como se podría suponer a primera vista. Si ha sido insertada por los redactores de las Instituciones (Triboniano, Doroteo y Teófilo, véase Const. Imperatoriam § 3) en el texto de Gayo, si, por lo tanto, el texto del Digesto concuerda más con el texto original, es una cuestión difícil a responder, pero no es la cuestión determinante para el problema jurídico. De todos modos, Teófilo expone la situación en su paráfrasis griega de las Instituciones como fenómeno natural. El pasaje interesante se puede traducir de la siguiente manera:

"...Pero, en cuanto la mencionada planta ha echado raíces, pertenece al propietario de aquel fundo en la que está arraigada. Naturalmente se planteó la siguiente pregunta: mi vecino poseyó un árbol junto a la linde de nuestros dos fundos. Poco a poco las raíces de este árbol avanzaron en la tierra y llegaron a mi fundo, donde se nutrieron de mi tierra. En cuanto a la cuestión jurídica discutida, la mayor parte de los juristas concluyeron que el árbol ha pasado a mi propiedad. Porque la razón

³⁰ Profesor DOLEZALEK, GERO me contó, que, de esta manera, un peral "migró" de su fundo al fundo vecino.

³¹ Esto me lo señaló el señor KLASSEN, BERND, Bonn.- Cfr. también Ulp. D. 39,2,9,2 (cfr. *supra*, n. 17).

³² Aunque nuestros textos se refieren a raíces en la tierra, este problema se podría dar también en el caso de árboles con raíces aéreas, como el Banyon Tree en los jardines de Hemingway en Key West o el extraordinario *ficus magnolia* ante el Palazzo Steri Chiamonte en Palermo o en general los árboles de los bosques de mangle, las raíces aéreas se convierten en troncos, que, por su cuenta, echan más raíces, mientras que el tronco se muere. Los "árboles que brotan en las avenidas" representan otro tipo de árbol, que no concierne nuestro tema. Éstos suelen brotar con preferencia en la ruta de los conductores, que (después de haber asistido a la fiesta de octubre, "Oktoberfest", de Munich) reaccionan más lentamente y por ello están sin defensa contra la alevosía de los árboles de avenida, como nos lo describe ROSENDÖRFER, HANS, *Die springenden Alleebäume* (1996, dtv), p. 1 y ss.

natural no permite que el árbol pertenezca a otro que al propietario, en cuya tierra tenga sus raíces...'³³

Como se puede suponer sobre la base de informaciones complementarias y evidentemente acertadas, Teófilo y con él los redactores de las Instituciones pueden haber tenido ante sí una versión más detallada de las *Res cottidianae* que la comisión del Digesto. Las diferencias entre las *Res cottidianae* de los fragmentos del Digesto y los párrafos correspondientes de las Instituciones, admiten la suposición de que han existido diferentes manuscritos de las *Res cottidianae*³⁴. Sea como fuere: las dos versiones del tercer caso están llenas de atractivos. La versión del Digesto puede aparecer más problemática que la versión en las Instituciones³⁵, porque la intervención del vecino ha favorecido el cambio de orientación de las raíces hacia su fundo, con lo que adquirió la propiedad. Pero no podemos excluir la posibilidad de que los dos ejemplos se encontraran en el texto original de Gayo³⁶.

e) De todos modos, los dos textos contienen una afirmación determinante en favor del principio de raíces, y justifican su argumentación con la *ratio*, la razón jurídica. La argumentación de los dos textos no se limita en la mera consideración, que salta a la vista en primer lugar, de que, generalmente, una planta, una vez arraigada, perece al ser extraída, por los daños causados. La argumentación jurídica parte más bien del hecho de que la planta, en cuanto está arraigada, percibe sus fuerzas de la tierra y, dado el caso, la agota. Pero incluso este punto de vista

³³ Theophilus, Institutionum Graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa (ed. FERRINI, E.C.), 1884 (reimpr. 1967), vol. 1, p. 111 (según Inst. 2,1,31): μεθ' ὃ μέντοι ριζωθῆ τὸ εἰρημένον φυτὸν μετατίθεται αὐτοῦ ἡ δεσποτεία ἐπὶ τὸν κύριον τοῦ ἐδάφους, ἐν ᾧ ἴσταται. ἀμέλει ἐντεῦθεν ἐζητήθη τι τοιοῦτον. ὁ ἐμὸς ἀγρογεῖτων ἐν τέλει τοῦ οἰκείου ἀγροῦ πλησίον τῶν ἐμῶν γηδίων δένδρον εἶχε. συνέβη τοῦ τοιοῦτου δένδρου κατὰ μικρὸν ἐρπούσας ὑπὸ γῆν τὰς ρίζας ἐφικέσθαι τοῦ ἐμοῦ καὶ τῆς ἐμῆς δράξασθαι γῆς κάκειθεν τρέφεσθαι. ζητήσεως γενομένης, ἤρρεσεν ἐμὸν γενέσθαι τὸ δένδρον· οὐδὲ γὰρ φυσικὸς ἐπιτρέπει λογισμὸς ἑτέρου εἶναι τὸ δένδρον ἢ περ ἐκείνου, οὐ ἐν τῇ γῇ τὰς ρίζας ἔχει.

³⁴ Cfr. FERRINI, C., *Opere*, vol. 2 (ed. E. Albertario), Milán 1929 (del año 1889), 200 y s. (quien considera la versión en las Instituciones como la peor); ARANGIO-RUIZ, en V., *Studi Bonfante*, vol. 1, Milán 1930, 493, 508 y s., 511, 520 passim. (con la opinión contraria); en oposición, NELSON, H.L.W., *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai institutiones*, Leiden 1981, p. 311 y ss., 319 y ss., el que expone (aclarando una controversia antigua), que las *Res cottidianae* tienen su origen en Gayo (así, p. ej. KASER, *Ius gentium*, 1993, p. 93 y ss.), pero el que se basa en consideraciones generales no concluyentes, en cuanto al problema de las diferentes muestras de las *Res cottidianae* (ya citadas en los Digestos en diferentes títulos). Véase también, con una postura reservada sobre este punto, WIEACKER, SZ 100 (1983) 636 y ss.

³⁵ Con referencia a las Basilicas 50,1,6,13 (Scheltema A VI 2320; Heimbach V 38) GÖPPERT (ob. cit., n. 24), p. 152 y s. con la nota 9, considera la versión de las Instituciones como la mejor, la que sólo dice abreviadamente, que el árbol pertenece al vecino, en cuyo fundo ha echado sus raíces.

³⁶ Véase FERRINI (ob. cit., n. 34), p. 358 (del año 1901).

no es lo que resuelve el problema jurídico. Es más decisivo para la argumentación jurídica, que este efecto negativo para el propietario del fundo, tiene por consecuencia la aplicación el siguiente principio de compensación conforme con la justicia natural³⁷: *Secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda* (Paul. D. 50,17,10); las ventajas de cada cosa le corresponden al quien también corresponden los perjuicios³⁸. O, como lo enuncia la regla del derecho canónico (formulada por Dino sobre la base de las fuentes romanas): *Qui sentit onus, sentire debet commodum, et contra*³⁹, quien sufre la carga de una cosa, debe también recibir las ventajas, y viceversa.

4. El jurista Paulo, de la época tardo-clásica, presenta otro apoyo en favor del principio de raíces en:

D. 41,1,26,1 (Paulo libro XIV a Sabino)

Arbor radicitus eruta et in alio posita priusquam coaluerit, prioris domini est, ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur: nam credibile est alio terrae alimento aliam factam.

Un árbol que es arrancado con sus raíces y es implantado en otro fundo, pertenece al propietario inicial, mientras que todavía no ha arraigado. En cuanto ha echado raíces, la propiedad [de este árbol] cede al suelo; y si de nuevo es arrancado, no vuelve al propietario inicial. Porque es creíble que el árbol, gracias a la alimentación de la tierra [del otro fundo], se convirtió en otro.

a) La frase final explicativa llama la atención. Porque parece ser banal que el propietario adquiere la propiedad del árbol con el arraigo en el lugar nuevo y que no la pierde por el acto real de un desarraigo (y, eventualmente, de una reimplantación en el lugar inicial antes de que arraiga de nuevo). Fritz Schulz se ha expresado a nuestro texto en la siguiente manera: "an almost incredible piece of academic pedantry"⁴⁰. La cuestión y la solución se evidencian en el contexto de

³⁷ Véase la alusión de HEINECCIUS, J.G., *Recitationes in Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, vol. 1, Nápoles 1824, p. 329. Véase en seguida a Paul. D. 41,1,26,1.

³⁸ Encontramos este principio con diferentes formulaciones (véase por ejemplo Inst. 3,2,7 al final), cfr. particularmente Inst. 3,23,3: *nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est* (porque el que carga con el riesgo, debe poder gozar de las ventajas). Otras versiones en LIEBS, D., *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 5.ª ed. 1991, Q 46, R 7 y U 8.

³⁹ Liber Sextus 5,13,55.

⁴⁰ *Classical Roman Law*, Oxford 1951 (reimpr. Aalen 1992), p. 364 con p. 367. Schulz piensa, que además deberíamos imaginarnos que el propietario inicial ni siquiera tendría una *condictio* contra el nuevo propietario (que implanta el árbol) como compensación a su enriquecimiento. Según Schulz sólo se concede la *actio furti* en el caso de mala fe del que implanta. Pero ya los antiguos juristas (Alfenus Varus, más tarde Nerva) concedieron, aparentemente, una *rei vindicatio utilis* al propietario inicial del árbol contra el nuevo propietario, Ulp. D. 6,1,5,3 (cfr.

la regla de la viga empotrada (*tignum iunctum*). Según una regla de las XII Tablas del año 450 (6,8), no se podían reivindicar vigas ajenas, incluso hurtadas, mientras existiera el edificio en el que fueron empotradas. La propiedad de la viga, suspendida durante este período, revivía en el caso del derrumbamiento o destrucción del edificio por otra causa; el propietario (inicial) la podía reivindicar después⁴¹. En virtud de una interpretación extensiva del término *tignum*, esta solución se aplicó a todo tipo de material de construcción (*omnis materia*, Ulp. D. 47,3,1,1). En nuestro fragmento, Paulo probablemente ha querido rechazar un razonamiento análogo para el caso de la 'accesión' de un árbol ajeno a un fundo.

b) Debemos admitir, por lo general, que una cosa continúa siendo la misma, mientras que no cambie esencialmente su forma. Esto tiene especial validez para los seres vivos, como lo justificó Servio, un contemporáneo de Cicerón, con un *argumentum ad absurdum*: "Si alguien pensara que por el recambio de piezas nace otra cosa, concluiría que, por la misma razón, nosotros mismos no seríamos los mismos que fuimos hace un año porque, como dirían los filósofos, estamos formados de infinitas partes pequeñas que diariamente abandonan nuestro cuerpo, mientras que otras, viniendo desde fuera, ocupan su lugar. Consiguientemente, si la forma de una cosa sigue siendo la misma, ésta tiene que ser considerada como la misma" (en Alfeno D. 5,1,76)⁴².

La alusión a los filósofos en D. 5,1,76 se refiere al atomismo de Demócrito y Epicuro⁴³. Según la opinión de Paulo, esta regla no es aplicable los a árboles. También detrás de esto está, como ha expuesto Paul Sokolowski⁴⁴, la filosofía griega, es decir, la filosofía natural de Aristóteles, que constata en la *Meteorología* (IV 8, p. 384 b 30) lo siguiente: "Pues, de agua y de tierra están compuestos los cuerpos homogéneos, a saber (los tejidos en) los seres vegetales y animales..."⁴⁵ Como, según Aristóteles, la planta se alimenta de la tierra sin proceso digestivo alguno, obtiene su sustancia directamente de la tierra desde que ha echado sus raíces nutritivas. Se puede deducir de esto, que ella deviene "homogénea con la tierra por el arraigo"⁴⁶. Es por esto que podemos decir que Paulo argumenta

supra n. 17 como FERRINI, C. - GROSSO, G., *Manuale di Pandette*, 4.ª ed. Milán 1953, p. 295 n. 6; KASER, M. (ob. cit., n. 4), p. 431; VALINO, E., *Actiones utiles*, Pamplona 1974, p. 228; WIELING, H., *Juristen-Zeitung* (JZ) 1985, 512).

⁴¹ Ulp. D. 47,3,1 pr., cfr. Kaser (ob. cit., n. 4), p. 138 y s., 430 con referencias bibliográficas; WIELING, H. (ob. cit., n. 40), p. 512 y s.

⁴² Al origen estoico de este texto, que también trata del barco, como paradigma de la identidad de una cosa, pese al cambio de las partes, véase WIEACKER, F., *Röm. Rechtsgeschichte*, vol. 1, 1988, p. 649.

⁴³ Cfr. CICERO, *De finibus bonorum et malorum* 1,17/18.

⁴⁴ *Die Philosophie im Privatrecht*, vol. 1, 1907, p. 150, 543 y s.

⁴⁵ ARISTÓTELES, *Meteorología. Über die Welt*, traducido por H. Strohm, 1970, p. 104.

⁴⁶ SOKOLOWSKI (ob. cit., n. 44), p. 148 y s. con otras citas de Aristóteles en la nota 365 (p. 542); cfr. también DERNBURG, H. - SOKOLOWSKI, P., *System des Röm. Rechts*, vol. 1, 8.ª ed. 1911, p. 354 n. 9.

progresivamente de la siguiente manera: en primer lugar, que la propiedad traspasa con el arraigo al propietario del fundo, y, en segundo lugar, que esta propiedad no puede recaer (hasta un próximo arraigo) en el propietario inicial, porque el árbol ya no es ya el mismo (el árbol que perteneció al propietario inicial ya no existe). En apoyo de este segundo argumento, el jurista aporta conocimientos de otra ciencia, para cuya comprobación no se considera preparado (como lo da a entender el ligeramente distante *credibile est*), o que quizás no considera completamente segura⁴⁷.

5. Después de todo esto, podemos concluir nuestra mirada al derecho romano con el resultado de que la asignación de la propiedad sobre árboles se determinaba principalmente por la regla *superficies solo cedit*; pero que, en el caso excepcional en el que el emplazamiento del tronco no correspondía con el de las raíces, pues, según la opinión aparentemente dominante, era decisivo el emplazamiento de las raíces. Pero D. 47,7,6,2 demuestra que también existía una opinión contraria, favoreciendo el principio de tronco, que fue defendida por lo menos por Pomponio.

6. Las dudas, acerca de si todavía se debían aplicar estas soluciones jurídicas romanas en tiempos más ilustrados, surgieron, sobre todo, en las deliberaciones sobre el *Code civil* de 1804 (=Cc). Estas dudas fueron provocadas por Hugo Grotius. Éste escribió en su obra 'Del derecho de guerra y de la paz', que la circunstancia, considerada como determinante por los juristas romanos, de que las plantas obtenían su fuerza del suelo, era demasiado simplista. Porque si una cosa ya existente fuera todavía nutrida, esto conformaría sólo una parte. Y de la misma manera que se asignaba al propietario del fundo un cierto derecho real a causa de la absorción de nutrición de parte del árbol, el propietario del árbol seguramente no perdía, conforme el derecho natural (*naturaliter*), su propiedad. Tenía que entrar en vigor una copropiedad (*quare...communio locum habebit*)⁴⁸.

Sin embargo, la comisión rechazó esta doctrina refiriéndose al no menos célebre jurista de derecho natural, Samuel Pufendorf. Éste había demostrado que la *ratio*, propia de las reglamentaciones jurídicas romanas persistía: no se trató en ellas de imponer el daño de la pérdida material al propietario de la planta, porque, en todo caso, el propietario de buena fe obtenía una indemnización de sus impensas.

⁴⁷ Cfr. SOKOLOWSKI (ob. cit., n. 44), p. 150, 543 y s.

⁴⁸ GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres* (1625; empleado aquí: ed. Amsterdam 1712), II 8 § XXII. Expuso sin restricción alguna la teoría de raíces en su obra *standard* (que perseguía otras finalidades) *Inleiding tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid* (1631, II 10, 10; cit. ed. DOVRING, F. - FISCHER, H.F.W.D. - MEIJERS, E.M., Leiden 1952). - La opinión de Grotius seguían "quelques autres publicistes célèbres", como demostró Portalis en su exposición "des motifs" al título "de la Propriété" en una sesión del Corps législatif, véase FENET, P.A., *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code civil*, vol. 11, 1828 (reimpr. Osnabrück 1968), p. 111, 125 y s. = LOCRÉ, *Législation civile, commerciale, etc.*, vol. 4, 1836, p. 81 núm. 20.

Estas querían más bien evitar obligar a que alguien permaneciera en copropiedad con otro, sin su conocimiento o en contra de su voluntad; ya que tales accesiones acaso admitían una distribución equitativa (de los frutos, etc.). Es por esto que sólo persistió la cuestión acerca de a quién de los dos debió ser asignada, de manera equitativa, la propiedad de la cosa entera: ¿al propietario del fundo o al propietario de la planta? Como se daba frecuentemente que lo que estaba arraigado profundamente en el suelo no se podía restituir fácilmente y en ningún caso mantener vivo fuera de la tierra y como, en efecto, era inadecuado que la tierra indestructible cediera ante una planta con una vida limitada, se convino que lo que fuese plantado cedía a la propiedad del suelo (sin perjuicio de la obligación de compensación)⁴⁹.

Esto fortaleció la decisión del legislador francés de atenerse al principio *superficies solo cedit* del derecho romano⁵⁰, que se considera como (el caso más importante) del 'droit d'accession'. En general, es sorprendente ver con qué insistencia los autores del *Code civil*, que percibieron justamente las buenas reglamentaciones a la propiedad como la página más gloriosa de la legislación estatal⁵¹, destacaron en qué medida se podía apoyar sobre el conocimiento y las máximas de los romanos en el título '*De la propriété*'. Según el tribuno Grenier las decisiones han debido obtenerse de la *équité naturelle*, la equidad natural, y que el pueblo romano era el mejor en deducir sus principios⁵².

7. Después de todo esto podemos confirmar lo que pudimos constatar antes en el capítulo sobre las islas: Los juristas romanos parten de un principio (*superficies solo cedit*) y verifican el alcance de este principio con la ayuda del caso excepcional del árbol, cuyo tronco se encuentra en un fundo, mientras que las raíces principales están arraigadas en el otro fundo. Para este caso, la mayor parte de los juristas opinaban que el principio compensatorio de *commodum y incommodum* requería hacer una excepción del principio *superficies solo cedit*.

III

1. Se plantea la cuestión de en qué momento tiene lugar la adquisición de la propiedad en el caso de la ocupación. Esto es especialmente problemático para las *res se moventes* y fue discutido por los juristas romanos en torno al caso de la

⁴⁹ PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium libri octo*, ed. MASCOVIUS, G., Francfort-Leipzig 1759, vol. 2, p. 114 y s. (IV 2 § 5).

⁵⁰ Lo que dijo claramente PORTALIS (ob. cit., n. 48), p. 126 y s. (en FENET) ("nous sommes remontés au droit romain") y lo que destacó también en cuanto a la indemnización de las impensas ("nous avons suivi l'esprit des lois romaines"). Cfr. también FAURE en la *Communication Officielle au Tribunat* (en FENET), p. 138 y s., 141 y s.

⁵¹ FAURE (ob. cit., n. 50), p. 152; véase también GRENIER en su 'Discours' ante el 'Corps Législatif' (Fenet), p. 158.

⁵² En FENET, vol. 11, p. 164.

captura de animales. También en esta cuestión se trata de verificar el alcance de un principio (en este caso el principio de ocupación), y vemos también aquí que se han discutido diferentes criterios - lo que es fácil de comprender, cuando se trata de determinar si alguna cosa “ya es” (o “ya no es”)⁵³. Entre las diferentes opiniones que se han formado, Justiniano se ha expresado en favor de la más restrictiva, mediante su poder imperial; sin embargo, se ha conservado también hasta nuestros días, en numerosos códigos civiles la opinión que él rechazó. Todas estas cuestiones son un ejemplo ilustrado de que, aún en nuestros días, encontramos en el mundo entero soluciones de derecho romano.

2. Encontramos dos opiniones en las Instituciones junto con la decisión de Justiniano:

Inst. 2,1,13

Illud quaesitum est, an, si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intellegatur. quibusdam placuit statim tuam esse et eo usque tuam videri, donec eam persequaris, quodsi desieris persequi, desinere tuam esse et rursus fieri occupantis. alii non aliter putaverunt tuam esse, quam si ceperis. sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere solent, ut eam non capias.

Se ha preguntado si, en caso de que un animal salvaje haya sido herido de tal forma que pueda ser capturado, se hace tuyo inmediatamente. Algunos opinaban que era inmediatamente tuyo y que permanecía en tu propiedad mientras lo perseguieras, pero si dejaras de perseguirlo, dejaba de ser tuyo y se hacía de quien lo ocupara. Otros opinaban que el animal no se hacía tuyo hasta que lo capturaras. Nosotros optamos por esta última opinión porque, con frecuencia, suceden eventos que te impiden capturarlo.

Del extracto detallado, que se encuentra en el Digesto (D. 41,1,5,1)⁵⁴, resulta que la primera opinión fue sostenida por Trebacio, un amigo de Julio César, e implicaba que si alguien le “quitó” el animal herido perseguido por el cazador, cometió un hurto (*furtum*). La mayor parte (*plerique*) se pronunció en favor de la opinión por la que optó Justiniano, es decir, que la adquisición de la propiedad no se verifica hasta la captura efectiva del animal⁵⁵.

⁵³ Cfr. la cuestión *quando moriens moreretur* (discutida por el filósofo Philosophen Taurus en las *quaestiunculae symposiacae*), de las que nos relata GELLIUS, N.A. 7,13,5 y s.

⁵⁴ Tomado de Gai. 2 *rerum cottidianarum*: Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intellegatur. Trebatio placuit statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur, quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis: itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commisisse. plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est.

⁵⁵ Es Justiniano, quien dice *nos confirmamus*, como lo confirma Teófilo (*infra*, n. 64), cfr. Di

3. En nuestros días, esta solución se aplica, por ejemplo, en Alemania⁵⁶, mientras que, en Francia, la jurisprudencia sigue la opinión de Trebacio⁵⁷. Sin embargo encontramos las dos soluciones en los Estados Unidos. La caza del zorro de Long Island se hizo célebre; el caso *Pierson v. Post*, que en 1805 fue decidido por la Corte Suprema de Nueva York, se basa en las Instituciones. En un manual, la importancia del caso es subrayado con la alusión: «he is to the law of Property what 'Gallia est omnis divisa....' is to Latin»⁵⁸. En la demanda fueron relatados los siguientes hechos: "that Post, while hunting, chasing, and pursuing a fox with his dogs, and when in view of the animal, Pierson, knowing the fox was so hunted and pursued, did, in sight of Post, kill and carry it off"⁵⁹. Los jueces de la Corte Suprema de Nueva York denegaron la demanda. Ellos no consideraban como suficiente que alguien hubiera perseguido el animal, que se encontró en su alcance, con la intención de apropiárselo o que ha tenido "a reasonable prospect" para capturarlo. Los jueces siguieron más bien "for the sake of certainty, and preserving peace and order in society"⁶⁰, en pocas palabras: como se trataba de establecer relaciones claras, los jueces siguieron la solución justiniana e invocaron para ello Inst. 2,1,13 y prestigiosos juristas de la historia del derecho europeo, como Fleta, Bracton, Pufendorf y Bynkershoek. Pero los jueces no se han dado cuenta de que sólo tenían una parte de la solución, que resultó del derecho justiniano, a saber, que según el derecho romano Post hubiera podido presentar con éxito una demanda, la *actio iniuriarum*, contra Pierson por atentado a la personalidad ("Persönlichkeitsverletzung"), demandándolo al pago de una indemnización⁶¹.

MARZO, Bull. 51/52 (1948) 32 n. 41 (también en torno a la versión breve frente a D. 41,1,5,1); SCHWARZ, A.B., SZ 69 (1972) 362 y s. En cuanto a la paralela en el tema del descubrimiento de tesoro, *infra*, n. 81, 82.

⁵⁶ § 958 BGB, cfr. ENDEMANN (con referencia a Inst. 2,1,13 y D. 41,1,5,1), *Lehrbuch des Bürgerl. Rechts*, vol. II/1, 8,19.^a ed. 1905, 195 con n. 7, 562 con n. 13; DERNBURG, *Das bürgerliche Recht*, vol. 3 (Sachenrecht), 4.^a ed. 1908, 62 ("Ansichnahme..., mindestens Erlegung"); WIELING, *Sachenrecht*, vol. 1, 1990, 475 con n. 16.

⁵⁷ *Juris Classeur Civ.* (1977) refiriéndose al art. 715 núms. 104; 106-108, 110.

⁵⁸ CASNER, A.J./LEACH, W.B., *Cases and Text on Property*, 2.^a ed. 1969, 10. Análisis minucioso del caso y de sus orígenes históricos en DONAHUE JR. Charles. *Animalia ferae naturae*: Rome, Bologna, Leyden, Oxford and Queen's County, N.Y., en: S. BAGNALL, Roger entre otros (editor), *Studies in the Roman Law in Memory of A. Arthur Schiller*, 1986, p. 39 y ss.; del mismo autor, *Noodt, Titius, and the Natural Law School: The Occupation of Wild Animals and the Intersection of Property and Tort*, en: ANKUM, H., entre otros (editor), *Satura Roberto Feenstra Oblata*, 1985, 609 y ss. Véase además KEGEL, *Festschrift v. Caemmerer* (editor FICKER, H.C. entre otros), 1978, 149, 151 y s.

⁵⁹ *Pierson v. Post* 3 Caines 175 (N.Y. Sup. Ct.) 1805 = 7 Am. Dec. 264 (1886), de donde es tomada la cita.

⁶⁰ Cfr. la cita en CASNER/LEACH (ob. cit., n. 58) p. 12.

⁶¹ Cfr. Ulp. D. 47,10,13,7 como DONAHUE, *Animalia* (ob. cit., n. 58) p. 48 y ss. Esta compensación frente a la solución adoptada por Justiniano sería recomendable igualmente en el derecho alemán, en torno a la pretensión delictual del § 826 BGB, cfr. (para el derecho de hallazgo) DERNBURG (ob. cit., n. 56), p. 402 n. 10; WOLFF-RAISER, *Sachenrecht*, 10.^a ed. 1958, 306 n. 5.

En el caso *Liesner v. Wanie*, la Corte Superior de Wisconsin ha decidido, en 1914, en el espíritu de la doctrina de Trebacio, rechazada por Justiniano. Los demandantes habían herido letalmente un lobo y se encontraban sobre su rastro (a punto de capturarlo), de tal manera que era improbable, incluso imposible que pudiera escapar. Pero intervino el demandado, mató el animal con un disparo y se lo llevó. El tribunal decidió en favor del demandante:

“When a wild animal is brought under the control of a person, so that actual possession is practically inevitable, a vested property interest accrues, which cannot be divested by another intervening and killing it; and hence, where plaintiffs had mortally wounded a wolf, were in vigorous pursuit thereof, and would in a few moments have had actual possession, when defendant interfered firing the shot which ended its life, the ownership of the wolf was in plaintiffs”.

En efecto el tribunal partió del principio que esta solución era la del *common law* y no la del derecho romano⁶². Pero hemos visto que también el derecho romano conocía esta solución y que Trebacio la preferiría.

Es remarcable que esta doctrina se ha conservado (menos en Francia) también en la antigua Italia y en el ámbito jurídico hispánico y que se impuso prácticamente en toda América Latina, como por ejemplo en el artículo 2541 del Código civil de Argentina⁶³. Los orígenes de esta solución se remontan a una derogación, basada en el derecho consuetudinario, de las *Siete Partidas* del siglo XIII. Éstas habían seguido la solución de Inst. 2,1,13 (§ 21 Siete Part. III tit. 28); pero esta solución no se pudo imponer frente al derecho consuetudinario - evidentemente más antiguo - al que ya las antiguas glosas, concerniente al § 21, se remitían.

⁶² “Such is the law of the chase by common law principles, differing from the more ancient civil law which postponed the point of vested interest to that of actual taking”, *Liesner v. Wanie*, *Northwestern Reporter* 145, 374, 375.

⁶³ Art. 2541 CcArg.: “Mientras el cazador fuese persiguiendo al animal que hirió, el que lo tomase debería entregárselo” (Vélez Sarsfield ha destacado en la correspondiente nota, que esta solución está en oposición a Inst. 2,1,13 y § 21 III 18 Siete Part.). Cfr. también Art. 617 CcChile: Se entiende que el cazador o pescador se apodera del animal bravío y lo hace suyo, desde el momento que lo ha herido gravemente, de manera que ya no le sea fácil escapar, y mientras persiste en perseguirlo; o desde el momento que el animal ha caído en sus trampas o redes, con tal que las haya armado o tendido en paraje donde le sea lícito cazar o pescar. Si el animal herido entra en tierras ajenas donde no es lícito cazar sin permiso del dueño, podrá éste hacerlo suyo. Art. 618 CcChile: No es lícito a un cazador o pescador perseguir al animal bravío que es ya perseguido por otro cazador o pescador; si lo hiciere sin su consentimiento, y se apoderare del animal, podrá el otro reclamarlo como suyo. Una variante extraña de esta solución (la solución ya fue defendida en la época de la República romana) se encuentra en la recopilación de las leyes más antiguas de los Longobardos, en el *Edictus Rothari* (de 643 d.C.) en el capítulo 312. Según el cual, el que entregó el animal al quien lo hirió, mató o capturó en un lazo, tenía derecho a quitar la pata delantera derecha y siete costillas de este animal (*liceat eum de ipsa fera tollere dextro armo cum septem costas*). Esto es prácticamente el ‘premio por hallazgo’ por haber asegurado la captura ajena.

También en este caso, el Derecho latinoamericano se vincula con la tradición europea, en la que encuentran los elementos que fundamentan sus soluciones.

4. Lo que es más remarcable y lo que casi no ha sido tomado en consideración por parte de la literatura del derecho romano, es el hecho de que hasta tres doctrinas han sido desarrolladas en el derecho romano, como lo demuestra la paráfrasis de Teófilo a Inst. 2,1,13:

‘Surgió la siguiente cuestión: He herido un ciervo o un verraco salvaje tan gravemente, que devino fácil de capturar. Algunos dicen que este animal se hace inmediatamente de mi propiedad. Otros opinaban que el animal herido se hace mío en el momento en el que le causo la herida principal, mientras que persista en seguirlo. Pero si ceso su persecución, deja de ser de mi propiedad y pertenece [de nuevo] al quien lo captura [entonces]. Surgió una tercera opinión de algunos, que dijeron que después de haber herido el animal, yo devenía propietario sólo si lo capturaba. Y nuestro emperador confirma esta tercera opinión, añadiendo la siguiente razón: El dice que, entretanto, pueden suceder muchas cosas que me impidan capturar el animal en cuestión: Puede suceder que un animal salvaje se cruce en mi camino y me impida continuar la persecución [del animal perseguido], o que éste robe el animal herido, o que durante la persecución vaya a parar en un terreno intransitable y que por eso no pueda [continuar] buscando el animal [perseguido]’⁶⁴.

Teófilo ilustra a qué tipo de situaciones se refiere la argumentación *quia multa accidere solent, ut eam non capias*⁶⁵. Además denomina al principio una doctrina que probablemente es la más antigua. Ella consideraba el hecho de haber ocasionado una herida principal como suficiente, si era tan grave, que el animal podía

⁶⁴ Theophilus: Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa (ed. FERRINI, E. C.), 1884 (reimpr. 1967), vol. I, p. 101 y s. (según Inst. 2,1,13): ‘Εκείνο δὲ τῶν ζητούμενων γέγονεν ἑλάφος ἤγουν σάγγρος οὕτως ἐτρώθη ὑπ’ ἐμοῦ ὡς δυσχερῆ τὴν τούτου θήραν γίνεσθαι. τινὲς λέγουσιν εὐθέως τὸ τοιοῦτον ζῶον τῆς ἐμῆς γενέσθαι δεσποτείας· ἑτέροις δὲ ἤρεσε γίνεσθαι μὲν ἐμὸν τὸ ὑπ’ ἐμοῦ πληγὴν ἄμα τῇ κυρίᾳ πληγῇ, μέχρι δὲ τοσούτου ἕως οὐ ἐπιδιώκω τὸ ζῶον. εἰ δὲ παύσομαι τοῦ ἐπιδιώκειν αὐτὸ, τῆς ἐμῆς εἶναι παύεται δεσποτείας καὶ γίνεται τοῦ καταλαμβάνοντος. τρίτη γέγονε γνώμη τινῶν λεγόντων μὴ ἑτέρως ἐμὲ τὸν τρώσαντα γίνεσθαι δεσπότην τοῦ θηρίου, εἰ μὴ ἕως οὐ τούτου δράξομαι. καὶ ταύτην μᾶλλον τὴν τρίτην βεβαίῳ γνώμην ὁ ἡμέτερος βασιλεὺς, λογιζομὸν προσθεὶς τούτων. φησὶ γὰρ ὅτι πολλὰ ἐν τῷ μεταξύ συμβῆναι δύναται ἅτινα οὐκ ἐὰν με τὸ εἰρημένον θηρᾶσαι ζῶον· τυχὸν γὰρ θηρίον ἀπαντήσαν ἄγριον ἐκώλυσέ με περαιτέρω προβῆναι ἤγουν ἤρπασε τὸ παρ’ ἐμοῦ τρωθὲν ἢ καὶ ἐν τῷ ἐπιδιώκειν δυσχερεῖσι περιπεσῶν τόποις οὐκ ἠδυνήθη ἐπιζητῆσαι τὸ θηρίον.

⁶⁵ Cfr. SCHWARZ (ob. cit., n. 55) p. 363 n. 45. Un ejemplo de la jurisprudencia francesa: Trib. civ. Rouen, del 10.1.1882, Jurisprudence Général 1882, CHA núm. 29: El ciervo, cansado por el acoso se despeña por un precipicio y perece. El cazador interrumpe la persecución porque se hizo de noche. Un tercero podía apropiarse el animal muerto en su fundo.

ser capturado fácilmente. Parece que la doctrina se basa en la idea de que, causándole la herida grave el cazador ha ‘marcado’ el animal como “el suyo” y que se puede tomar su tiempo para la persecución, porque la huella de sangre ya le conducirá al animal. Probablemente esto también se basa en otro concepto de lo que es considerado de una manera general como posesión de una persona. En el derecho romano y en nuestros días se ha impuesto por lo general una consideración basada en los hechos, de que sólo se tiene en posesión, lo que se domina realmente - como lo pronuncia claramente la tercera doctrina, la que Justiniano considera como la determinante. Por otro lado, una concepción de la posesión “relativa a la persona” debió ser el fundamento de la consideración más antigua; una concepción, según la cual todo lo que una persona ha “marcado” para sí y lo que con esto se ha “reservado” y lo que no se la puede disputar, sin perjudicar el derecho a su importancia social, es decir, sin atentado a la personalidad (“*Persönlichkeitsverletzung*”), es considerado como su posesión.

Según este punto de vista, la segunda doctrina, defendida por Trebacio, se presenta como una solución intermedia. Exige, además, que el cazador siga persiguiendo el animal y que demuestre con ello que quiere dominar la cosa. De esta forma los terceros tienen signos externos claros de lo que ya pertenece a otro. A la vez, esta doctrina premia a quien ha levantado o herido el animal, el que - formulado de manera abstracta - ha producido la inversión inicial y quien consiguientemente está “más cerca” de cobrar las ganancias⁶⁶.

5. No es importante para nuestras observaciones de saber que en nuestros días los casos de caza han perdido su importancia. Esto se debe al hecho de que muchos Estados han creado reglas para el derecho de caza, o que, sobre todo en los Estados Unidos, muchas especies de animales salvajes han sido declaradas como propiedad del Estado, con el fin de asegurar su protección, con lo que están sustraídos a la ocupación libre⁶⁷. Lo que es más importante para nosotros, es: primero, que también aquí se confirma la observación de que las soluciones romanas nos ofrecen horizontes fundamentales, como aquí para la adquisición de la posesión⁶⁸; segundo: que encontramos en el mundo entero estas soluciones, aun en nuestros días, en ordenamientos jurídicos muy diferentes; tercero, - que es lo más fascinante - que encontramos con frecuencia en las fuentes romanas todavía más pensamientos y soluciones jurídicas (como en nuestro contexto, la doctrina más antigua), que en los ordenamientos jurídicos modernos.

⁶⁶ En favor de esta segunda opinión se pronuncia (para el derecho moderno) KEGEL (ob. cit., n. 58); contra él: *Ernst*, *Juristen-Zeitung* (= JZ) 1988, 360 con referencias literarias.

⁶⁷ En torno al desarrollo del derecho de caza en Norteamérica, véase LUND, T.A., *Michigan Law Review* 74 (1975), p. 49 y ss.; del mismo autor, *New York University Law Review* 51 (1976), p. 703 y ss.

⁶⁸ BRODMANN, E., en *Planck's Kommentar zum BGB*, vol. III/1, 5.ª ed. 1933, § 854 n. 2 subraya el hecho que la abundante casuística del derecho romano todavía tiene su valor, en lo que se refiere a la decisión sobre cuestiones individuales (sc. sobre la posesión); en el mismo sentido también DERNBURG (ob. cit., n. 56), p. 61: “con lo cual el derecho romano puede guiar”.

IV

No siempre es posible encontrar la solución a los problemas jurídicos sobre la base de una regla o de un principio excepcional de aplicación más restringida, como ocurría en el caso de las islas y de los árboles. Algunas veces se nos presentan varios principios que, desde el punto de vista jurídico tienen el mismo valor, a pesar de que ninguno de ellos se adapta completamente al caso planteado. En estos casos podemos observar con frecuencia que surge una opinión intermedia, una *media sententia*, o que se hace imprescindible una decisión del legislador -en la Roma del principado, del César-. La cuestión de la adquisición de la propiedad a través de la elaboración, la *specificatio*, podría ser un ejemplo de este caso. En los inicios de la época clásica ya se había formado una *media sententia*, que, más tarde, seguiría Justiniano.⁶⁹ Sin embargo, consideramos preferible limitarnos al caso, no menos famoso, del descubrimiento de un tesoro.

Casi todos los códigos de la Europa continental, como, por ejemplo, el *Code civil* francés (artículo 716), el BGB. alemán (§ 984) y el *Codice civile* italiano (artículo 932.2),⁷⁰ y también los códigos civiles de América Latina, por ejemplo Art. 2556 CcArg.,⁷¹ del Japón (artículo 241) y de Corea (párrafo 254) contienen la regla, según la cual, si se descubre un tesoro en un terreno ajeno, la mitad pertenece al descubridor y la otra mitad al propietario del terreno. Esta solución se remonta a una decisión del Emperador Adriano, que fue confirmada más tarde por una constitución de los Emperadores León y Zenón (C.10,15.1 año 474).⁷² La *Historia Augusta*⁷³ cita la decisión de Adriano, pero tenemos un testimonio más detallado y preciso en las

⁶⁹ Véase, especialmente, Gayo en D.41,1,7,7 (en contra, G.2,79, en el que todavía no se encuentra la *media sententia*) y I.2,1,25, y también Paulo en D.41,1,24 y 26 pr; D.32,78,4; Ulpiano en D.6,1,5,1. Sobre este tema, y en relación a una época más antigua, SCHERMAIER, M., *Materia*, 1992, p.191 y ss.; BEHREND, *Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia* etc., SZ 112 (1995) p.195 y ss., 223 y ss.

⁷⁰ Véase, además, los §§ 399 y 401 del ABGB austríaco (en la versión HfKD JGS 1846/970); art.351 párrafo 2 del Código civil español; art.716 párrafo 1 del Código civil belga; art.1093 del Código civil griego, Cfr. con art.723 párrafo 3 del Código civil suizo (según el cual, el descubridor tiene derecho a reclamar una recompensa adecuada, que no puede superar en ningún caso la mitad del valor del tesoro encontrado).

⁷¹ Véase, además, por ejemplo, el art.607 del Código civil brasileño y el art. 626 del Cc Chile.

⁷² Cfr., sobre este punto, además, el rescripto de los *divi fratres* en Calistrato D.49,14,3,10-11, así como en Constantino C.Th. 10,18,1 (315); Grat.-Val.-Teod. C. Th. 10,18,2 (380); 3 (390). Véase MAYER-MALY, *Der Schatzfund in Justinians Institutionen*, en STEIN, P.G.-LEWIS, A.D.E. (coord.), *Studies in Justinian's Institutes in Memory of J.A.C. Thomas*, 1983, p.109 y ss. También WALDSTEIN, *Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian*, SZ 111 (1994) p.26 y s., 43.

⁷³ Adriano, 18,6 (*de thesauris ita cavit ut quis in suo repperisset, ipse potiretur, si quis in alieno, dimidium domino daret, si quis in publico, cum fisco aequabiliter partiretur*).

Inst.2,1,39

Thesaurus, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus naturalem aequitatem secutus ei concessit qui invenerit. idemque statuit, si quis in sacro aut in religioso loco fortuito casu invenerit. at si quis in alieno loco non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit. et convenienter, si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit. cui conveniens est, ut, si quis in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis.

El divino Adriano ha querido, de acuerdo con la equidad natural, que los tesoros encontrados por un alguien en un lugar de su propiedad pertenecieran al descubridor. Estableció la misma solución si alguien hubiera encontrado por casualidad [un tesoro] en un lugar sagrado o religioso. Pero si alguien [lo] encontrara por casualidad en un lugar ajeno, sin que se le haya encargado su búsqueda, le asignó la mitad al propietario del terreno. Y, por consiguiente, si alguien encontrara [un tesoro] en un lugar del César, estableció que la mitad fuera para el descubridor y la mitad para el César. De esto se infiere que, si alguien encontrara [un tesoro] en un lugar público o del fisco, la mitad es suya, y la otra mitad del fisco o de la ciudad.

El descubridor tiene derecho a quedarse con los tesoros encontrados en su propio terreno. El descubrimiento de un tesoro en los *loci sacri* o en los *loci religiosi* tiene el mismo tratamiento, porque estos lugares están excluidos del tráfico jurídico-privado y, por lo tanto, no se encuentran en una situación de propiedad privada⁷⁴ que tuviera que tomarse en consideración respecto del descubridor. Sin embargo, es un requisito para la adquisición de la propiedad de las cosas que se encuentren en estos lugares, que se trate de un tesoro en sentido técnico⁷⁵ y no de objetos consagrados a las divinidades.

La afirmación de la tercera frase citada es la más importante a nuestros efectos: quien encuentra por casualidad un tesoro en un terreno ajeno, debe entregar la mitad al propietario del terreno. Es muy probable que la regulación de Adriano haya establecido una nueva solución. La referencia a su decisión en la *Historia Augusta* es un indicio en este sentido.⁷⁶ Es cierto, sin embargo, que no tenemos suficiente información acerca de las decisiones de estos casos antes de Adriano.

Ante todo, deben tomarse en consideración tres aspectos. En primer lugar, un texto del Digesto, D.41,2,3,3 se pronuncia en favor de la propiedad del tesoro atribuida al propietario del terreno. En segundo lugar, las fuentes literarias nos

⁷⁴ Ulp. D.8,5,1 (*Sepulchra autem nostri domini non sunt*); KASER, SZ 95 (1978) 15, 34 y s.; KLINGENBERG, RAC 12 (1983) p.590 y ss. sobre el derecho a la tumba.

⁷⁵ Este punto se tratará en detalle en los próximos párrafos.

⁷⁶ Cfr. NORR, D., *Ethik von Jurisprudenz in Sachen Schatzfund*, Bull. 75 (1972) 11, 15.

ofrecen indicios de que el tesoro pertenecía a su descubridor. En tercer lugar, es necesario tomar en consideración que los Emperadores reclamaban los tesoros para el *aerarium* o el *fiscus*.

1. Centremos nuestra atención ahora en el famoso texto del Digesto:

D. 41,2,3,3 (Paulo, libro 54 al Edicto)

Neratius et Proculus et⁷⁷ solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. ideoque si thensaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet.

Neracio y Próculo afirman que no podemos adquirir la posesión simplemente con nuestra voluntad, a no ser que haya precedido una posesión natural. Así pues, si sé que hay un tesoro en mi fundo, adquiriré su posesión sin más en cuanto tenga voluntad de poseerlo, porque la voluntad de poseer completa lo único que le faltaba a la posesión natural [para que se transformara en jurídica]

ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum [longa possessione] <usu> cepit, etiam thensaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet thensaurum, quamvis fundum possideat. sed et si sciat, non capiet [longa possessione] <usu>⁷⁸ quia scit alienum esse.

Por lo demás, no es exacto lo que Bruto y Manilio admiten, que una persona que ha adquirido por usucapición la propiedad de un fundo, también había adquirido la del tesoro, aunque desconociera que estaba en el fundo. Quien no tiene conocimiento, no posee el tesoro, aunque posea el fundo. Pero aunque lo sepa, no lo usucape, porque conoce que es ajeno.

quidam putant Sabini sententiam veriolem esse nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio.

Algunos consideran mejor la decisión de Sabino, según la cual, quien conoce la existencia del tesoro sólo adquiere su posesión cuando lo desentierra, porque antes no se encuentra en nuestra esfera de influencia. Y yo estoy de acuerdo.

Hay que aclarar, en primer lugar, que el fragmento se encuentra en sede de adquisición de la posesión, pero relacionado con la adquisición de la propiedad por ocupación.⁷⁹ La presentación del tema se estructura en tres partes: en la pri-

⁷⁷ En la Florentina, hay que tachar el *et* que se encuentra detrás de *Proculus*, como ya vio el corrector F².

⁷⁸ En relación con la *usucapio*, cfr. *Iust. C.* 7,31,1 (a.531); *Inst.* 2,6 pr., así como LENEL, *Palingenesia*, vol. I, 1065 Paulo número 658 n. 1.

⁷⁹ Véase Lenel (*supra*, n. 78). Para más detalles, SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, 6^a ed., 1837,

mera parte, Paulo expone la opinión de los proculeyanos que, si nos referimos inmediatamente al descubrimiento del tesoro, consideraban como suficiente para la adquisición de la propiedad que el poseedor de un terreno se enterara de en qué lugar del suelo de su fundo⁸⁰ se encontraba un tesoro. En la tercera parte, Paulo expone la opinión de los sabinianos, a la que él se adhiere. Según ellos, el conocimiento de la existencia del tesoro y de su localización en el fundo no eran suficientes. Hacía falta, además, que fuera desenterrado.⁸¹ Esto significa que el tesoro debía ser realmente aprehendido, y demuestra también que los sabinianos tenían una idea precisa de la ocupación que correspondía a la opinión dominante en la captura del animal, que fue acogida por Justiniano. El animal, vivo o muerto, debía caer en poder (*custodia*)⁸² del cazador. El hecho de que en D.41,2,3,3 no aparezca la partición adrianea se explica porque el propietario del terreno es quien lo descubre y lo desentierra.⁸³

Antes de examinar la segunda parte intermedia, hace falta clarificar la utilización del término tesoro (*thensaurus*) en dos sentidos distintos.⁸⁴ *Thensaurus* significa, en las fuentes, por un lado, toda cosa mueble (con frecuencia de plata) que una persona ha enterrado o ha escondido de alguna forma con la intención de ocultarla. En este caso, el propietario del tesoro es conocido.⁸⁵ Por otro lado, *thensaurus* significa, en un sentido técnico, una cosa o un conjunto de cosas muebles que ha sido enterradas por unos propietarios desconocidos hace mucho tiempo: *id est condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia*, León y Zenón (C.10,15,1).⁸⁶ En este sentido, la circunstancia clave es al propietario desconocido. Quizás existe un propietario, pero no es posible encontrarlo. El jurista Paulo, de la época tardo-clásica, tiene una concepción todavía más restringida⁸⁷ del tér-

260 y ss.; DAUBE, *Collected Studies*, vol. 1, 1991, 25 y ss. (del año 1938); LAURIA, *Labeo* 1 (1955) 21 y ss. CANNATA, *SDHI* 27 (1961) p. 78 y s.; Mayer-Maly, *SZ* 79 (1962) p. 104 y ss.; BACKHAUS, *Casus perplexus*, 1981, 146 y ss.

⁸⁰ Cfr. FERRINI-GROSSO, (*supra* n. 40), p. 248 n. 3.

⁸¹ Lo mismo exigía el Derecho talmúdico. Véase KNÜTEL, *Der Schatz im Acker, en Juristische Schulung* (= JuS) 1986, 950, 953 = *Index* 15 (1987) 111, 116.

⁸² Vid. *supra* en n. 55, así como (para el tesoro) Pap. D. 41,2,44 pr. Cfr. también Pomp. D.10,4,15.

⁸³ Cfr. *in fundo meo*. No se opone en absoluto a esta constatación que se trate de la *naturalis possessio*. Ésta se refiere al tesoro que, desde un punto de vista "natural" se encuentra en la esfera de dominio del propietario del terreno.

⁸⁴ Cfr. por todos, FERRINI-GROSSO, (*supra* n. 40), p. 280 y s.; MAYER-MALY, *Thensaurus meus*, en *Acta Juridica* (Univ. Szeged.) 33/19 (Studia E. Pólay), 1985 285 y ss.; últimamente SILVEIRA MARCHI, E.C., A 'fanciulla d'Anzio' e o instituto do tesouro, *Index* 25 (1997) 365, 367 ss.

⁸⁵ Así en Pomp. D. 10,4,15 (*thensaurus meus in fundo tuo est*); Pap. D. 41, 2, 44 pr.

⁸⁶ Cfr. también a Grat.-Val.-Theod. C.Th. 10,18,2 (380). En Scaev. D.6,1,67 se utiliza el concepto técnico.

⁸⁷ Cfr. WIEACKER, *Rechtsgeschichte, Röm.*, vol. 1, 1988, 589 n. 92; crítico frente a esta definición, E. SCHULZ, *Classical Roman Law*, 1951 (reimpresión 1992) p. 362; más información en

mino *thensaurus*. Este jurista nos ha dado una definición de este término, que nos ha llegado en

D. 41,1,31,1 (Paulo, libro 31 al Edicto)

Thensaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat: sic enim fit eius qui invenerit, quod non alterius sit....

Un tesoro es un depósito de dinero que tuvo lugar en tiempos antiguos y del que ya no queda recuerdo, de forma que ya no tiene propietario. Y, en consecuencia, lo que no pertenece a nadie se hace propiedad quien lo encuentra...⁸⁸

En la segunda parte intermedia del fragmento D.41,2,3,3, Paulo introduce la decisión de los *fundatores iuris civilis* Bruto (pretor el 142 a. C.) y Manilio (cónsul el 148 a. C.) que, al parecer, consideraban al tesoro como una parte integrante del terreno, y que aceptaban la usucapición del terreno con el tesoro. Paulo niega esta posibilidad con el argumento de que el tesoro tendría que ser usucapido separadamente. Considera al tesoro - y he aquí lo importante para nuestro tema - como una cosa autónoma, aunque esté enterrado. Esta idea se insinúa también en las reglas de los proculeyanos y de los sabinianos mencionadas en la primera y tercera parte.⁸⁹

Con esta suposición, Paulo cae en un dilema: mientras el propietario del terreno no tenga conocimiento del tesoro, no tiene *possessio* y, en consecuencia, no puede usucapir. Por el contrario, si tiene conocimiento de su existencia, entonces puede adquirir su *possessio*. Pero le faltará la buena fe (*bona fides*) necesaria en el momento de hacerse con la posesión,⁹⁰ puesto que sabrá, en ese momento, que el tesoro pertenece a otra persona (*quia scit alienum esse*).

La definición de tesoro propuesta por Paulo presenta dificultades adicionales. Si hubiera partido de que el tesoro estaba vacante, difícilmente habría podido alegar la justificación *quia scit alienum esse* en D.41,2,3,3. Es posible que haya utilizado en este texto el término "tesoro" en un sentido atécnico y general, quizás por su tendencia reconocida a restringir o a rechazar afirmaciones ajenas a través de casos, en ocasiones, muy rebuscados. Pero esto no significa de ninguna forma que Bruto y Manilio, o bien, solamente los proculeyanos y los sabinianos, citados en la primera y en la tercera parte, habrían comprendido el término "tesoro" en un sentido atécnico. Por el contrario, el sentido técnico es fundamental en estos pa-

MAYER-MALY, (*supra* n. 84) y G. HILL, *Treasure Trove*, Oxford 1936 (reimpresión de Aquisgrán 1980) 5 y ss.

⁸⁸ Cfr. también a CASIODORO, Var. 6,8 (*repositivae quoque pecuniae quae longa vetustate competentes dominos amiserunt*). Sobre esto, BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. II/2, Reimpresión de Milán, 1968, p. 127 y ss., y MAYER-MALY, (*supra*, n. 84) p. 283 y s.

⁸⁹ Cfr. también a Pap. D. 41,2,44 pr y Pomp. D. 10,4,15.

⁹⁰ Cfr. a estos efectos, BACKHAUS, op. cit. en n. 79 p. 149 *cum* n. 52. En contra, MAYER-MALY, (op. cit. en n. 84) p. 286, 289.

sajes, porque, de otra forma, la posibilidad de adquirir la propiedad habría quedado vedada desde un principio.⁹¹

Aportemos un resultado provisional: en la época del principado, un tesoro se consideraba una cosa autónoma, que no poseía el propietario del terreno si desconocía su existencia. Los proculeyanos y los sabinianos estaban de acuerdo en este punto.

2. Por el contrario, varias fuentes literarias de la época republicana⁹² y sobre todo de los primeros tiempos del principado hablan en favor de un tesoro que pertenece a quien lo descubre. El texto más notable debería ser el siguiente:

Horacio, *Sátiras* 2,6,10-13⁹³

*O si urnam argenti fors quae mihi
monstret, ut illi, thesauro invento qui
mercenarius agrum illum ipsum mercatus
aravit, dives amico Hercule!*

¡Oh si un golpe de suerte me mostrara un cántaro lleno de dinero como a aquél que, con el tesoro que encontró cuando era jornalero, se compró el campo para cultivarlo, habiéndose hecho rico por la gracia de Hércules!⁹⁴

El caso planteado no es el mismo que el de la parábola bíblica del tesoro encontrado en el campo.⁹⁵ Aquí parece que el jornalero compró el campo con el dinero encontrado. Horacio ha tenido que partir del principio de que un tesoro, incluso encontrado en un terreno ajeno, pertenece a su descubridor.⁹⁶

3. Estas constataciones debieran bastar para explicar el alcance de la decisión de Adriano. Parece que Adriano tenía que decidir, obviamente aconsejado por su *consilium*, entre dos principios.

⁹¹ También SAVIGNY, (*supra* n. 79) 263 n. 1 acepta que en D. 41.2,3,3 *thesaurus* se utiliza en los dos sentidos.

⁹² PLAUTO, Trin. 177 ss. *Aul.* 760 y ss. Sobre este punto, BONFANTE, (op. cit. en n. 88) p. 132 y ss. Véase también KARLOWA, (op. cit. en n. 11) p. 439.

⁹³ Véase, además, PETRONIO, *Satyr.* 88,8; PERSIO, *Saturae* 2,10 y ss. (*o si sub rastro crepet argenti mihi seria dextro Hercule!* - ¡Oh, si solamente Hércules, que traes la buena suerte, pudiera hacer que un cántaro lleno de dinero se rompiera bajo mi azada!); CALPURNIO SÍCULO, *Ecl.* 4, 117 y ss. (véase *infra* n. 109). Véase también, sobre todo, BONFANTE, *Scritti giur. vari.*, vol. 2, 1918, 906 y ss. *Del mismo autor*, CORSO (op. cit. en n. 88), p. 134, al igual que CASIODORO, *Var.* 6,8 (cfr. *supra* n. 88).

⁹⁴ Sobre la traducción alemana de HELM, Rudolf, Q. *Horatius Flaccus, Satiren und Briefe*, 1972, 174/175.

⁹⁵ Mateo 13,44. Para este caso, véase *supra* n. 81.

⁹⁶ FERRINI-GROSSO, (op. cit. en n. 40), p. 281 n. 2; cfr. también a KASER, (op. cit. en n. 4) p. 427 n. 16 (con el tiempo, el descubridor adquiere la posición del propietario del terreno); en contra, pero sin mucha razón, BONFANTE (op. cit. n. 88), p. 133, que considera las dos situaciones (la compra con el dinero del tesoro y la compra para desenterrar el tesoro) como creíbles.

Uno de los principios, era el principio de ocupación, que se pronunciaba en favor del descubridor: si un tesoro era una cosa autónoma y si no estaba en posesión de nadie mientras estuviera escondido, entonces era necesario decidir sobre la base del principio general de la ocupación y atribuir la propiedad del tesoro al descubridor. El punto débil de esta solución residía en el hecho de que el tesoro no era una *res nullius*, sino una *res aliena*, aunque su propietario no pudiera ser localizado. Dado que los dos casos son similares, - Paulo (D.41,1.31.1) deseaba situarlos en un mismo plano - su diferencia no justifica un rechazo del principio de ocupación.

El principio *accessio cedit principali*⁹⁷ es claramente favorable del propietario del terreno, aunque el tesoro no fuera una parte integrante del terreno. Ulp. D.24,3,7,12, entre otros, demuestra que el tesoro se consideraba como una cosa accesoria (*accessio*) del terreno.⁹⁸ Según este texto, cuando se descubre un tesoro en un fundo dotal, el marido, en caso de divorcio, además del fundo, tiene que dar a la esposa la mitad del tesoro, aunque esta mitad le hubiera pertenecido por ser el propietario del terreno.⁹⁹ Como telón de fondo se encuentra de nuevo la siguiente idea compensatoria: dado que la mujer, a la vista de la *actio rei uxoriae*, soporta el riesgo de un deterioro, o incluso de una pérdida del fundo, es equitativo que se beneficie también de las ventajas.

Así pues, el principio de la accesión¹⁰⁰ favorecía al propietario del terreno, que, sin embargo, en este caso, sufría la misma debilidad que el principio de ocupación: las cosas que, de hecho, pertenecen a otro no son accesiones. Pero en este caso como en el otro, la razón práctica no consideraba esta circunstancia como determinante.

Nos encontramos, pues, ante la colisión de dos principios, para cuya aplicación había buenas razones y que habían sido reconocidos por la tradición jurídica en lo que respecta al descubrimiento del tesoro: por un lado - según la opinión de los *veteres* (D:41,2,3,3) - la adquisición del propietario del terreno, fundamentada sobre el argumento de la parte integrante - y, por otro lado, la adquisición del descubridor ocupante. Delante de un telón de fondo de estas características, en el que los argumentos en favor de las dos soluciones tienen el mismo valor, es conforme a la *naturalis aequitas*, a la equidad natural, atribuir a los dos implicados su parte, es decir, dividir. En efecto, en las I.2,1,39 la *naturalis aequitas*, probable-

⁹⁷ Sobre este principio, véase *supra* hacia n. 13.

⁹⁸ WINDSCHEID- KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9ª ed. 1906 vol. 1 p. 701 n. 10.

⁹⁹ Véase, para este caso, KNÜTEL, *Von Landanschwemmungen und Schätzen*, en: Gottfried Baumgärtel entre otros (editor), *Festschrift für Heinz Hübner*, 1984, p. 567 y ss.

¹⁰⁰ Cfr. KARLOWA (op. cit. en n. 11) p. 439. También BONFANTE (op. cit. en la n. 88) p. 133, 147 y ss. considera este principio como determinante; sin embargo, considera que la propiedad del tesoro debe ser atribuida en todo caso al propietario del terreno por razones de equidad, p. 131 y ss., 149. Esta concepción es conforme a su tesis fundamentada sobre el caso de las primas otorgadas a los delatores.

mente introducida ya por Adriano,¹⁰¹ se menciona de forma explícita sólo en el caso de una persona que encuentra un tesoro en su propio terreno y se hace su propietario único. Así pues, no debemos suponer que el emperador se ha desviado de la *naturalis aequitas* en lo que refiere a las decisiones tomadas para otras decisiones relacionadas con el descubrimiento del tesoro (o sea, las que tienen que ver con los diferentes tipos de terreno ajeno), puesto que, las demás reglas, son, precisamente, resultado de la equidad natural.¹⁰²

Bonfante opina, sin embargo, que la decisión de Adriano se explica en el contexto de las leyes matrimoniales de Augusto, las *leges Iuliae de maritandis ordinibus* (del año 18 a.C.) y *Papia Poppaea* (del año 9 d.C.).¹⁰³ Según estas leyes, como sabemos, se quitaba la capacidad de adquirir una herencia o un legado a las personas que, en edad de estar casadas, no lo estaban. Para los esposos sin descendencia o con menos de tres (para los libertos, cuatro) hijos, la capacidad para adquirir *mortis causa* quedaba restringida. Todo lo que no podía ser adquirido como efecto de estas leyes iba a parar al erario (son los *bona caduca*).¹⁰⁴ Quien comunicaba la caducidad recibía en premio parte de los bienes caducos, que antes de Nerón debía ser más de una cuarta parte de la suma. Además, la *lex Iulia* ordenaba que en las sucesiones para las que no se encontrara heredero, los llamados *bona vacantia* debían ser “ofrecidos” al *aerarium* (o sea a la hacienda pública).¹⁰⁵

Según la opinión de Bonfante, el tesoro se consideraba uno de los *bona vacantia* y la mitad del tesoro, que Adriano atribuía al descubridor, era el equivalente de la prima asignada al delator. Además, Bonfante deduce de un texto de las *Eclogae* de Calpurnio Sículo que Nerón había renunciado a estos derechos del *aerarium* sobre el tesoro y que había asignado la propiedad del tesoro al descubridor y que Adriano había revocado esta renuncia.¹⁰⁶

¹⁰¹ Cfr. MAYER-MALY (citado *supra* n. 79), p. 16, que deduce de la palabra *statuit* que Adriano ha visto “la necesidad de una decisión”. Pero *statuit* no excluye de forma alguna que la *aequitas* se encuentre en la base de esta decisión.

¹⁰² BONFANTE, Scritti (op. cit. en n. 95) p. 904 y ss.; *del mismo autor*, Corso (op. cit. en n. 88) p. 134 y ss. De acuerdo con él, HILL, (op. cit. en n. 87) p. 19 y ss. Este punto de vista ha sido ampliado por NÖRR (citado *supra* n. 76), p. 16 y ss.

¹⁰³ Vid. KASER (op. cit. en n. 4) p. 724 y ss.

¹⁰⁴ Cfr. TÁCITO, *Annales* 3,25; 3,28; SÜETONIO, *Nero* 10 (*praemia delatorum Papiae legis ad quartas redegit*); Trajano en Paulo, D. 49,1,4,13pr-1; Maur. D. 49,14,15,1; ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, 1970, p. 311 y ss.

¹⁰⁵ G.2,150; Ulp. Reg. 28,7; cfr. Kaser (op. cit. en n. 4) p. 702 y ss.

¹⁰⁶ BONFANTE, Scritti 2, p. 904 y ss.; Corso II/2, p. 134 y ss.; de acuerdo con él, HILL, (op. cit. en n. 87) p. 21. Calpurnio Sículo, *Ecl.* 4, 117–120: *Iam neque damnatos metuit iactare ligones / fossor et invento, si sors dedit, utitur auro / nec timet, ut nuper, dum iugera versat arator / ne sonet offenso contraria vomere massa / iamque palam presso magis et magis instat / aratro*. Y ni el granjero no teme ya la maldita azada y utiliza el oro encontrado, si el destino generoso se lo concede; ni campesino teme ya, como hace poco, cuando trabaja los campos, que el metal contrario resuene tocado por la hoja del arado, y éste trabaja ya abiertamente la hoja del arado cada vez más hundida en la tierra.

En efecto, muchos indicios apuntan a la idea de que los emperadores, ya a inicios del principado, intentarían apropiarse de los tesoros extraordinarios, o de lo que sus *inquisitores* tratarían de conseguírselos, de forma que algunos ciudadanos preferían entregar por propia voluntad el tesoro al emperador. El caso expuesto por Juvenal de la captura de un rodaballo gigantesco, que el pescador prefiriera ofrecer personalmente a Nerón, porque, de todas formas, todo lo que es raro y bonito en el océano pertenece al fisco,¹⁰⁷ es muy claro. Pero en ninguna parte se mencionan disposiciones legales referidas a la entrega de tesoros. Y en vista del gran interés que el descubrimiento de tesoros despertaba en la antigüedad (que es aún mayor que el que despierta en nuestros días), tendremos el derecho de deducir *e silentio* que tales obligaciones de entrega eran inexistentes antes de Adriano.¹⁰⁸

Además, difícilmente podemos imaginarnos que los testimonios de Horacio, de Persio y de Petronio no reflejaban la realidad.¹⁰⁹ Y a esto se añade que no podemos explicar a partir de la teoría de la prima de los delatores, la razón por la que el descubridor obtenía, precisamente, la mitad del tesoro. En definitiva, nos queda sólo repetir que el reenvío a la *naturalis aequitas*, por la que Adriano ha justificado, presumiblemente, su decisión, sería poco digna de crédito si hiciera participar al descubridor en el descubrimiento del tesoro sólo porque habría querido tener en cuenta una circunstancia histórica y más bien secundaria, a saber, las primas de los delatores.¹¹⁰ La decisión de Adriano constituye más bien un caso típico de una *media sententia* que forma, a partir de dos principios de valor igual, un justo equilibrio. Finalmente, esta justificación meditada y no un mantenimiento irreflexivo de lo que ha sido superado será la razón por la que subsiste la decisión de Adriano en las codificaciones de nuestros días.

V

Si se nos permite acabar con estas frases, habremos podido tener una impresión de la manera en que los juristas romanos han desarrollado su Derecho, con la ayuda de cuatro esferas problemáticas particulares, que se refieren a la adquisición originaria de la propiedad. En otras palabras: han seguido principios razonables, que han modificado según las particularidades de la constelación de casos

¹⁰⁷ Juvenal, *Saturae* 4,54 y ss. (*quidquid conspicuum pulchrumque est aequore toto, res fisci est*).

¹⁰⁸ También NÖRR (citado *supra* n. 76), p. 18 considera posible que las primas de los delatores no hayan existido nunca en materia de tesoro. Nada puede deducirse del caso expuesto por TÁCITO, *Annales* 16,1 y 16,33 y en Suetonio, Nerón 31, de la búsqueda del tesoro de la reina Dido en Cartago; cfr. HILL (op. cit. en n. 87) p. 18 y ss.

¹⁰⁹ Vid. *supra* n. 94 y 95. BONFANTE no ha tomado en consideración, en medida suficiente, el texto de Horacio, *supra* n. 98.

¹¹⁰ Completamente distinto BONFANTE, *Corso* II/2 p. 149 ("*probabilmente la ragione è storica e accidentale...*").

por otros principios, o entre los que han buscado un término medio. Han tenido también en cuenta los casos excepcionales relativamente raros, para verificar el alcance de sus principios. De esta forma han alcanzado soluciones que parecen pertinentes y equitativas y que, por ello, se han convertido en gran número en principios de nuestro Derecho actual.

La recepción en nuestro derecho actual ha sido intencionada. Los redactores del *Code civil* lo dijeron expresamente en la presentación del título “*De la propriété*” cuya reglamentación consideraban el *summum* de una buena legislación civil: “N’hésitons point à le dire, c’est aux Romains que nous aurons le plus d’obligations pour le perfectionnement de notre législation. Nous sommes devenus riches de leur science, forts de leurs maximes.”¹¹¹

¹¹¹ Tribun Faure en: FENET, P.A. (op. cit en la n. 48) p. 152.