3. ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD

ADQUISICIÓN DEL TESORO EN EL FUERO DE CUENCA: BASES ROMANAS Y EVOLUCIÓN POSTERIOR

GUSTAVO RAÚL DE LAS HERAS SÁNCHEZ
Universidad de Castilla-La Mancha

Aunque es lugar común en la doctrina que los llamados Fueros extensos tuvieron cierta influencia del Derecho Romano, no es nada frecuente la existencia de estudios sobre específicas instituciones que evidencien de manera concreta tal influencia ni planteen, en cada caso, en qué grado y cómo se habría recibido el Derecho Romano. Por lo que respecta a nuestra doctrina romanística, viene siendo práctica generalizada, a la hora de trazar la evolución histórica de una determinada figura jurídica hasta la actualidad (dogmengeschichte), pasar del análisis del Derecho Romano y del Visigótico, cuando es posible, al estudio de Partidas. De esta forma, se ignora, por regla general, cuanto pudieron aportar los Fueros a esa evolución. Y si bien tal aportación es comúnmente escasa (al tratarse de normas muy concisas, imperativas, eminentemente prácticas, formularias, procedentes muchas de la práctica misma y destinadas a una población poco culta), en ocasiones, nos podremos ver gratamente sorprendidos con la precisión y sutileza en el tratamiento de ciertas instituciones jurídicas, sobre la base del Derecho Romano.

Este, creo, es el caso del tratamiento que el Fuero de Cuenca [1] *(Forum Conche),* en 1189, hace de la adquisición del tesoro. Y lo más adecuado, estimo, será exponer, en primer término, el texto de dicha regulación en sus distintas versiones, que en este caso prácticamente no difieren entre sí:

«DE EO QUI THESAURUM VETEREM INVENERIT [2]

[1] Utilizaremos fundamentalmente la magnífica edición de UREÑA, Rafael DE, *Fuero de Cuenca (formas primordial y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf),* Madrid, 1935. Existe una edición anterior de ALLEN, G. H., *Forum Conche,* University Studies, Cincinnati, 1909-1910. Hay también una cuidada traducción de VALMAÑA, Alfredo, *Fuero de Cuenca,* Cuenca, 1977.

[2] *Fuero de Cuenca,* XV, 12 *(Códice Escurialense).* El *Códice Escurialense* (Q.ij.23 de la Biblioteca del Escorial) representa una revisión ordenada sistemáticamente (división en capítulos y rúbricas) de me-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371

Quicumque tesaurum veterem invenerit, habeat eum, nec respondeat pro eo regi, nec alio domino. Tamen si aliquis in hereditate aliena tesaurum aliquem invenerit, dominus hereditatis habeat de eo medietatem [3].

DE EO QUI THESAURUM VETEREM INVENERIT [4]

Concedo etiam vobis quod quicumque [...] habeat illum, nec [...] domino. Set tamen si quis [...] thesaurum [...] medietatem.

LIBERTAD DEL QUE FALLAREN TESORO VIEJO [5]

Otorgo aun avos que qualquier que fallare tesoro viejo ayalo, e non rresponda por ello al rey nin a otro sennor; mas si alguno en eredad agena algun tesoro fallare, el sennor de la eredad aya la meytad.

DEL QUE THESORO VIEJO FALLARE [6]

Otorgo avos que qual quier que tessoro viejo fallare, ayalo e non rresponda por el al rrey njn aotro sennor. Mas maguer si alguno en heredat agena aver fallare, el sennor dela heredat aya la meytad.»

En efecto, como podemos observar, el Fuero de Cuenca regula la adquisición del tesoro, sin dar una definición ni hacer referencia a la concepción que sobre el tesoro se tuviera, salvo la importante calificación de la antigüedad [7] del mismo. Una calificación similar a la que podemos encontrar en diversos textos jurídicos romanos: «thesaurus est

---

diados del siglo XIII, que al habernos llegado de forma más completa y estructurada constituye la base fundamental de nuestro conocimiento sobre el *Fuero de Cuenca*. UREÑA, *op. cit.*, XXIII-XXV, la califica como FORMA SISTEMÁTICA.

[3] «DEL QUE DESCUBRIESE UN TESORO ANTIGUO.—Cualquiera que descubriese un tesoro antiguo, háyalo, y no responda por él al Rey ni a otro señor. Pero si alguien descubriese un tesoro en una heredad ajena, el dueño de la heredad haya de él la mitad.» La traducción de VALMAÑA, *op. cit.*, 146, es la siguiente: «EL QUE ENCUENTRE UN TESORO ANTIGUO.—Todo el que encuentre un tesoro antiguo, quédeselo y no responda por él al Rey ni a otro señor. Pero si alguien encuentra un tesoro en una heredad ajena, el dueño de la heredad tenga derecho a la mitad del tesoro.» La diferencia fundamental se centraría en el «tenga derecho», que representa una incorrecta traducción del texto desde un punto de vista jurídico, que podría dar lugar a una incorrecta interpretación de lo establecido por el Fuero.

[4] *Fuero de Cuenca*, 422 *(Códice Parisiense)*. El *Códice Parisiense* (12.927 de la Biblioteca Nacional de París) es una copia de comienzos del siglo XIII, estructurado simplemente en rúbricas sin enumerar. A esta copia la considera UREÑA, *loc. cit.*, FORMA PRIMORDIAL.

[5] *Fuero de Cuenca*, V, 9 *(Códice valentino)*. El *Códice valentino* (Manuscrito 39, sig. 88-5-21, de la Biblioteca Universitaria de Valencia) es una traducción que se estructura sistemáticamente, de comienzos del siglo XV.

[6] *Fuero de Cuenca*, 228 *(Fragmento conquense)*. Este *Fragmento conquense* (Legajo III, exp. 1, del Archivo Municipal de Cuenca) es una traducción romanceada de finales del siglo XIV, estructurada simplemente en rúbricas sin enumerar, de la que falta un buen número de hojas.

[7] *«Thesurum veterem»*, de las formas sistemática y primordial; «tesoro viejo», «thesoro viejo» o «tessoro viejo», del Códice valentino o del Fragmento conquense.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371

vetus quaedam depositio pecuniae» [8], «condita ab ignotis dominis tempore vetustiore monilia» [9], «condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia» [10]. Por lo que habremos de aceptar, entre otros indicios [11], que se está utilizando la concepción justinianea del tesoro: cosas muebles escondidas en tiempos remotos por desconocidos dueños.

Por todo ello, no nos detendremos a analizar el concepto de tesoro en el Derecho Romano [12], aunque es preciso hacer algunas observaciones. Así, disponemos de varios textos de donde podemos extraer el concepto de tesoro. Entre otros, la famosa definición de Paulo [13]:

> «THENSAURUS EST VETUS QUAEDAM DEPOSITIO PECUNIAE, CUIUS NON EXSTAT MEMORIA, UT IAM DOMINUM NON HABEAT.»

Podemos citar también el fragmento correspondiente de la constitución imperial de Graciano, Valentiniano y Teodosio, datada en el 380 [14]:

> «THESAUROS ET CONDITA AB IGNOTIS DOMINIS TEMPORE VETUSTIORE MONILIA.»

Similar, aunque con interesantes diferencias, aparece el texto que podemos extraer de la constitución de León II y Zenón, del 474 [15]:

> «THESAURUM (ID EST CONDITA AB IGNOTIS DOMINIS TEMPORE VETUSTIORE MOBILIA).»

Pues bien, la doctrina romanística ha intentado extraer de estos textos, entre otros, una concepción unitaria del tesoro en Derecho Romano, cuando lo que muestran son claros indicios de una evolución, que ya atisbara SCIALOJA [16] y que ha puesto de manifiesto

---

[8] D.41.1.31.1.

[9] C.Th.10.18.2.

[10] C.10.15.1.

[11] Ya se ha podido observar, de la contemplación de los textos, cómo el Fuero de Cuenca acoge la solución adrianea y, por tanto, se separa de la teodosiana, recogida en el fragmento citado en nota 14.

[12] Ver, entre otros: BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, II, II, rist., Milán, 1968; BUSACCA, «Tesoro», en *ED*, XLIV, pp. 382 ss.; HUBAUX-HICTER, «Le fouilleur et le trésor», en *RIDA*, 1949, II, pp. 425 ss.; LONGO, *Corso di Diritto Romano. Le cose, la proprietà e i suoi modi di acquisto*, Milán, 1946.

[13] D.41.1.31.1 (Paulo, 31 ad Ed.): Tesoro es cierto antiguo depósito de dinero, del que no queda memoria, de modo que ya no hay dueño. MIQUEL, *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1992, p. 194, traduce de manera absolutamente libre la definición de Paulo, haciendo decir al texto lo que, en mi opinión, no dice: «de forma que es *como si* no tuviera dueño».

[14] CT.10.18.2 [= BREV.10.10.1].

[15] C.10.15.1.

[16] SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, II, Roma, 1931, pp. 48 y ss., para quien el tesoro, según Paulo, debe ser una *pecunia*; pero según el Código no es necesario que se trate de dinero, sino que se trataría de *mobilia*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371

BUSACCA [17]. Una evolución en la que, fundamentalmente, se habría pasado de una concepción del tesoro como dinero [18] (que sería el supuesto más frecuente y, por tanto, jurídicamente relevante) a una concepción paulatinamente más amplia (*thesauros et monilia* y después *mobilia*), en la que se considerarían también las joyas y finalmente cualquier objeto mueble de valor, no necesariamente preciosos (en lo que, sin duda, incidirían factores económicos pero, sobre todo, de comportamiento social en cuanto a la acumulación y ostentación de riquezas, con una larga y cada vez más acentuada influencia oriental). En cualquier caso, la doctrina presenta notables diferencias en sus planteamientos. Así hay autores que directamente descalifican la definición contenida en el Digesto, como es el caso de SCHULZ [19], que la considera defectuosa, inaceptable y probablemente de origen postclásico, o como DI PIETRO [20], para quien es un tanto inexacta, quizá por no observar la aludida evolución en el concepto de tesoro. Por la misma razón, otros autores como VOLTERRA [21], ARIAS RAMOS-ARIAS BONET [22], SILVEIRA [23] o DAZA-RO-

---

[17] BUSACCA, *op. cit.*, pp. 383-384 y 387 y ss. No obstante la importancia del planteamiento y la brillante indagación realizadas, es discutible la radical distinción en etapas y características que el autor pretende.

[18] En todo caso, debe advertirse, máxime cuando nos referimos a un concepto de tesoro, en cuanto a su composición, más social que jurídico, y especialmente si lo situamos en época clásica, que el término *pecunia* puede significar también «riquezas», por ejemplo en CICERÓN, *Div.*, 1, 49, 111: *pecuniam facere;* LIVIO, XXIX, 31: *ea pecunia illis est.* En este sentido parece que debemos interpretar lo señalado por TORRENT *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1987, p. 255: aunque Paulo hable de *depositio pecuniae* (depósito de dinero), hay que entenderlo en sentido amplio, como cosas de alto valor económico, y no necesariamente dinero.

[19] SCHULZ, *Derecho Romano Clásico* (trad. Santa Cruz), Barcelona, 1960, pp. 347 y ss.: «La definición de tesoro dada en el Digesto es defectuosa e inaceptable. La afirmación según la cual el tesoro no tiene dueño es ciertamente inexacta, pues con arreglo al Derecho sucesorio romano siempre tendría un propietario, aunque éste no pueda ser identificado: *non deficit ius sed probatio.* Además, *pecuniae* es palabra inadecuada, puesto que un tesoro puede consistir, por ejemplo, en joyas. *Depositio* es también una expresión poco feliz pues el tesoro no es una *depositio pecunia* (esto es, el acto de depositar dinero), sino más bien *pecunia deposita.* Toda la definición parece ser de origen post-clásico y no puede ser utilizada como la base de una exposición de la materia propia del *thesaurus.*» Por su parte, BUSACCA, *op. cit.*, 387, n. 72, contesta una por una todas las observaciones de SCHULZ y califica como totalmente infundada la sospecha de alteración.

[20] DI PIETRO, *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, 1996, p. 132: Es un tanto inexacta (se refiere a la definición de Paulo), por cuanto además del dinero (propio de una época en que era una forma de guardarlo ante la inexistencia de bancos) puede consistir en otras cosas muebles (así, joyas). En C.10.15.1, el concepto de tesoro queda ampliado a dichas cosas muebles. Por nuestra parte creemos que no se puede hablar de inexactitud sino que, en todo caso, se trataría de fases distintas en la evolución del propio concepto de tesoro, además debe tenerse en cuenta la advertencia que señalamos en n. 18.

[21] VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano* (trad. DAZA), Madrid, 1986, p. 332, tras citar la definición de Paulo, señala que otros textos muestran que, además de dinero, el tesoro podía estar constituido también por esto, por objetos muebles que eran, de algún modo, preciosos.

[22] ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano*, I (15 ed.), Madrid, 1979, p. 240: ya que no es de esencia que el tesoro consista en dinero. Lo que le caracteriza es su situación desconocida y oculta y la circunstancia de que por la antigüedad de tal situación, es imposible conocer quién fue su primitivo propietario y señalar en alguien la condición de sucesor del mismo. No obstante, creemos que estos autores incurren en cierta contradicción cuando en n. 308 se refieren a «esta doctrina de la improbabilidad de hallar

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371

DRÍGUEZ ENNES [24], entre otros muchos, consideran que el tesoro no consistía solo en dinero. Finalmente, por sólo citar algunos, podemos observar cómo, por ejemplo, ORTOLÁN [25] consideraba esencial la *vetus depositio,* mientras que MAYNZ [26] prescinde del requisito de la antigüedad.

Pero si nos centramos en lo que fuera el régimen de la adquisición del tesoro en el Derecho Romano, podríamos decir algo similar en cuanto a la situación de la doctrina romanística, ya desde los glosadores. Así, señala AZON [27] que el tesoro es *res nullius tempore,* por lo que puede ser objeto de ocupación; sin embargo, admite que puede adquirirse simplemente por quien lo viera con ánimo de tenerlo: «invenisse illum intelligo, qui viderit, vel perceperit et animum habendi thesaurum habuerit.» También ACCURSIO [28] considera el tesoro como *res nullius tempore;* no obstante, separa, a diferencia de AZON, la adquisición del tesoro de la ocupación, estimando que el tesoro lo adquiere el que primero lo descubre y no el que primero lo toma. Mucho después, HEINECIO [29] incluiría la adquisición del tesoro entre los casos de invención o hallazgo, como las cosas abandonadas; sin embargo, considera que la mitad del dueño del terreno le corresponde por derecho de accesión.

Una polémica que continuaría en tiempos recientes y se mantiene hasta la actualidad, trascendiendo, como veremos al final, a la doctrina del Derecho civil. De este modo, ORTOLÁN [30] afirma que el tesoro no se halla verdaderamente colocado en la clase de las cosas *nullius,* porque la propiedad nunca se ha perdido realmente, sino sólo borrado los recuerdos de ella. Por otra parte, no es exacto decir que sea accesión del suelo. Ni el descubridor, ni el propietario tienen en todo rigor derecho de propiedad para reclamarlo, ya por ocupación, ya como accesión. Para evitar el desagrado que naturalmente experi-

---

dueño», cuando es evidente que no es lo mismo la «imposibilidad» del texto que la «improbabilidad» de la nota.

[23] SILVEIRA, «A "fanciulla d'Anzio" e o instituto do tesouro», en *INDEX,* 25, 1997, p. 369.

[24] DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones de Derecho Privado Romano* (2.ª ed.), Madrid, 1997, p. 183: «Entendemos por tesoro cualquier objeto precioso, no sólo dinero, que permanece oculto durante el tiempo necesario para que se pierda la memoria de quién sea su dueño, siendo imposible, además, señalar en alguien la condición de sucesor del mismo.»

[25] ORTOLÁN, *Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano* (trad. de la cuarta ed.), Madrid, 1877, p. 348: «Dos hechos constituyen el carácter esencial del tesoro; a saber: el depósito de la cosa hecho en otro tiempo en un lugar cualquiera *(vetus depositio),* y la pérdida de todo recuerdo de propiedad acerca de aquella cosa *(cujus non extat memoria).*»

[26] MAYNZ, *Curso de Derecho Romano,* I (trad. POU y ORDINAS), Barcelona, 1887, p. 759: «Se entiende por tesoro toda cosa de valor escondida o enterrada sobre la cual nadie puede justificar un derecho de propiedad.»

[27] AZONIS: Aurea Summa viri in primis eximii ac Iureconsultorum Facile, 1578, in secundum librum institutionum, de rerum divisione, 16, p. 227; in X libros Cod., rubrica de thesauris, 2, p. 266.

[28] ACCURSIUS: D. Iustiniani imperatoris Institutionum Libri IIII, 1606, p. 168, g.

[29] HEINECIO: *Elementos de Derecho Romano,* Madrid, 1842, p. 108.

[30] ORTOLÁN, *op. cit.,* p. 348.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371

mentarían al verse privados completamente de lo que el uno había descubierto y de lo que se había llegado a descubrir en terreno de otro, y que parecía, por decirlo así, destinado para él, la ley romana distribuye el tesoro por mitad entre el descubridor y el propietario. Justamente lo contrario de lo que opina MAYNZ [31], para quien aquel que encuentra un tesoro adquiere su propiedad por mitad a título de ocupación; la otra mitad se considera como accesorio del fundo en que ha sido encontrado el tesoro.

No obstante, aunque sin abandonar esa vieja polémica para intentar incluir la adquisición del tesoro dentro de alguna de las figuras jurídicas de adquisición tradicionales, se ha impuesto poco a poco en la doctrina el intento de desentrañar la naturaleza de la adquisición del tesoro, pero dentro de una evolución histórico-jurídica, que se pretende trazar. Un intento para el que disponemos de pocos datos seguros, lo que ha generado grandes discrepancias y que, en nuestra opinión, nos lleva a que sólo puedan establecerse de forma rigurosa unas líneas generales de esa evolución, como veremos.

Así, hay autores recientes, que con independencia de esto, todavía centran su análisis en esa citada vieja polémica. De esta forma, VOLTERRA [32] considera que de las fuentes jurídicas y literarias se deduce que el criterio seguido por los romanos para conceder la propiedad del tesoro no fue constante, sino que cambió a través de las diferentes épocas. Lógicamente, el tesoro debía ser considerado una *res nullius*, supuesto que el conjunto de los objetos preciosos, para ser jurídicamente tesoro, no debe tener propietario, desde el punto de vista del Derecho. En efecto, los juristas romanos hablan no de imposibilidad de encontrar al propietario sino de *inexistencia* del mismo; se piensa que el paso del tiempo ha hecho desaparecer al propietario y a sus sucesores. Sin embargo, la adquisición de la propiedad sobre el tesoro no siempre está regulada basándose en la ocupación. Para GUARINO [33] la *inventio*, esto es, el descubrimiento de un tesoro, es un hecho de ocupación, aunque señala que probablemente, en los tiempos más antiguos, el tesoro fuese considerado como accesión del fundo en que fue encontrado. De la misma manera, FRANCIOSI [34] afirma que una subespecie de la *occupatio* era el descubrimiento del tesoro *(inventio)*. De otra parte, TORRENT [35] considera el tesoro como *res nullius* y analiza la adquisición del tesoro dentro de la ocupación; no obstante, señala que el criterio seguido por los romanos para atribuir la propiedad del tesoro no ha sido constante, y a veces han jugado criterios distintos, como la accesión unas veces, y otras la ocupación. De una forma sólo en parte similar MIQUEL [36] analiza la adquisición del tesoro dentro de la ocupación; sin embargo, señala que, en principio, parece como si hubiera debido de regularse por las normas de la ocupación, pero el valor del tesoro hizo que los clásicos se

---

[31] MAYNZ, *op. cit.*, p. 759.

[32] VOLTERRA, *op. cit.*, pp. 332 y ss.

[33] GUARINO, *Diritto Privato Romano* (7.ª ed.), Nápoles, 1984, p. 582.

[34] FRANCIOSI, *Corso Istituzionale di Diritto Romano*, Turín, 1994, p. 286.

[35] TORRENT, *op. cit.*, p. 255.

[36] MIQUEL, *op. cit.*, p. 194.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371

apartaran de esta regulación. Por el contrario ARIAS RAMOS-ARIAS BONET [37] consideran que si bien presenta analogías con la accesión y con la ocupación, la adquisición del tesoro es un modo distinto de adquirir la propiedad, ya que respecto del descubridor no se requiere una verdadera toma de posesión, sino la simple *inventio* o acto de descubrir el tesoro oculto, y en cuanto al propietario del fundo, si se aplicase el principio de la accesión, se le declararía dueño del total, aunque se fijase como obligación posterior la de entregar al otro la mitad; y, lejos de esto, los efectos jurídicos de la *inventio* se producen inmediatamente. Igualmente TALAMANCA [38] estima que la adquisición del tesoro es afín a la ocupación, sin embargo la considera como un modo en sí de adquisición de la propiedad. También DAZA y RODRÍGUEZ ENNES [39] consideran la adquisición del tesoro adrianea como un modo específico de adquisición de la propiedad.

Es BUSACCA [40] quien últimamente ha realizado, de forma brillante y exhaustiva, ese intento de trazar la evolución del instituto, por lo que seguiremos su esquema a fin de evitar reiteraciones. De esta forma, señala BUSACCA [41] que el único dato relativo a la época preclásica se encuentra en un texto de Paulo, que refiere criticándola la opinión de Bruto y Manilio, los cuales admitían la adquisición por usucapión del fundo y del tesoro encontrado en el mismo, aunque su existencia no fuera conocida por quien poseía el fundo: a la luz de este texto puede proponerse que en el segundo siglo a.C. el tesoro correspondiese al propietario del fundo. En este mismo sentido ya se había pronunciado BONFANTE [42] y recientemente, entre otros, VOCI [43]. Por su parte, VOLTERRA [44] afirma que sabemos poco a propósito de lo que debía ser el sistema seguido en la época republicana; de algunas fuentes, podría deducirse que el propietario del fundo en que era encontrado el tesoro adquiría, por accesión, la propiedad del mismo, mientras que de otras se deduciría que el descubridor pasaba a ser propietario por ocupación.

La cuestión se centra en el siguiente texto [45], en el que Paulo considera incorrecta la opinión de Bruto y Manilio, lo que nos hace pensar que dicha opinión sería recogida del modo más fidedigno:

> «CETERUM QUOD BRUTUS ET MANILIUS PUTANT EUM, QUI FUNDUM LONGA POSSESSIONE CEPIT, ETIAM THENSAURUM CEPISSE, QUAMVIS NESCIAT IN FUNDO ESSE, NON EST VERUM.»

---

[37] ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *op. cit.*, p. 241.

[38] TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milán, 1990, p. 416.

[39] DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, p. 183.

[40] BUSACCA, *op. cit.*, pp. 384-387.

[41] BUSACCA, *op. cit.*, p. 384.

[42] BONFANTE, *op. cit.*, pp. 132 y ss.

[43] VOCI, *Istituzioni di Diritto Romano*, 5.ª ed., Milán, 1996, p. 273.

[44] VOLTERRA, *op. cit.* p. 333. Por nuestra parte, creemos que si es discutible la referencia a la accesión, carece de todo fundamento textual la referencia a la ocupación, pese a la afirmación del autor.

[45] D.41.2.3.3 (Paulo, 54 ad Ed.): Por lo demás, no es cierto lo que estiman Bruto y Manilio, que el que adquirió por larga posesión adquirió también el tesoro, aunque desconozca lo que hay en el fundo.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371

Por lo que se puede observar, en nuestra opinión sería más preciso señalar que, conforme a la opinión de Bruto y Manilio, el tesoro formaría parte del fundo. Algo que, en cierto modo, habría ya puesto de relieve SCHULZ [46] al señalar que en la época republicana y en el alborear de la clásica, el tesoro fue considerado probablemente como *pars fundi,* pero según una constitución de Adriano, correspondía al inventor y al dueño de la tierra por partes iguales.

Sugestiva nos parece la opinión de BUSACCA [47] de que un régimen diverso regulaba bajo el segundo triunvirato [48] la adquisición del tesoro que correspondía al descubridor; ello se deduce de una sátira de HORACIO [49] referida al operario que, después de haber descubierto un tesoro, había llegado a ser lo suficientemente rico como para poder arar como propietario el fundo que primero había arado como *mercennarius.*

Posteriormente, a lo largo del siglo I d. de C., la adquisición del tesoro habría pasado, según BUSACCA [50], por distintas regulaciones que lo atribuían al descubridor, luego al fisco y finalmente vuelve a ser privatizado por Nerón. Refiriéndose a este período, VOLTERRA [51] señala que en la época imperial, se concedían al Estado derechos sobre el tesoro (quizás, después de las *leges Iuliae* de Augusto, el tesoro quedaba comprendido entre los *vacantia,* esto es, entre los bienes de difuntos de los que no había herederos, y se adjudicaba al *aerarium* del *populus romanus*); parece que Nerón abolió tal atribución, concediendo la propiedad del tesoro a los descubridores, y que algunos de sus sucesores (quizás Vespasiano y Domiciano) restablecieron los derechos del Estado. Todavía más sorprendente resulta la opinión de TALAMANCA [52], quien tras señalar cuáles fueron, en los inicios del siglo II d.C., las disposiciones de Adriano (cfr. I. 2.1.39), dice: del tenor del texto citado se deduce que, en el curso del siglo I d.C., fue introducida una innovación por la que el tesoro se consideraba adquirido por el erario o el fisco, quizá por analogía

---

[46] SCHULZ, *op. cit.*, p. 348. En cierto modo similar es la opinión de TALAMANCA, *loc. cit.*, para quien originariamente no se distinguía entre la titularidad del fundo y la del tesoro, el cual, antes o después del descubrimiento, correspondía al propietario del fundo mismo.

[47] BUSACCA, *loc. cit.* En n. 28, el autor señala que la atribución del tesoro al descubridor habría estado inspirada por los triunviros, además de en la objetiva dificultad de individualizar los propietarios de sumas de dinero escondidas en el torbellino de las guerras civiles, también en la voluntad política de los mismos triunviros de favorecer a los descubridores de tesoros, que debían ser prevalentemente veteranos.

[48] Es un error que se repite con frecuencia hablar de «segundo triunvirato» para referirse al primero y único *(tresviri reipublicae constituendae),* ya que el mal llamado «primer triunvirato» no fue más que un simple acuerdo político.

[49] HORACIO, *Sat.*, 2, 6, 10-13: «O si urnam argenti fors quae mihi monstret ut illi / thesauro invento qui mercennarius agrum / illum ipsum mercaturus, aravit, dives amico / Hercule.»

[50] BUSACCA, *op. cit.*, pp. 384 y ss.

[51] VOLTERRA, *loc. cit.*, quien en este caso tampoco cita los supuestos textos en los que pueda basar su opinión, del todo infundada.

[52] TALAMANCA, *loc. cit.* Si analizamos el texto citado por el autor, que más adelante exponemos, podremos observar que en nada su tenor puede dar base a la afirmación posterior.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371

a cuanto ocurría para los *bona vacantia*. De forma en cierto modo similar, VOCI [53] afirma que, bajo Augusto, una *lex Iulia* atribuyó al erario los bienes sin dueño *(bona vacantia)*, y puede retenerse que el tesoro se incluyera entre éstos si, en años sucesivos, se alabó a Nerón como el que restituyó el tesoro a los particulares.

Para sostener sus respectivas afirmaciones VOCI y BUSACCA citan el mismo texto de CALPURNIO SÍCULO [54], en el que simplemente se viene a decir que no se debe tener miedo, a diferencia del período anterior, de hurtar con el arado un tesoro y se puede gozar plenamente del oro encontrado. Por nuestra parte, estimamos que, con base en el citado texto, no puede haber suficiente fundamento como para mantener las afirmaciones expuestas, especialmente por lo que hace referencia a la consideración del tesoro como *bona vacantia* por una *lex Iulia* y a la supuesta restitución de Vespasiano y Domiciano.

Posteriormente, según se desprende del conocido texto de las Instituciones de Justiniano [55], nuestro Adriano [56] habría establecido una nueva regulación a la adquisición del tesoro, que ha llegado en lo esencial hasta nuestros días:

> «THESAUROS, 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 FORTUITU 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.»

A este respecto, y a tenor de toda la evolución que venimos trazando, no parece muy acertada la peculiar postura de D'ORS [57], para quien Adriano quita al actual propietario del inmueble una mitad del tesoro hallado, a favor del hallador.

---

[53] VOCI, *loc. cit.*

[54] CALPURNIUS SICULUS, *Ecl.* 4, pp. 117 y ss.: «Iam neque damnatos metuit iactare ligones / fossor et invento, si fors dedit, utitur auro / nec timet, ut nuper, dum iugera versat arator / nec sonet offenso contraria vomere massa / iamque palam presso magis et magis instar arato.»

[55] I.2.1.39: El divino Adriano, inspirado en la equidad natural, concedió, al que los hubiera descubierto, los tesoros que alguno descubriese en su propio lugar; y lo mismo estableció si alguno los descubriese por caso fortuito en un lugar sagrado o religioso. Pero si alguno lo descubriese fortuitamente en un lugar ajeno y no buscándolo, le concedió la mitad al dueño del suelo. Y consecuentemente, estableció que, si alguno lo descubriese en un lugar del César, fuese la mitad para el descubridor y la mitad para el César. A lo que corresponde que, si alguno lo descubriese en un lugar público o fiscal, fuese la mitad para él y la mitad para el fisco o la ciudad.

[56] No se nos ofrece suficiente información como para conocer de qué tipo de disposición se trataría; sin embargo, algunos autores hipotizan con que podría tratarse de una *oratio*, como BONFANTE, *op. cit.*, p. 131, o quizá de un *edictum*, como expresa GUARINO, *op. cit.*, p. 582.

[57] D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 5.ª ed., Pamplona, 1983, p. 210.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371

De otra parte, para GUARINO [58] Adriano probablemente estableció que, si el tesoro hubiese sido fortuitamente encontrado en territorio (itálico o provincial) perteneciente al *princeps («locus Caesaris»),* al *inventor* le correspondiese una mitad y sólo la otra mitad fuera reclamable por el *fiscus Caesaris.* El resto, según GUARINO lo hizo la *interpretatio prudentium,* llegando progresivamente a conclusiones que serían acogidas por el derecho justinianeo.

En todo caso, si comparamos el citado fragmento de las Instituciones con un texto de ESPARCIANO [59], en el que se expone igualmente la solución adrianea, parece que lo expresado en el fragmento institucional (desde *et convenienter* hasta el final) pudiera corresponder a una adaptación posterior de lo establecido por Adriano. De manera que se sustituía *publico* por *Caesaris loco* y *fisco* por *Caesaris,* lo que permitía, a su vez, hacer más adelante la distinción *publico loco vel fiscali-fisci vel civitatis.*

Algunos autores citan dos fragmentos del Digesto [60], atribuidos ambos a Calístrato, al libro tercero de su *de iure fisci,* para sustentar la postura de que una disposición de Marco Aurelio y Lucio Vero habría modificado sustancialmente el régimen adrianeo. Así, BUSACCA [61] estima que se ha modificado profundamente el criterio inspirador del régimen adrianeo, atribuyendo el tesoro descubierto en lugares no privados por mitad al descubridor y por mitad al fisco, cuyas pretensiones son hechas valer no *iure dominii,* sino *iure imperii.* De otra parte, VOCI [62] afirma que la norma de Adriano fue modificada por Marco Aurelio, que atribuyó al *fiscus* la mitad de los tesoros encontrados en lugares sagrados o religiosos.

Sin embargo, con el único apoyo de los fragmentos citados, consideramos arriesgado sostener tales afirmaciones; es más, creemos que es difícil establecer si se trata

---

[58] GUARINO, *loc. cit.*

[59] ESPARCIANO, *Vita Hadriani,* 18, 6: «De thesauris ita cavit, ut si quis in suo repperisset, ipse potiretur, si quis in alieno, dimidium domino daret, si quis in publico, cum fisco aequabiliter partiretur.»

[60] D.49.14.3.10: «SI IN LOCIS FISCALIBUS VEL PUBLICIS RELIGIOSISVE AUT IN MONUMENTIS THENSAURI REPERTI FUERINT, DIVI FRATRES CONSTITUERUNT, UT DIMIDIA PARS EX HIS FISCO VINDICARETUR. ITEM SI IN CAESARIS POSSESSIONE REPERTUS FUERIT, DIMIDIAM AEQUE PARTEM FISCO VINDICARI.» Si en lugares fiscales o públicos o religiosos o en monumentos sepulcrales fueran encontrados tesoros, los Divinos Hermanos establecieron que la mitad de los mismos fuera reivindicada para el fisco. También si fuera encontrado en una posesión del César, es igualmente reivindicada la mitad para el fisco.

D.49.14.3.11: «DEFERRE AUTEM SE NEMO COGITUR, QUOD THENSAURUM INVENERIT, NISI EX EO THENSAURO PARS FISCO DEBEATUR. QUI AUTEM, CUM IN LOCO FISCI THENSAURUM INVENERIT, PARTEM AD FISCUM PERTINENTEM SUPPRESSERIT, TOTUM CUM ALTERO TANTO COGITUR SOLVERE.» Nadie está obligado a denunciar que ha descubierto un tesoro, a no ser que de ese tesoro se le deba parte al fisco. Pero el que habiendo descubierto un tesoro en lugar fiscal, hubiera ocultado la parte perteneciente al fisco, es obligado a entregarlo todo con otro tanto.

[61] BUSACCA, *op. cit.*, pp. 385 y ss.

[62] VOCI, *loc. cit.*, en n. 6 señala que en D.49,14,3.10, Justiniano debe haber sustituido *publicis* por *sacris,* que no tenía ya sentido en sus tiempos.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371

de una modificación parcial o de una aclaración de la norma adrianea, pues caben otras interpretaciones. Por ejemplo, para ORTOLÁN [63], en las tierras públicas o del César no podía realmente haber un lugar sagrado ni religioso, por lo que la mitad del tesoro descubierto en el mismo debía volver al pueblo o al César en calidad de propietario; esto es lo que nos explica un fragmento mal comprendido del Digesto, en el cual vemos que Marco Aurelio y su hermano Lucio Vero habían atribuido esta parte al fisco.

Por otra parte, BUSACCA [64] afirma que los tesoros descubiertos en lugares privados eran atribuidos al descubridor, como se evidencia del fundamental texto de PAULO [65], escrito bajo el principado de Cómodo; un sustancial retorno al régimen adrianeo, probablemente puede adscribirse a Septimio Severo o a Caracalla y Geta: en tal sentido deponen dos textos, de ULPIANO [66] y de TRIFONINO [67], escritos durante la corregencia de Geta y Caracala y los primeros años de reinado de Caracala.

Pero es que el citado texto de Paulo no evidencia nada de lo que quiere el autor, puesto que el texto no va destinado a determinar en qué casos o en qué porción se adquiere el tesoro, sino que simplemente intenta distinguir el supuesto en el que un descubridor puede incurrir en hurto y el supuesto en que un descubridor puede quedarse con el tesoro, esto es, con lo que le corresponda del tesoro, lo que otros autores consideran distinción entre tesoro impropio y tesoro propio. Además sería muy difícil la subsistencia del texto, sin alterar, si incurriera en contradicción con el régimen justinianeo, al igual que los demás textos del Digesto que se puedan citar. Por tanto, creemos que tampoco puede hablarse de «un sustancial retorno al régimen adrianeo», sino que a partir de Adriano, de acuerdo con el estado actual de las fuentes de que disponemos, se habría mantenido básicamente el mismo régimen de adquisición del tesoro hasta época de Teodosio.

---

[63] ORTOLÁN, *op. cit.*, p. 349.

[64] BUSACCA, *op. cit.*, p. 386.

[65] D.41.1.31.1: «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. ALIOQUIN SI QUIS ALIQUID VEL LUCRI CAUSA VEL METUS VEL CUSTODIAE CONDIDERIT SUB TERRA, NON EST THENSAURUS: CUIUS ETIAM FURTUM FIT.» Tesoro es cierto antiguo depósito de dinero, del que no queda memoria, de modo que ya no hay dueño, pues de este modo se hace de quien lo descubriese, puesto que no es de otro. Pero si alguien escondiese bajo tierra alguna cosa por causa o de lucro o de miedo o de custodia, no es tesoro; y respecto de ello se comete también hurto.

[66] D.24.3.7.12: «SI FUNDUM VIRO UXOR IN DOTEM DEDERIT [...] QUAM SI THENSAURUS FUERIT INVENTUS: IN FRUCTUM ENIM NON COMPUTABITUR, SED PARS EIUS DIMIDIA RESTITUETUR QUASI IN ALIENO INVENTI.» *Si la mujer hubiera dado en dote al marido un fundo* [...] como tampoco si hubiera descubierto un tesoro: no se contará como fruto, sino que se restituirá la mitad como se hace con un tesoro descubierto en fundo ajeno.

[67] D.41.1.63. Su tenor se expone más adelante a otro respecto.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371

Y es que, en nuestra opinión, no se puede afirmar, como hace VOLTERRA [68], que «sabemos con seguridad, por una constitución del año 315, que Constantino, innovando el sistema, concedía la mitad de lo encontrado al descubridor, cuando éste había denunciado espontáneamente el hallazgo al fisco, correspondiendo a éste la otra mitad». Tal afirmación se basa en un texto del Código Teodosiano [69], pero de dicho texto no se puede deducir, con un mínimo de seguridad, ni considerado en sí mismo ni con relación a los otros, que cualquier tesoro descubierto corresponda al fisco. Por el contrario, lo más fácil es que se refiera exclusivamente al caso de terrenos del fisco, para el que establece la obligación de declarar espontáneamente el descubrimiento si se quiere obtener la parte correspondiente. No cambiaría, por tanto, el sistema general adrianeo de reparto por mitad, ni entraría en contradicción con la constitución de Graciano, Valentiniano y Teodosio [70], del 380, en la que, aludiendo también a la equidad natural, como ya hiciera Adriano, concedía al dueño del lugar una cuarta parte y al descubridor, *non data opera*, el resto [71].

Tampoco creemos que exista base suficiente para poder afirmar, como hace VOLTERRA [72], que en el año 390, Teodosio concedió todo el tesoro al descubridor. Quienes sos-

---

[68] VOLTERRA, *loc. cit.*; en sentido similar, BUSACCA, *loc. cit.* o VOCI, *loc. cit.* En contra, TALAMANCA, *op. cit.*, 416: Constantino vuelve explícitamente a la reglamentación.

[69] C.Th.10.18.1: «IMP. CONSTANTINUS A. AD RATIONALES. QUICUMQUE THESAURUM INVENERIT ET AD FISCUM SPONTE DETULERIT, MEDIETATEM CONSEQUATUR INVENTI, ALTERUM TANTUM FISCI RATIONIBUS TRADAT, ITA TAMEN, UT CITRA INQUIETUDINEM QUAESTIONIS OMNIS FISCALIS CALUMNIA CONQUIESCAT. HABERI ENIM FIDEM FAS EST HIS, QUI SPONTE OBTULERINT QUOD INVENERINT. SI QUIS AUTEM INVENTAS OPES OFFERRE NOLUERIT ET ALIQUA RATIONE PRODITUS FUERIT, A SUPRA DICTA VENIA DEBEBIT EXCLUDI. DAT. III KAL. APRIL. CONSTANTINO A. IIII ET LICINIO IIII CONSS.»

[70] C.Th.10.18.2.pr. y 1 [=BREV.10.10.1.pr. y 1]: «IMPPP. GRAT. VALENT. ET THEODOS. AAA. AD POPULUM URBIS CONSTANTINOPOLITANAE. QUISQUIS THESAUROS ET CONDITA AB IGNOTIS DOMINIS TEMPORE VETUSTIORE MONILIA QUOLIBET CASU REPERERIT, SUAE VINDICET POTESTATI, NEQUE CALUMNIAE FORMIDINEM FISCALI AUT PRIVATO NOMINE ULLIS DEFERENTIBUS PERTIMESCAT; NON METALLI QUALITAS, NON REPERTI MODUS SUBALIQUOD PERICULUM QUAESTIONIS INCURRAT. IN HAC TAMEN NATURALI AEQUITATE ANIMADVERTIMUS QUODDAM TEMPERAMENTUM ADHIBENDUM, UT, SI CUI IN SOLO PROPRIO HUIUS MODI CONTIGERIT, INTEGRO ID IURE PRAESUMAT; QUI IN ALIENO, IN QUARTAM REPERTORUM PARTEM EUM, QUI LOCI DOMINUS FUERIT, ADMITTAT. NE TAMEN PER HANC LICENTIAM QUISQUAM AUT ALIENA EFFODIAT, AUT IN LOCIS NON SUI IURIS PER FAMAM SUSPECTA RIMETUR. DAT. VII. KAL. FEBR. THESSALONICA, GRATIANO A. V. ET THEODOS. A. I. COSS.»

[71] No nos parece correcta la apreciación de BUSACCA, *op. cit.*, 386 s., para quien la citada constitución imperial establece la obligación de restituir la cuarta parte al *dominus loci;* por el contrario, pensamos que el dueño del lugar también adquiere. El término empleado «admittat» avalaría nuestra posición, pues significa «admita», «deje participar» (en lo mismo y de la misma forma). Es más, daría a entender que ambos participan, cada uno en proporción a su cuota, en la copropiedad de lo descubierto. Lógicamente, conforme se van admitiendo, además de dinero, joyas y otras cosas de valor, va siendo más difícil que cada uno pueda quedarse directamente con su parte.

[72] VOLTERRA, *loc. cit.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371

tienen esta posición la fundamentan en una constitución recogida igualmente en el Código de Teodosio [73], en la que simplemente se viene a decir que permitimos a quienes encontrasen tesoros, aconsejados por la divinidad o guiados por la fortuna, que se regocijen de las cosas encontradas sin ningún temor. Por tanto, no parece añadir nada a lo anterior, lo cual es lógico además, si pensamos que ambos textos se mantienen como Derecho vigente en el mismo cuerpo legal, el Código Teodosiano, no debiendo entrar en contradicción, y que no tendría mucho sentido un cambio tan radical a tan sólo diez años de haber transformado el propio Teodosio el régimen de adquisición del tesoro; no supondría ninguna modificación al régimen establecido por el propio Teodosio y tan sólo se trataría de un texto en el que se justificaría el propio sistema teodosiano, que beneficia al descubridor, por la fortuna o la voluntad divina. Una prueba más de ello es que ni esta constitución ni la de Constantino son recogidas en el Breviario.

Finalmente, con una constitución imperial de León II y Zenón [74], del 474, se retorna definitivamente al sistema adrianeo:

> «NEMO IN POSTERUM SUPER REQUIRENDO IN SUO VEL ALIENO LOCO THESAURO VEL SUPER INVENTO AB ALIO VEL A SE EFFUSIS PRECIBUS PIETATIS NOSTRAE BENIGNAS AURES AUDEAT MOLESTARE. NAM IN SUIS QUIDEM LOCIS UNICUIQUE, DUMMODO SINE SCELERATIS AC PUNIENDIS SACRIFICIIS AUT ALIA QUALIBET ARTE LEGIBUS ODIOSA, THESAURUM (ID EST CONDITA AB IGNOTIS DOMINIS TEMPORE VETUSTIORE MOBILIA) QUAERERE ET INVENTO UTI LIBERAM TRIBUIMUS FACULTATEM, NE ULTERIUS DEI BENEFICIUM INVIDIOSA CALUMNIA PERSEQUATUR, UT SUPERFLUUM SIT HOC PRECIBUS POSTULARE, QUOD IAM LEGE PERMISSUM EST, ET IMPERATORIAE MAGNANIMITATIS VIDEATUR PRAEVENIRE LIBERALITAS

---

[73] C.Th.10.18.3: «IMPPP. VALENTINIANUS, THEODOSIUS ET ARCADIUS AAA. NEOTERIO PRAEFECTO PRAETORIO. EOS, QUI SUADENTE NUMINE VEL DUCENTE FORTUNA THESAUROS *REPPERERINT, REPPERTIS LAETARI REBUS SINE ALIQUO TERRORE PERMITTIMUS*. DAT. VI NON. MART. CONSTANTINOPOLI VALENTINIANO A. IIII ET NEOTERIO CONSS.»

[74] C.10.15.1: Nadie en lo sucesivo se atreva a molestar los benignos oídos de nuestra piedad suplicando sobre un tesoro en lugar suyo o ajeno, o sobre el descubierto por otro o por sí. Porque a cada cual le concedemos libre facultad para buscar un tesoro (esto es, cosas muebles escondidas en tiempos remotos por desconocidos dueños) en lugares verdaderamente suyos con tal que sea sin criminosos y punibles sacrificios o sin cualquier otra arte odiada por las leyes, y para usar lo descubierto, para que en lo sucesivo la envidiosa calumnia no persiga un beneficio de Dios, para que sea superfluo pedir con súplicas lo que ya está permitido por la ley. Nadie se atreva a buscar en su propio nombre riquezas ocultas en tierras ajenas, contra la voluntad de sus dueños o no queriéndolo o ignorándolo. Puesto que si alguien hubiese creído que se nos debía suplicar sobre esto, o si buscándolo contra el tenor de esta ley hubiese descubierto un tesoro en lugar ajeno, sea compelido a devolverlo en su totalidad al dueño de los lugares, y sea castigado como infractor de esta muy saludable ley. Puesto que si acaso arando o cultivando de otro modo la tierra, o por cualquier casualidad, no con empeño de buscarlo, descubriese un tesoro en lugares ajenos, pártalo con el dueño de los lugares, reteniendo la mitad y dándole la otra mitad. Porque así sucederá que cada cual disfrutará de lo suyo y no ansiará lo ajeno.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371

POSTULANDA. IN ALIENIS VERO TERRULIS NEMO AUDEAT INVITIS, IMMO NEC VOLENTIBUS VEL IGNORANTIBUS DOMINIS OPES ABDITAS SUO NOMINE PERSCRUTARI. QUOD SI NOBIS SUPER HOC ALIQUIS CREDIDERIT SUPPLICANDUM AUT PRAETER HUIUS LEGIS TENOREM IN ALIENO LOCO THESAURUM SCRUTATUS INVENERIT, TOTUM HOC LOCORUM DOMINO CEDERE COMPELLATUR ET VELUT TEMERATOR LEGIS SALUBERRIMAE PUNIATUR. QUOD SI FORTE VEL ARANDO VEL ALIAS TERRAM ALIENAM COLENDO VEL QUOCUMQUE CASU, NON STUDIO PERSCRUTANDI, IN ALIENIS LOCIS THESAURUM INVENERIT, ID QUOD REPERTUM FUERIT DIMIDIA RETENTA ALTERA DATA CUM LOCORUM DOMINO PATIATUR. ITA ENIM EVENIET, UT UNUSQUISQUE SUIS FRUATUR ET NON INHIET ALIENIS. LEO ET ZENO AA. EPINICO CONSULARI. "A 474 D.VI ID.OCT.LEONE IUNIORE A.CONS.".»

En cualquier caso y con independencia de la evolución trazada, nos parece muy interesante el planteamiento realizado por LAURIA [75], sobre la base de un texto de PAULO [76], que ya hemos citado parcialmente. Para este autor, una vez que la jurisprudencia niega la posición sostenida por Bruto y Manilio, se plantea la cuestión del tesoro desde un punto de vista posesorio, pero en el que el descubridor gozaba de una situación privilegiada, la posesión se funde y disuelve en valoraciones extrañas, impuestas por la relevancia política del tesoro que es el objeto.

---

[75] LAURIA, *Dal possessore del tesoro all'«inventor» (D.41.2.3.3)*, en LABEO I (1955) pp. 21-31.

[76] D.41.2.3.3 (Paulo, 54 ad Ed.): «NERATIUS ET PROCULUS ET SOLO ANIMO NON POSSE NOS ADQUIRERE POSSESSIONEM, SI NON ANTECEDAT 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. CETERUM QUOD BRUTUS ET MANILIUS PUTANT EUM, QUI FUNDUM LONGA POSSESSIONE 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, QUIA SCIT ALIENUM ESSE. QUIDAM PUTANT SABINI SENTENTIAM VERIOREM ESSE NEC ALIAS EUM QUI SCIT POSSIDERE, NISI SI LOCO MOTUS SIT, QUIA NON SIT SUB CUSTODIA NOSTRA: QUIBUS CONSENTIO.» Neracio y Próculo dicen que no podemos adquirir la posesión con sólo el ánimo, si no precediera la posesión natural. Y por esto, si yo supiera que hay un tesoro depositado en mi fundo, lo poseo inmediatamente que tuviera la intención de poseerlo, pues el ánimo suple lo que falta a la posesión natural. Por lo demás, no es cierto lo que estiman Bruto y Manilio, que el que adquirió por larga posesión adquirió también el tesoro, aunque desconozca lo que hay en el fundo; porque el que no lo sabe no posee el tesoro, aunque posea el fundo; pero aunque lo sepa, no lo adquirirá por larga posesión, porque sabe que es de otro. Algunos opinan que es más cierta la opinión de Sabino, de que quien lo sabe no lo posee, sino si hubiera sido cambiado de lugar, porque no estaría bajo nuestra custodia: con los que estoy de acuerdo.

Al respecto, además del *longa possessione*, LAURIA, *op. cit.*, 25, pone de manifiesto, pensamos que con acierto, que la frase «sed et [...] alienum esse» estaría torpemente alterada.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371

Sin embargo, no suscribimos totalmente la opinión de LAURIA [77] de que el tesoro adquiere autonomía, relevancia propia, ante todo, bajo el perfil posesorio. Más bien creemos que sería al contrario, esto es, que la posesión del tesoro adquiere importancia cuando los juristas individualizan el tesoro respecto del fundo. Y comienzan a plantearse la cuestión desde los esquemas tradicionales de la *possessio: scientia, corpus, animus.* Pero, lógicamente, bajo el aspecto posesorio y descartando, como fundamento de la adquisición, la identificación tesoro-fundo, comienza a tener una relevancia especial el descubrimiento, que es lo que realmente vuelve a traer al tesoro a la realidad, a su propia existencia individual, y consecuentemente se reconoce la especial relevancia del descubridor. Además, son naturales y populares las aspiraciones del *inventor* guiado por la fortuna. Pero siempre permanecería latente, en mayor o menor medida según las épocas, la idea de una posición preeminente del dueño del lugar, respecto del mismo y de todo lo que en él se encuentre. De ahí que se apele a la equidad natural [78], al don de la fortuna [79], al consejo divino o a la guía de la fortuna [80].

Por otra parte, como vemos, en ningún momento se plantea en las fuentes la discusión de si la adquisición del tesoro se tratase de ocupación o de accesión o, al menos, no nos ha quedado evidencia de la misma. Por el contrario, parece como si poco a poco se hubiera ido configurando como una forma específica de adquisición, con independencia del sistema adoptado, utilizándose de forma constante y precisa los términos *invenerit, inventori,* etc., de lo que no habría duda para la época justinianea.

De todo lo anteriormente expuesto, podemos extraer como conclusiones seguras: que la regulación contenida en el Fuero de Cuenca sobre la adquisición del tesoro se basa en el Derecho Romano, adopta la solución adrianea y que, por tanto, se aleja de la solución contemplada en el Código de Teodosio. Pero si además comparamos el texto fundamentalmente del Códice Escurialense, que citábamos al principio de este trabajo, con otros textos jurídicos romanos también citados, podemos observar interesantes similitudes conceptuales y terminológicas [81], que nos llevan a pensar que la regulación del Fuero de

---

[77] LAURIA, *op. cit.*, 27.

[78] C.Th.10.18.2.1; I.2.1.39.

[79] D.41.1.63.1 (Trifonino, 7 disp.): «SI COMMUNIS SERVUS IN ALIENO INVENERIT, UTRUM PRO DOMINII PARTIBUS AN SEMPER AEQUIS ADQUIRET? ET SIMILE EST ATQUE IN HEREDITATE VEL LEGATO VEL QUOD AB ALIIS DONATUM SERVO TRADITUR, QUIA ET THENSAURUS DONUM FORTUNAE CREDITUR, SCILICET UT PARS, QUAE INVENTORI CEDIT, AD SOCIOS, PRO QUA PARTE SERVI QUISQUE DOMINUS EST, PERTINEAT.» Si un esclavo común lo hubiera encontrado en lugar ajeno ¿lo adquirirá acaso con arreglo a las cuotas del dominio o siempre por partes iguales? Y esto es semejante a la herencia o al legado o a lo que donado por otros se le entrega a un esclavo, porque también un tesoro se considera don de la fortuna; de modo que la parte que corresponde al descubridor pertenecerá a los socios por la parte del esclavo de que cada uno es dueño.

[80] C.Th.10.18.3.

[81] C.Th.10.18.1: «quicumque thesaurum invenerit [...] medietatem»; I.2.1.39: «thesauros [...] invenerit»; D.41.1.31.1: «thensaurus [...] vetus [...] invenerit»; C.10.15.1: «thesaurum [...] condita [...] tempore vetustiore mobilia».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371

Cuenca aparece como una especie de síntesis de las distintas compilaciones justinianeas, posiblemente del *Corpus Iuris Civilis*, aunque probablemente también se conocía la regulación del Teodosiano [82].

Para fundamentar todavía más cuanto venimos diciendo, puede observarse la curiosa similitud entre lo contenido en el Fuero de Cuenca [83] y lo que se recoge en un fragmento del Digesto [84]:

> «FUERO DE CUENCA
> DE TESAURO, QUOD MANCIPIUM INVENERIT
> Quidquid mancipium [...] Similiter si aliquod tesaurum invenerit, vel aliquid aliud, totum domini sui est, qui eum reficit, et procurat.
>
> DIGESTO
> SI IS QUI IN ALIENA POTESTATE EST THENSAURUM INVENERIT, IN PERSONA EIUS CUI ADQUIRIT HOC ERIT DICENDUM, UT, SI IN ALIENO AGRO INVENERIT, PARTEM EI ADQUIRAT, SI VERO IN PARENTIS DOMINIVE LOCO INVENERIT, ILLIUS TOTUS SIT, SI AUTEM IN ALIENO, PARS.»

Más adelante, en Partidas [85] se regula la adquisición del tesoro de la siguiente forma:

> «Tesoros fallan los omes á las vegadas en sus casas o heredades por aventura o buscándolos. E porque podria acaecer dubda, cuyo debe ser, decimos: que si el tesoro es tal que ningund ome non pueda saber quien lo y metió, nin cuyo es, gana el señorio dello, é que debe ser todo de aquel que lo falla en su casa o su heredad. Fueras si lo fallase por encantamiento, ca estonce todo debe ser del rey. Mas si lo oviese y alguno escondido, é pudiese probar ó averiguar que es suyo, estonce non ganaria el señorio dello el que lo fallase en su heredad. E si acaeciese que alguno lo fallase en casa ó heredamiento ageno labrando y ó en otra manera cualquier, si lo fallase por aventura, non lo buscando él a sabiendas, debe ser la meatad suya é la otra meatad del señor de la casa ó de la heredad dó lo falló:

---

[82] Como evidencia la similitud expuesta en la nota anterior, especialmente por lo que respecta al término *medietatem*, y que, sin embargo, procede de un texto que no se recoge en el Breviario.

[83] *Fuero de Cuenca*, XXXVIII, 9 *(Códice Escurialense); Fuero de Cuenca*, 908 *(Códice Parisiense)*:
«DE THESAURO QUI MANCIPIUM INVENERIT
[...] thesaurum invenerit vel aliud aliquid, totum [...] procurat.»
Fuero de Cuenca, VII, 9 *(Códice Valentino)*:
«QUE GANARE EL MANÇEBO
Que quiere que el mançebo [...]; otrosi, si algun tesoro fallare o otra cosa qual quier, todo es de su sennor quelo procura.»

[84] D.41.1.63.pr. (Trifonino, 7 disp.): Si el que está bajo potestad ajena descubriese un tesoro, se habrá de decir respecto de la persona para quien lo adquiere, que si lo descubriese en un campo ajeno, adquiere para aquél una parte, si lo descubriese en el lugar de su pariente o de su dueño, todo será de éste, pero si en el de otro, una parte.

[85] *Partidas*, III, 28, 45.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371

> mas si lo fallase buscándolo estudiadamente é non por acaecimiento de ventura, debe ser todo del señor de la heredad é non ha en ello el que así lo falla ninguna cosa. Eso mismo seria si el tesoro fuese fallado en casa ó en heredamiento que perteneciere al rey ó al comun de algun Concejo.»

Pues bien, no es preciso señalar, en este caso, la influencia del Derecho Romano, resulta evidente que en este fragmento se contiene Derecho Romano. Pero sí puede ser interesante observar cómo en el citado texto se hace un resumen y, al mismo tiempo, se refunde básicamente lo contenido en las diversas obras del *Corpus:* en el Digesto [86], en el Código [87] y en las Instituciones [88].

Finalmente, debemos señalar que en nuestro vigente ordenamiento se mantiene la más pura tradición histórica y, por tanto, el sistema adrianeo [89] de adquisición del tesoro.

---

[86] D.41.1.31.1; sobre todo, en cuanto a la distinción entre lo que se ha denominado tesoro propio e impropio. Nótese, sin embargo, que se obvia el concepto propiamente de tesoro y la referencia a la antigüedad, entre otros aspectos.

[87] C.10.15.1; obsérvese, entre otras cosas, la curiosa similitud en lo que se refiere al encantamiento, que aparece como una especie de aclaración del texto romano.

[88] 1.2.1.39; especialmente respecto del inciso final.

[89] Sistema seguido en las principales codificaciones. Así, en el Código civil francés, art. 716: la propiedad de un tesoro pertenece a quien lo encuentra en su propio fundo; si el tesoro es encontrado en el fundo de otro, pertenece por mitad al propietario del fundo. El tesoro es toda cosa escondida u oculta sobre la cual ninguna persona puede justificar su propiedad, y que es descubierta por el puro efecto del azar. En el Código civil italiano, art. 932: tesoro es cualquier cosa mueble de valor enterrada u oculta, de la que ninguno puede probar que es propietario. El tesoro pertenece al propietario del fundo en el que se encuentra. Si el tesoro es encontrado en el fundo de otro, de manera que se haya encontrado por el sólo efecto de la casualidad, corresponde por mitad al propietario del fundo y por mitad al descubridor. La misma disposición se aplica si el tesoro es descubierto en una cosa mueble ajena. En el BGB, art. 984: si es descubierta, y a consecuencia del descubrimiento tomada en posesión, una cosa que ha permanecido oculta que el propietario ya no se ha de averiguar más (tesoro), la propiedad es adquirida, por mitad, por el descubridor y por el propietario de la cosa en que estaba oculto el tesoro.

En el Código civil argentino se contiene una prolija regulación del tesoro (arts. 2550-2566), dentro de la ocupación ("apropiación"), aunque el art. 2518 establece que la propiedad comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos. En cualquier caso, utiliza el sistema adrianeo de distribución, fundamentalmente en los arts. 2550 y 2556: el que hallare un tesoro ocultado o enterrado, en casa o fundo propio, adquiere el dominio de él. El que halle un tesoro en predio ajeno, es dueño de la mitad de él. La otra mitad corresponde al propietario del predio. De la misma forma, el Proyecto de Código civil del 98 se basa en el sistema adrianeo, pero a diferencia del Código considera la adquisición del tesoro como una forma especial de adquisición de la propiedad.

También en el Código civil brasileño, muy apegado al Derecho Romano en esta materia, art. 607: el depósito antiguo de moneda o cosas preciosas, enterrado u oculto, de cuyo dueño no haya memoria, si se encuentra casualmente o por azar en un predio ajeno, se dividirá por igual entre el propietario de éste y el inventor.

Finalmente, el Código civil mejicano (para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal) contempla la adquisición del tesoro como un modo específico de adquirir el domi-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371

Ello puede observarse fundamentalmente en el art. 351 del Código civil al señalar que el tesoro [90] oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare. Sin embargo, cuando fuere hecho el descubrimiento en propiedad ajena, o del Estado, y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor.

Al respecto, en nuestra moderna doctrina del Derecho civil cabe destacar, entre otros, dos magníficos trabajos de MOREU [91] y PANTALEÓN [92], en los que se reaviva, entre otros aspectos, esa vieja polémica, mantenida prácticamente sin interrupción desde los glosadores, a través de la que se ha intentado incluir la adquisición del tesoro en alguna de las formas de adquisición de la propiedad, fundamentalmente ocupación y accesión, o bien considerarla como modo específico de adquisición.

Así, MOREU, tras considerar el tesoro como hallazgo falto de dueño por antiguo [93], estima que la adquisición del tesoro en nuestro Derecho es un supuesto de ocupación. Sin embargo, no se trataría de ocupación en el sentido tradicional o romano, sino de ocupación en un sentido más amplio, como modo de adquirir la propiedad de las cosas encontradas faltas de dueño por su primer ocupante, que no es necesariamente el primero que toma posesión de las mismas, sino quien llega primero a la cosa vacante de posesión con un hecho o acto de los que la sacarán de este estado anómalo, y suficientemente significativo jurídicamente para fundar la atribución por ocupación de derechos sobre lo hallado [94].

Por su parte, PANTALEÓN, tras considerar que el tesoro es bien mueble carente de dueño que se encuentra oculto e ignorado [95], estima que ni el tesoro ni las cosas perdidas se adquieren por ocupación [96]. Para PANTALEÓN [97] el dueño del lugar adquiere *iure do-*

nio, dedicando a su detallada regulación el cap. III del Título cuarto (arts. 875-885). También utiliza el sistema adrianeo, lo que puede observarse especialmente en los arts. 876 y 877: el tesoro oculto pertenece al que lo descubre en sitio de su propiedad. Si el sitio fuere de dominio del poder público o perteneciere a alguna persona particular que no sea el mismo descubridor, se aplicará a éste una mitad del tesoro y la otra mitad al propietario del sitio.

[90] Nuestro Código define el tesoro en su art. 352: Se entiende por tesoro, para los efectos de esta Ley, el depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos preciosos cuya legítima pertenencia no conste.

[91] MOREU, *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Barcelona, 1980.

[92] PANTALEÓN, «Comentario a los artículos 610 a 617 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, EDERSA, VIII-1, pp. 28 y ss. Una síntesis de su postura puede verse en PANTALEÓN, «Comentario al art. 610, al art. 351 y al art. 352», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, I, pp. 985-991 y 1551-1555.

[93] MOREU, *op. cit.*, pp. 279 y ss.; de forma que la antigüedad se configura como el requisito fundamental, sin necesidad de que el tesoro se encuentre oculto.

[94] MOREU, *op. cit.*, pp. 22 ss. y 564 ss.

[95] PANTALEÓN, *op. cit.*, pp. 989 y ss.; y aunque, por regla general, sólo los depósitos antiguos serán tesoros, la antigüedad del depósito no es en nuestro Derecho, a diferencia del Derecho Romano, un requisito del tesoro.

[96] PANTALEÓN, *op. cit.*, p. 1551.

[97] PANTALEÓN, *op. cit.*, pp. 987 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371

minii: por accesión o, si se prefiere, por atracción real o por la fuerza expansiva del derecho de dominio; mientras que la mitad del descubridor *in alieno,* se trata de una adquisición *ex lege,* de un premio legal a cargo del dueño del lugar y a favor de quien ha hecho posible, en beneficio del mismo, el juego del fenómeno de accesión o atracción real sobre el tesoro, hasta entonces oculto e ignorado.

Pero el uno tiene que hablar de ocupación en sentido amplio y el otro no puede hablar de accesión, sin más, sino que alude a la atracción real, a la fuerza expansiva y a un premio legal. Y es que, a los elementos tradicionales que han sustentado la vieja polémica, hay que añadir en nuestro Derecho el propio tenor del art. 610 C. c. [98] y la ubicación de éste y del art. 614 C. c. [99] en sede de ocupación [100]. Por el contrario, los arts. 351 y 352, ya citados, se encuentran dentro del capítulo «De la propiedad en general»; no obstante, creemos que estos artículos se encuentran en tal situación como contraste precisamente al art. 350 [101].

[98] Art. 610: «Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas.»

[99] Art. 614: «El que por casualidad descubriere un tesoro oculto en propiedad ajena, tendrá el derecho que le concede el art. 351 de este Código.»

[100] Libro Tercero, Título I «De la ocupación».

[101] Art. 350: «El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella [...].»

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371

https://doi.org/10.55104/FRDC_0371