

DERECHO A LA CAZA Y «IUS PROHIBENDI» EN ROMA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO A LA CAZA.—1. La ocupación por caza y la clasificación de los animales: A) Animales fieros o salvajes; B) Animales amansados o domesticados; C) Animales domésticos.—2. La cuestión de cuando se adquiere la propiedad sobre el animal perseguido. — 3. El principio de la libertad de caza en todo lugar. — III. PROPIEDAD FUNDIARIA Y LIBERTAD DE CAZA.—4. La propiedad originaria y la libertad de caza.—5. La evolución de la propiedad fundiaria y el derecho a la caza.—IV. EL «IUS PROHIBENDI» DEL PROPIETARIO Y EL DESTINO DEL FUNDO A LA CAZA.—6. La prohibición personal y concreta del *dominus fundi*.—7. La cuestión del usufructo del fundo en relación con los aprovechamientos venatorios.—8. *Instrumenta venationis*.—9. Las posibles acciones del propietario del fundo contra el cazador.—V. CONCLUSIONES.—10. Resumen de los textos y de sus soluciones.—II. Conclusiones sobre la libertad originaria de caza y el *ius prohibendi* del propietario del fundo.

I. INTRODUCCIÓN

Tratamos en estas páginas de la regulación romana de la ocupación por caza y de la contraposición entre dos derechos que pueden considerarse originarios: el derecho a la caza de todos los hombres y el derecho de propiedad sobre la tierra¹. Este tema, que ha atraído la atención de los juristas de todos los tiempos², tiene una profunda base humana y social y, desde la primitiva función de la caza como medio de vida y subsistencia

1. Este artículo presenta una versión resumida y reformada de nuestra tesis doctoral, presentada en la Universidad de Madrid en el año 1953. Debemos agradecer sinceramente, ante todo, al director de la tesis, profesor De Peshmaeker, y al Tribunal que la juzgó, especialmente a los profesores Álvarez Suárez y García Valdecasas, las sugerencias y observaciones que nos hicieron y que hemos tenido presentes.

2. Vid. las completas referencias bibliográficas de LANDUCCI, v. *Caccia* en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, III-1; *Il diritto di proprietà e il diritto di caccia presso i romani*, AG 29 (1882), 306 ss.; LANDUCCI-EULA, v. *caccia* en *Nuovo Digesto Italiano*, II, p. 588 ss.; REINACH, v. *venatio* en *Diction*

hasta su consideración secundaria como ejercicio de habilidad y deporte, ha suscitado las más variadas aportaciones en todos los campos del Arte y de la Ciencia.

Pero el sentido de la actividad venatoria ha cambiado profundamente a través de las etapas de la Historia, motivando sucesivas regulaciones que han debido intervenir en una actividad que frecuentemente ha sido causa de conflictos y disputas entre los hombres ³. La caza, considerada originariamente como una necesidad, como un medio de vida y de defensa, en la vida primitiva de los pueblos nómadas y pastores ⁴, se transforma pronto, con el predominio de la agricultura, en un placer y deporte para terminar siendo objeto de limitaciones y privilegios.

También en la Historia de Roma tuvo la *venatio* una distinta consideración y alcance. La ocupación de los animales salvajes tiene una significación distinta para el antiguo y rudo *civis romanus* que para el elegante latifundista o simple súbdito de la época postclásica. El *paterfamilias* acudía al ejercicio de la caza con sus hijos y esclavos tanto para proporcionarse el cotidiano sustento como para defender sus propiedades y rebaños de los animales dañinos ⁵. Más tarde, la caza comienza a ser considerada como un deporte, y la influencia helenística, sobre todo a partir del siglo II a. de C., hace que la caza como

Daremberg-Saglio, V. RAGUSA, *Brevi appunti sulla venatio in diritto romano, sulla formazione degli usi civici e sulla possibilità di un uso civico di caccia*, Roma, 1925; LOMBARDI, *Libertà di caccia a proprietà privata in diritto romano*, BIDR 53-54 (1948), 273 ss.; VOCI, *Corso di diritto romano. Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952, y los autores citados en las notas que siguen.

3. ORTEGA Y GASSET, en el prólogo al libro del CONDE DE YEBES, *Veinte años de caza mayor*, Madrid, 1948, defiende en amenas y sugestivas páginas su teoría sobre la escasez de caza, que estudia en las sucesivas épocas históricas, sosteniendo que la caza ha sido una de las mayores aficiones del hombre y ha sido por ello objeto de los privilegios de los poderosos y de las reivindicaciones de los humildes.

4. Sobre la caza y su régimen jurídico en los pueblos primitivos, vid. PATRONI, *Dati dell'Archeologia preistorica attinenti alle origini del Diritto*, en *Studi in on. di Besta*, Milán, 1939, p. 3 ss.

5. Es el *venator*, que describe Horacio, *Carmina*, I.1.28, hecho a todas las fatigas, que tolera el hielo de la noche en los montes sin acordarse de la tierna consorte.

ejercicio con que distraer el ocio llegue a estar entre los grandes goces de la vida; *venari, lavari, ludere, ridere, hoc est vivere*, como se lee en una tabula lusoria ⁶. Pero es necesario tener en cuenta que el romano es un espíritu esencialmente realista, que no llega a considerar la caza como motivo suficiente en sí mismo, ni como una actividad a ejercitar por ser deportiva ⁷. Esta concepción romana, basada en la realidad y dirigida siempre a juzgar las cosas por lo que en sí valen, se refleja tanto en la vida ⁸ como en el derecho. En la época imperial, el romano medio apaga su afición venatoria acudiendo a los espectáculos del circo, a las frecuentes *venationes* de la arena, mientras las grandes partidas de caza están reservadas en la práctica a los príncipes, a los funcionarios y a los terratenientes ⁹.

También en el régimen jurídico de la *venatio* se recoge esta concepción realista. Se protege y tutela la actividad venatoria en cuanto es económicamente lucrativa, y los jurisconsultos se ocupan de determinar en qué razón y medida los animales se consideran propiedad del hombre y sometidos a su poder. El principio de la libertad de caza es consecuencia de la consideración originaria del ejercicio de la actividad venatoria como un originario *ius hominis* que a todos se concede y para

6. Vid. PAOLI, *Urbs* (Trad. de Farrán, Barcelona, 1944), p. 245.

7. Vid. la importante monografía de AYMARD, *Essai sur les chasses romaines des origines à la fin du siècle des Antonini* (*Cynegetica*), «Bibl. des Ecoles Françaises d'Athènes et de Rome», París, 1951, a cuyas conclusiones nos remitimos en lo referente a la consideración social de la caza para los romanos.

8. Los poetas y literatos cantan y describen las primitivas luchas con las fieras que acosaban a los tristes mortales, en lucha contra una naturaleza hostil y despiadada. Así, Lucrecio, *De rerum natura*, 5.945-965-980, y Virgilio, *Aeneida*, 7.745-746; 8.316-318; 9.602-605. Salustio consideraba la caza como un *servile officium* (*Catilina*, 4.1). La afición a la caza se despierta por las influencias griegas y orientales, y, según cuenta Polibio, *Hist. Reliquiae*, 32.15, uno de los primeros cazadores fué Escipión Emiliano. La caza como deporte, practicada por la clase gobernante y los príncipes, no se difunde en Roma como en otros pueblos. Vid. AYMARD, *Essai sur les chasses romaines* cit., p. 43 ss.

9. Sobre los espectáculos de caza en la arena del circo. vid. JENNISON, *Animals for Show and Pleasure in Ancient Rome* (Manchester, 1937), y AYMARD, o. c., p. 188 ss.

todos se protege¹⁰. Cuando la caza pierde su importancia económica y, al mismo tiempo, se extiende el ámbito del derecho de propiedad, el derecho a la caza, aun considerándose siempre como facultad humana inviolable, debe ceder a las facultades de disposición del dueño sobre su suelo. Nunca se entendió, sin embargo, en el Derecho Romano el ejercicio de la caza como un privilegio¹¹, ni el propietario pudo reservarse nunca exclusivamente la caza existente en su fundo, como consecuencia de una tradición jurídica siempre aplicada.

Nuestras conclusiones en este tema pueden servir también para demostrar cómo no siempre es posible trazar una línea diferencial marcada entre las concepciones y principios clásicos y los de origen posterior, y cómo los conceptos y distinciones fundamentales elaborados por los juristas clásicos fueron mantenidos por Justiniano y han sido, en gran parte, acogidos también en los ordenamientos jurídicos actuales.

II. EL DERECHO A LA CAZA

1. La consideración de la caza desde el punto de vista jurídico se centra en la ocupación¹², que se califica como un modo de adquisición de la propiedad originario y también como un modo de adquisición de derecho natural y de derecho de gentes¹³. Podemos definir la ocupación como el acto jurídico de

10. Para Perozzi, cit. por LOMBARDI (*Libertà di caccia* cit. pág. 326), «cazar es un *ius hominis* que se ejercita sobre toda la extensión de la tierra; el que caza, sea o no propietario del lugar donde se encuentra, está siempre sobre su fundo, porque para cualquier cazador no hay más que un fundo único: la tierra.»

11. La única excepción fue la caza del león, que desde tiempos de Honorio se reservó al emperador. Vid. *infra* n. 20.

12. Sobre la ocupación, en general, vid. KASER, v. *occupatio*, en RE *Pauly-Wissowa*, Suplem. VII; *Das röm. Privatrecht*, I, p. 358; VOGL, *Modi di acquisto della proprietà* cit., p. 10 ss.; WEISS, *Das Willensmoment bei der occupatio des röm. Rechts nebst einer vergleichenden Betrachtung des Willensmomentes im Aneignungsrecht des BGB*, Marburg, 1955.

13. Los jurisconsultos romanos consideraban que el origen de la propiedad tuvo lugar por este hecho, al principio de las sociedades; Paulo (D: 41.2.1.1), *Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait, eiusque rei vestigium remanere in his quae terra, mari coeloque capiuntur, nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum*

toma de posesión de una *res nullius*, con la intención de hacerla propia, considerado por el derecho objetivo como idóneo para la adquisición de la propiedad. La ocupación, que comienza siendo la forma de adquisición primaria de toda clase de bienes y que tiene una gran importancia en el proceso histórico de formación de la propiedad inmobiliaria, va perdiendo su primitiva función con la prevalencia de los modos de adquisición derivativos¹⁴. Los requisitos jurídicos de la ocupación son los siguientes: a) Idoneidad de la cosa, que implica que la ocupación debe realizarse sobre una *res nullius*, que constituye la condición objetiva basada en la ausencia de lesión lejana o; al menos, que no pertenezca a un ciudadano romano, ya que es posible la ocupación de la *res hostiles*. b) Intención o voluntad de ocupar (*animus occupandi*), que ha de ser una intención de hecho sin necesidad de una voluntad previa en cuanto a los efectos jurídicos. En determinados supuestos, que examinaremos, no es necesario un ánimo particular y concreto, sino que basta con un ánimo general y abstracto de ocupar. c) Toma de posesión de la cosa, que implica la disponibilidad en que la cosa ocupatoria se halla con respecto al agente. Podemos distinguir la ocupación material, la aprehensión efectiva de la cosa, como modo de adquisición *animus et corpore*—que Voci denomina ocupación verdadera y propia—de la *occupatio* que, según Bonfante, puede reducirse a un momento casi espiritual y que puede ser calificada como *occupatio oculis et affectu*¹⁵.

adprehenderit; Gayo (D. 41.1.3 pr.). *Quod enim nullius est, id rationi naturali occupanti conceditur*. También Cicerón, *de offic.*, 1.7.21.

14. Para BONFANTE (*Corso di d. romano*, vol. II, *La Proprietà*, Sez. 1.ª, Roma, 1928), por ser la ocupación un modo de adquisición originario desde el punto de vista histórico no se puede hablar de una evolución del instituto, sino de una involución; el ámbito de la ocupación y de los objetos ocupables no crece, sino, por el contrario, disminuye. La ocupación, que comienza siendo la forma de adquisición originaria de toda clase de bienes, va perdiendo su primitiva función con la prevalencia de los modos de adquisición derivativos. Así, imperando en un principio la libertad de ocupación en el derecho romano, va sufriendo limitaciones a medida que el Estado o las minorías sociales imponen una propiedad ficticia sobre todas las cosas sin dueño.

15. Cfr. BONFANTE, *La Proprietà* cit., Sez. 2.ª, p. 65, y VOCI, *Modi di acquisto* cit., p. 11.

Los hechos más frecuentes de ocupación son la caza y la pesca. Desde este punto de vista, podemos definir la caza, en general, como el derecho natural y humano a la ocupación de los animales salvajes y libres en todo lugar. Esta concepción de la caza es la que se deduce de los textos, en los que la caza se designa con varios nombres según la naturaleza de los animales de que es objeto. Ante todo, las fuentes mencionan la *venatio* para significar la caza en sentido lato y general; en sentido estricto, la palabra *venatio* se refiere a la caza de animales terrestres, mientras que *aucupium* indica la caza de las aves (de *avi-cupium*)¹⁶.

Los animales como posible objeto de ocupación venatoria son clasificados por las fuentes en tres categorías. Los textos fundamentales que podemos aducir a este respecto pertenecen a las Instituciones de Gayo y a las de Justiniano, y, coincidiendo con la redacción de estas últimas, los fragmentos de los *libri rerum cottidianarum sive aureorum* del Digesto atribuidos a Gayo:

Gayo, 2. 67: Itaque si feram bestiam aut volucrum aut piscem..... captum eo usquem nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coerceatur; cum vero custodiam nostram evaserit et in naturalem libertatem se receperit, rursus occupantis fit, quia nostrum esse desinit; naturalem autem libertatem recipere videtur, cum aut oculos nostros evaserit, aut licet in conspectu sit nostro, difficilis tamen eius persecutio sit. 68: In his autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent veluti columbis et epibus, item cervis, qui in silvas ire et redire solent, talem habemus regulam traditam, ut si revertendi animum habere desierint, etiam nostra esse desinant et fiant occupantium; revertendi autem animum videntur desinere habere, cum revertendi consuetudinem deseruerint.

Ps.-Gayo, 1. 2 *rerum cott. sive*

Instit. 2. 1.

aur. (D. 41.1.1-3-5):

12. Ferae igitur bestiae et

1. 1. Omnia igitur animalia, volucres et pisces, id est omnia

16. Para PAOLI, *Urbs* (trad. de Farrán, Barcelona, 1944), p. 246, «la caza de los pájaros llamada *aucupium* era cosa muy distinta de la caza de los animales con cuatro patas, como lobos, osos, jabalíes, liebres, etc., llamada *venatio*; de las dos maneras que los hombres usan para matar, la *venatio* representa la violencia; el *aucupium*, el engaño. La primera es un ejercicio enérgico de hombres fuertes, la otra es agradable y sedentaria ocupación que requiere únicamente habilidad... Cazador pajarero puede serio cualquier ho'gazán, que con la nariz al aire va esperando que la presa engañada por el canto venga por sí sola a dejarse coger».

quae terra mari coelo capiuntur, id est ferae bestiae et volucres pisces, capientium fiunt.

3. 2. Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur: cum evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit.

5 pr. Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit eius persecutio.

5. 2. Apium quoque natura fera est: itaque quae in arbore nostra consederint, antequam a nobis alveo concludantur, non magis nostrae esse intelleguntur quam volucres, quae in nostra arbore nidum fecerit. Ideo si alius eas incluserit, earum dominus erit.

5. 3. Favos quoque si quos hae fecerint sine furto quilibet possidere potest: sed ut supra quoque diximus, qui in alienum fundum ingreditur, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi, ne ingrederetur.

5. 4. Examen, quod ex alveo nostro evolaverit, eo usque nostrum esse intellegitur, donec in conspectu nostro est nec difficili eius persecutio est: alioquin occupantis fit.

5. 5. Pavonum et columbarum fera natura est nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent:

animalia, quae in terra mari caelo nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, iure gentium statim illius esse incipiunt..... Quidquid autem, eorum ceperis, eo usque tuum esse intellegitur, donec tua custodia coercetur; cum vero evaserit custodiam tuam et in naturalem libertatem se receperit, tuum esse desinit et rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos tuos effugerit vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit eius persecutio.

14. Apium quoque natura fera est. Itaque quae in arbore tua consederint, antequam a te alveo includantur, non magis tuae esse intelleguntur, quam volucres quae in tua arbore nidum facerint: ideoque si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque si quos hae facerint, qualibet eximere potest. Plane integrare, si provideris ingredientem in fundum tuum, potes eum iure prohibere ne ingrediatur. Examen, quod ex alveo tuo evolaverit, eo usque tuum esse intellegitur, donec in conspectu tuo est nec difficilis eius persecutio est: alioquin occupantis fit.

15. Pavonum et columbarum fera natura est. Nec ad rem pertinet quod ex consuetudine avolare et revolare so-

nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam: cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas eant et redeant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. In his autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec revertendi animum habeant, quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiunt occupantium. Intelleguntur autem desisse revertendi animum abire tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint.

5. 6. Gallinarum et anserum non est fera natura: palam est enim alias esse feras gallinas et alios feros anseres. Itaque si quolibet modo anseres mei et gallinae meae turbati turbatae adeo longius evolaverint, ut ignoremus, ubi sint, tamen nihilo minus in nostro dominio tenentur. Quae de causa furti nobis tenebitur, qui quid eorum lucrandi animo adprehenderit.

lent: nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam: cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas ire et redire soleant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. In his autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque tua esse intellegantur, donec animum revertendi habeant: nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt et fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere, cum revertendi consuetudinem deseruerint.

16. Gallinarum et anserum non est fera natura. Idque ex eo possumus intellegere, quod aliae sunt gallinae, quas feras vocamus, item alii anseres quod feros appellamus. Ideoque si anseres tui aut gallinae tuae aliquo casu turbati turbataeve evolaverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui tuaeve esse intelleguntur: et qui lucrandi animo ea animalia retinet, furtum committere intellegitur.

Florentino, l. 6. *institutionum* (D. 41.1.2-4-6): 2. vel quae ex his apud nos sunt edita.

4. Nisi si mansuefacta emitti ad reverti solita sunt.

6. Item quae ex animalibus dominio nostro eodem iure subiectis nata sunt 17.

17. El fr. 2 de Florentino se inserta como continuación del l. 1 de Gayo, el fr. 4 es continuación del 3.2 de este mismo jurista, antes recogidos, y el fr. 6 sigue al 5.7: *Item quae ex hostibus capiuntur, iure gentium statim capientium fiunt.*

Todos los principios contenidos en estos textos pueden considerarse de procedencia clásica. Obsérvese que el fr. 5 pr. del Digesto, cuya redacción es casi idéntica al final del párrafo 12 de las Instituciones de Justiniano, coincide y tiene una construcción muy parecida a la redacción de las Instituciones gyanas (fr. 67 *in fine*). Los otros principios recogidos en las dos similares redacciones corresponden a los de las Instituciones de Gayo o pueden considerarse el desarrollo o las lógicas consecuencias de esos mismos principios. Las dos redacciones, la de los libros atribuidos a Gayo¹⁸, que probablemente recogen la doctrina del jurista en esta materia, y la de las Instituciones del emperador bizantino, pueden considerarse casi idénticas, aparte de la diferencia general de que los fragmentos del Digesto utilizan la primera persona del plural, mientras que en las Instituciones se escribe empleando la segunda persona del singular, y de otras diferencias de escasa importancia. Por ejemplo, cuando se trata de los enjambres de abejas, mientras en el Digesto se lee: *sine furto quilibet possidere potest*, en las Instituciones se dice: *quilibet eximere potest*, dando un alcance más general al principio. Puede decirse, por tanto, que Justiniano sigue fielmente en esta regulación los principios clásicos, sin introducir ninguna innovación importante:

Sirviéndonos de las distinciones de estos textos, pasemos a considerar las tres clases de animales que, a efectos de la ocupación por caza, distinguieron los jurisconsultos romanos: A) Animales fieros o salvajes (*ferae bestiae*). B) Animales amansados o domesticados (*mansuetae o mansuefactae*); y C) Animales domésticos (*quorum non est fera natura*). Ante todo, debemos intentar el estudio de esta clasificación teniendo siempre presente la mentalidad romana, ya que los juristas, más que dar los conceptos de cada una de estas categorías, lo que hacen, como es normal en la jurisprudencia, es ofrecernos ejemplos y tratar de resolver las dudas sobre la pertenencia de ellos a una u otra clase.

A) *Animales fieros o salvajes (ferae bestiae)*.—Son todos aquellos animales que gozan de *naturalis libertas* y pueden ser

18. Sobre los *libri rerum cottidianarum sive aureorum* vid *infra* n. 96.

apropiados por cualquiera. En los textos se encuentran las referencias a estos animales utilizadas en dos sentidos distintos que a veces se confunden: animales fieros en sentido amplio y genérico, y animales fieros en sentido estricto; en el primer sentido se comprenden tanto los animales fieros (*ferae bestiae*) como los amansados (*mansuetae*), mientras que en el segundo sentido sólo se comprenden los animales fieros con exclusión de los amansados. En efecto, la afirmación de la naturaleza fiera de las abejas parece ser tajante y no deja lugar a dudas: *apium quoque natura fera est*, y también parece se incluyen en esta clase de animales fieros los pavos y las palomas: *pavonum et columbarum fera natura est*; sin embargo, tanto en las Instituciones de Gayo y de Florentino, como en los fragmentos del Digesto y de las *Institutiones*, se consideran estos animales que se alejan y vuelven volando, es decir, que tienen *animus revertendi*, como amansados, considerándose así también los ciervos que van y vienen de la selva.

Respecto a si las abejas debían considerarse como animales fieros o amansados no existió un criterio unánime. Gayo las incluía entre los animales amansados (2.68: *In his autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, veluti columbis et apibus, item cervis*), mientras que Justiniano, si bien las incluye entre los animales con *animus revertendi*, sostiene expresamente que son de naturaleza fiera (2.1.15: *nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam*). Parece que, con ello, Justiniano quiso seguir una opinión conciliatoria, sosteniendo que, aunque las abejas son de naturaleza salvaje, tienen en ciertos casos los caracteres de las amansados. Los jurisconsultos clásicos disputaron sobre la consideración de las abejas, como se desprende, sobre todo, de un texto de la *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio*:

12.7.10: Item Celsus libro XXVII digestorum scribit: si, cum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, quosdam negare competere legis Aquiliae actionem, inter quos et Proculum, quasi apes domini mei non fuerint. Sed id falsum esse Celsus ait, cum apes revenire soleant et fructui mihi sint. Sed Proculus eo movetur, quod nec mansuetae nec ita clausae fuerint. Ipse autem Celsus ait nihil inter has et columbas interesse, quae, si manum refugiunt, domi tamen fugiunt.

Próculo, entre otros juristas, consideraba, por tanto, a las abejas *ferae* y sostenía que con su fuga volvían a ser *res nullius* y apropiables por cualquiera, pero Celso seguía la opinión contraria, estimando que eran *mansuetae*, ya que tenían el *animus revertendi*. La opinión que prevaleció debió de ser la de Celso, que fué seguida por Pomponio, Paulo y Ulpiano ¹⁹.

En conclusión, animales fieros *stricto sensu* son solamente aquellos que gozan de libertad natural y no conservan la huella de la posesión humana ni el *animus* que a ella les lleve. Estos animales son ocupables en cualquier lugar en que se encuentren; pero, una vez ocupados, pasan a ser propiedad exclusiva del cazador ²⁰. Si están encerrados en un recinto y a la inmediata disponibilidad de quien los posee no dejan de ser salvajes, aunque ya no sean ocupables por estar aprisionados; la apropiación

19. Paulo (D. 41.2.3.16), Ulpiano (D. 9.2.27.12; 10.2.8.1). Las Partidas de Alfonso X consideraban a las abejas como salvajes, siguiendo muy de cerca otra decisión de Paulo (D. 47.2.26; recogido *infra*). La Partida 3.28.22 dispone, en efecto: *Abejas son como cosas salvajes. E porende dezimos, que si enxambre dellos passar en árbol de algund ome, que non puede dezir que son suyas, fasta que las encierre en colmena, o en otra cosa: bien assi como non puede dezir que son suyas las aves que possassen y, fasta que las prisiessen. Esso mismo dezimos que seria de los panales, que las abejas fiziessen en arbol alguno; que non los due tener por suyos, en quanto estouiessen y, fasta que los tome ende, e los lieue. e si acacziessen, que viniessen otro alguno, e los leuasse ende, serian suyos; fueras ende, si estouisse el delante quando los quisiessen leuar, e gelo defendiessen. Otrosi dezimos, que si el enxambre de las abejas volkase de las coimenas de alguno ome, e se fuere; si el señor dellas las perdiere de vista, o fueren tan alongadas del, que las non pueda prender, nin seguir; pierde porende el señorío que auia sobre ellas, e ganalas quien quier que las prendo, e las encierre primeramente.*

20. La única excepción a esta regla fué la caza del león, que desde la época de Honorio fué reservada al emperador, según una disposición del año 414, recogida en el *Codex Theodosianus*, 15.11.1: *Imp. Honorius et Theodosius AA Mauriano comiti domesticorum et vices agenti magistri militum: Occidendorum leonum cunctis facimus potestatem, neque aliquando sinimus quemquam calumniam formidare, cum et salus nostrorum provincialium voluptati nostrae necessario praepnatur et haec ipsa propria voluptas intercludi minime videatur, quandoquidem occidendi feras, non venandi venundandique licentiam dederimus. Occidendi igitur memoratas feras, et ducibus et officiis eorum conventis, cunctis licentia tribuatur.*



ción que un tercero hiciera de estos animales apresados sería una verdadera *contractatio rei alienae* o hurto.

En los animales salvajes rige, pues, el criterio de la libertad natural como requisito para su ocupación; pero se plantea el problema de cuándo se entienden privados de su natural libertad y sujetos a la potestad dominical. No hay duda alguna en el caso de las fieras encerradas en jaulas o viveros (*vivariis inclusae*), pero sí puede dudarse con respecto a aquellas que vagan *in silvis circumseptis*, ya que los animales en estas selvas cercadas no pierden su natural libertad, pero tampoco están fuera de la disponibilidad del hombre que los mantiene libres en espacios amplios. Veamos las decisiones de Paulo al respecto:

l. 54. *ad edictum* (D. 41.2.3.14.-15). Item feras bestias, quas vivariis includerimus, et pisces, quos in piscinas colecerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sint, aut feras, quae in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri, quoniam relictae sint in libertate naturali: alioquin etiam si quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est. Aves autem possidemus, quas inclusas habemus, aut si quae mansuetae factae custodiae nostrae subiectae sunt.

La distinción que Paulo hace es clara y no deja lugar a dudas ²¹: las *ferae bestiae* encerradas en los viveros están en nuestra posesión, pero no las que vagan *in silvis circumseptis*, que permanecen en libertad natural, ya que si se considerase lo contrario el que comprase una selva compraría los animales incluidos en ella, lo cual es falso. Este texto nos es particularmente útil para interpretar en su debido alcance las referencias de Varrón y Columela a la existencia de grandes parques destinados a la cría de animales en la época republicana y comienzos del imperio ²². La calificación de *vivaria* dada por estos au-

²¹ Se sostuvo por algunos autores antiguos, Hotomann, Gothofredo y Noodt, que en lugar de *in silvis circumseptis* debía leerse *in silvis non circumseptis* y que el error provendría de algún copista o del mismo Tribonianó. Noodt consideraba esta infundada opinión como infalible y decía: *sed, quod multa eorum voce dixerim, qui sic sentiunt, errant toto coelo*. Contra esta absurda conjetura, vid. LANDUCCI, *Il. d. di proprietà e il d. di caccia* cit., p. 340.

²² Varrón. *De re rust.*, 3.12; Columela. *De re rust.*, 9.1; Plinio, *Hist. Nat.*, 7.78. En el siglo III aparecieron los primeros *leporaria*, men-

tores demuestra suficientemente el carácter y destino de estos parques y excluye el que se tratase de reservas de caza.

El criterio decisivo en la ocupación de los animales salvajes es, por tanto, el que no se encuentren en una relación tan inmediata con el hombre que pueda decirse han perdido su libertad natural. Los textos plantean también la cuestión de determinar cuándo el animal salvaje se considera sale de nuestra inmediata disponibilidad y puede ser nuevamente objeto de caza. Para Gayo el animal vuelve a ser libre, y por ende ocupable, cuando escapa de nuestra vista, o cuando viéndolo, resulta difícil su persecución (2.67). Distinta solución es la que da Ulpiano, al tratar del daño que causan los animales:

1. 18. *ad edictum* (D. 9.1.1.10): In bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet: et ideo si ursus fugit et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit: et ideo si eum occidi, meum corpus est.

Para Ulpiano, tratándose de fieras, no tiene lugar la *actio de pauperie* contra su propietario, que no podrá ser demandado por el daño que causó un oso después de escaparse, ya que entonces no tiene dueño y si lo mato es mío el cuerpo. Para li-

cionados por Varrón, con una superficie limitada a algunos centenares de metros cuadrados. Más tarde estos parques aumentan de extensión, y Varrón, faltando el término *vivarium*, que la lengua no conocía todavía, continúa usando el término *leporarium*, pero consideraba esta expresión inexacta, ya que habla de parques de 40 yugadas, como el de Lupinus, en Etruria, o el de Pompeyus, en la Galia; según la referencia de Plinio, Lucullus y Hortensius siguieron este ejemplo, destinando también a los animales grandes parques. Columela describe minuciosamente estos *vivaria* del último siglo de la República y de comienzos del Imperio, mencionando los diferentes modos empleados para cercarlos, como muros de piedra, de arena o de tierra, etc., según la riqueza del propietario y la extensión del terreno. Al cuidado de estos parques estaba un *custos vivarii*, experto en la cría y guarda de los animales. Aparte de la utilidad económica de estos viveros, se organizaban en ellos espectáculos para recreo del propietario y de sus invitados; en los dominios de Varrón en Tuscolo, llamados al son del cuerno, ciervos y jabalíes se reunían en una terraza, donde se les alimentaba; espectáculos particularmente suntuosos se daban en la propiedad de Hortensius. Vid. AYMARD, *Essai sur les chasses romaines* cit., p. 68 ss.

berar al dueño del daño causado por el animal fiero que huye, se llega a la consecuencia de que el animal deja de ser suyo en el momento que se escapa. Aparte de esta solución, que viene impuesta por el particular supuesto de que se trata, la decisión de Gayo es la más justa y la que predomina.

B) *Animales amansados o domesticados* («mansuetæ o mansuefactæ»).—Son aquellos que, conservando su libertad natural que los distingue de los domésticos, están bajo la potestad del hombre aunque no de un modo constante, ya que salen a veces de ella; pero conservan el instinto de volver (*animus* o *consuetudo revertendi*)²³. En los textos examinados se afirma que estos animales no son ocupables mientras conservan el hábito de volver a un determinado inmueble, porque entonces pertenecen al dueño de éste, pero en cuanto pierden el *animus revertendi* vuelven a ser *res nullius* y ocupables por cualquiera. Este criterio, sin embargo, nos parece más teórico que práctico, y podía dar lugar a dudas y dificultades para decidir sobre la propiedad del animal capturado lejos del fundo al que tenía el instinto de volver. En los casos de que tratan los textos del ciervo que va y viene de la selva, de los pavos y de las palomas que se alejan volando y vuelven, podía suceder que un cazador se apropiase de estos animales, que no se distinguen de los salvajes cuando están en el campo y han salido del poder de su dueño, obrando de buena fe, y aquél no podría ser acusado de hurto por el propietario al no existir *animus: lucrificiendi*. Los jurisconsultos se plantearon este problema, tratando de las abejas, sobre las que, como dijimos, discutían cómo debían considerarse precisamente por esta dificultad práctica. Gayo, en los frag-

23. Los autores no están de acuerdo sobre las características de esta clase de animales. Para SCIALOJA (*Teoria della proprietà nel d. romano*; Roma, 1928, vol. II, p. 30) son aquellos que por su naturaleza no son domésticos, pero están domesticados, diferenciándose de los domésticos en que tienden a romper su relación con el hombre. BONFANTE (*La Proprietà* cit., Sez. 2.^a, p. 57), más en conformidad con el concepto romano, sostiene que estos animales tienen su característica esencial en su natural fiereza junto con el hábito de tornar al propietario. LANDUCCI (v. *caccia* en *Enciclopedia Giuridica Italiana*) dice que estos animales forman una categoría intermedia, ya que siendo salvajes de por sí han sido reducidos a la convivencia por el hombre.

mentos que se le atribuyen en el Digesto (D. 41.1.5.3), decidida: *Favos quoque si quos hae fecerint sine furto quilibet possidere potest*, y éste debió ser el criterio clásico—Justiniano lo redacta de otra manera en sus Instituciones (2.1.14: *quilibet eximere potest*)—, que es aún más explícito en las decisiones de Paulo:

1. 9 *ad Sabinum* (D. 47.2.26): *Si apes ferae in arbore fundi tui apes fecerint, si quis eas vel favum abstulerit, eum non teneri tibi furti, quia non fuerint tuae: easque constat captarum terra mari caelo numero esse.*

De otra parte, Paulo consideraba a las abejas como *mansuetae*:

1. 54 *ad edictum* (D.41.2.3.16): *Quidam recte putant columbas quoque, quae ab aedificiis nostri volant, item apes, quae ex alveis nostris evolant et secundum consuetudinem redeunt, a nobis possideri.*

La solución adoptada por Paulo parece fué la de que las abejas, si bien pueden considerarse *mansuetae* cuando salen y vuelven a nuestras colmenas, pueden ser apropiadas por cualquiera, así como sus panales, cuando se trata de abejas salvajes que eventualmente se encuentran en un determinado fundo. Pero el criterio del jurista, que manifiesta con respecto al *pecus*²⁴, es que todo animal, una vez que ha salido de nuestro poder ya no nos pertenece; y éste pudo ser también el criterio a aplicar en el caso de los animales *mansuetae*. Una solución muy curiosa a este problema daba Teófilo en sus lecciones, cuando decía que, no pudiendo conocerse el ánimo de los animales, era necesario interpretarlo mediante la *consuetudo revertendi* en relación con el tiempo en que el retorno del animal se efectuaba²⁵. La aplicación de este criterio en la prác-

24. Paulo, 1.54 *ad edictum* (D. 41.2.3.13): *Nam pecus simul atque aberraverit aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur: dissimiliter atque si sub custodia mea sit nec inveniatur, quia praesentia eius sic et tantum cessat interim diligens inquisitio.*

25. Ponía Teófilo el siguiente ejemplo práctico: «Yo tengo una cierva que acostumbra a retozar en la selva y a volver al día siguiente o, todo lo más tarde, dentro de los tres días siguientes; si en este tiempo en que ella acostumbra a volver es capturada por alguien, tendré contra el ca-

tica daría lugar a las mismas dificultades que ya señalábamos al tratar de los textos que se refieren a estos animales. Podemos concluir que, en definitiva, los animales amansados, capturados fuera de sus viveros por un tercero que obre de buena fe, serían propiedad de éste; y sólo cabría, por analogía con la solución que da Ulpiano citando a Pomponio (D. 41.1.44), que el propietario obligase al cazador a exhibir el animal, y si lograba probar que era suyo lo reivindicase. La dificultad mayor, sin embargo, sería probar el *animus revertendi* del animal.

C) *Animales domésticos*.—Son aquellos animales, como dice Scialoja, que están normalmente en la propiedad del hombre que lo tiene consigo por su utilidad o por simple deleite²⁶. Estos animales se consideran propiedad de su dueño, aun cuando estén fuera de su ámbito de disposición, siempre que puedan ser recuperados, y cualquiera que se los apropiase cometería hurto. A este respecto es interesante considerar la larga decisión que Ulpiano atribuye a Pomponio:

1. 19 *ad edictum* (D. 41.1.44): Pomponius tractat: cum pastori meo lupi porcos eriperent, hos vicinae villae colonus cum robustis canibus et fortibus, quos pecoris sui gratia pascebat, consecutus lupis eripuit aut canes extorsērunt: et cum pastor meus peteret porcos, quarebatur, utrum eius facti sint porci, qui eripuit, an nostri maneant: nam genere quodam venandi id erant nacti. Cogitabat tamen, quemadmodum terra marique capta, cum in suam naturalem laxitatem pervenerant, desinerent eorum esse qui ceperunt, ita ex bonis quoque nostris capta a bestiis marinis et terrestribus desinant nostra esse, cum effugerunt bestiae nostram persecutionem. Quis denique manere nostrum dicit, quod avis transvolans ex area aut ex agro nostro transtulit aut quod nobis eripuit? Si igitur desinit, si fuerit ore bestiae liberatum, occupantis erit, quemadmodum piscis vel aper vel avis, qui potestatem nostram evasit, si ab alio capiatur, ipsius fit. Sed putat potius nostrum manere tamdiu, quamdiu recipiari possit: licet in avibus et piscibus et feris verum sit quod scribit: Idem ait, etsi naufragio quis amissum sit, non statim

zador la acción real por vulneración de mi derecho de propiedad, pero si es capturada al cuarto día no tendré ya acción contra él.» *Institut. graeca paraphasis Theofilo vulgo tributa* (ed. FERRINI), 2.1.15.

26. SCIALOJA, *Teoria della proprietà* cit.: II, p. 31.

nostrum esse desinere: demque quadruplo teneri eum qui rapuit. Et sane melius est dicere et quod a lupo eripitur, nostrum manere, quamdiu recipi possit id quod ereptum est. Si igitur manet, ego arbitror etiam furti competere actionem: licet enim non animo furandi fuerit colonus persecutus, quamvis et hoc animo potuerit esse, sed et si non hoc animo persecutus sit, tamen cum reposcenti non reddit, suppressere et intercipere videtur. Quare et furti et ad exhibendum teneri eum arbitror et vindicari exhibitos ab eo porcos posse.

En la cuestión propuesta de los lobos que se llevaron a los puercos de un pastor y que habían sido recuperados por un colono vecino, Pomponio distinguía el momento en que podía considerarse cesaban los cerdos de ser de su amo, al ser arrebatados por los lobos, y el posible derecho de caza del vecino que hacía los cerdos suyos. No obstante estas consideraciones, la condición doméstica de los animales decidía el criterio a aplicar de la excepción a la libre ocupación de todos los animales cuando han salido de la propiedad privada, y Pomponio decidía que estos animales seguían siendo de su amo mientras pudieran ser recuperados. Ulpiano añade que compete la acción de hurto si el colono vecino, que está obligado a exhibir los cerdos para que puedan ser reivindicados, no los restituye, ya que entonces se considera que hurta, puesto que los puercos han permanecido en la propiedad de su amo mientras podían ser recuperados.

En esta clase de animales domésticos merecen una especial consideración los animales de tiro y carga (*quae collo dorsove domantur*), ya que son valorados especialmente por los juristas al incluirlos entre las *res Mancipi*:

Gayo, 1. 120. Eo modo et serviles et liberae personae Mancipantur; animalia quoque quae Mancipi sunt, quo in numero habentur boves, equi, muli, asini...

Id. 2. 15: ...Sed quod diximus..... Mancipi esse..... statim ut nata sunt Mancipi esse putant; Nerva vero et Proculus et veteri diversae scholae auctores non aliter ea Mancipi esse putant, quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri Mancipi esse incipere, cum ad aetatem pervenerint, qua domari solent. 16: *Item* ferae bestiae nec Mancipi sunt velut ursi, leones, item ea animalia quae fere bestiarum numero sunt, veluti elephantum et camelum; et ideo ad rem non pertinet, quod haec animalia etiam collo dorsove domari solent; nam ne *nomen* quidem eorum animalium illo tempore

⟨*notum*⟩ fuit, quo constituebatur quasdam res mancipi esse, quasdam nec mancipi.

Ulpiano, 19. 1: Omnes res aut mancipi sunt aut nec mancipii. Mancipii res sunt praedia in Italico solo, *tam* rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item iura praediorum rusticorum, velut via iter actus aquaeductus; item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves muli equi asini. Ceterae res nec mancipii sunt. Elefanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipii sunt, quoniam bestiarum numero sunt.

En la regulación clásica sólo son *res mancipi*, por tanto, los animales de tiro y carga, respondiendo seguramente esta concepción a un criterio de valoración agrícola o bélica ²⁷. Se consideran en esta categoría los animales que pueden ser objeto de doma o que por su nacimiento en estado de domesticidad no necesitan de ella. Sobre el requisito de la doma, parece, según las referencias de Gayo, que existió una controversia doctrinal entre sabinianos y proculeyanos, ya que mientras los primeros opinaban que estos animales se consideran *mancipi* desde el momento de su nacimiento, los segundos sostenían que sólo pertenecían a esta categoría cuando habían sido domados o, al menos, si la doma no era posible, cuando tuvieran la edad en que solían ser domados. Los animales salvajes, en cambio, claramente se consideran como *res nec mancipi*; pero con respecto a los elefantes y a los camellos, Gayo decía que eran considerados en otro tiempo tanto *res mancipi* como *nec mancipi*. Estas referencias de Gayo y otras de Varrón parecen demostrar que esta clasificación con respecto a los animales se formuló en época clásica, y que en un período anterior la consideración de los animales como objeto de propiedad humana y de utilidad social se extendía también a los animales salvajes ²⁸.

27. DE VISSCHER (*Mancipium et res mancipi*, en *Nouvelles études de d. romain public et privé*, Milán, 1949, p. 199 ss.) se pronuncia en contra del fundamento de la distinción en la valoración agrícola, ya que existieron animales *res mancipi* que no fueron jamás instrumentos de trabajo agrícola.

28. Para DE VISSCHER, *ibidem*, es decisiva la conjetura de Voigt de que los animales de tiro y carga no habían sido *res mancipi* hasta el final de la época republicana, fundamentando el origen de la distinción en la potestad de mando del *mancipium*. Sobre el oscuro problema de esta dis-

En resumen, de toda esta clasificación general de los animales que se encuentra en las fuentes romanas, y que ha sido mantenida tradicionalmente²⁹, podemos deducir las siguientes conclusiones: a), ante todo, para los romanos el criterio distintivo esencial consiste en la naturaleza fiera o no fiera de los animales, distinguiéndose entre los de naturaleza fiera las *ferae bestiae*—que hemos denominado fieros en sentido estricto—, de los que, aun siendo también fieros, tienen el *animus revertendi*; b), en cuanto a la ocupación de los animales, la distinción fundamental es la de que gocen de *naturalis libertas*, o, por el contrario, permanezcan *sub custodia*. Para que un animal se considere de propiedad privada es necesario que permanezca *sub custodia* en tal manera que haya perdido su libertad natural; no otra cosa indica la distinción entre *vivaria* y *silva circumsepta* y la decisión de Paulo de que sólo los animales cautivos *in vivariis* pueden considerarse de propiedad privada; c), en los animales domésticos, sometidos de una manera constante al hombre, se distinguen los animales *quae collo dorsove doman-*

tación, en cuanto a los animales y su consideración originaria, vid. BONFANTE, *Scritti giuridici vari*, vol. II, Torino, 1926, que hace un resumen en p. 112 de las principales teorías; BAVIERA, *RiSG*, 27, p. 177 ss.; COSSIO, *Introducción a la teoría del patrimonio en Roma: «res Mancipi» y «nec Mancipi»*, *Anales de la Univ. de Valladolid*, 20 (1934), 46, ss.; HERNÁNDEZ TEJERO, *La propiedad primitiva de la res nec Mancipi*, *AHDE*, 16 (1945), 290 ss.

29. En la Partida 3.^a, 28, el rey sabio siguió el criterio romano; ley 17: *Bestias saluajes, e las aues, e los pescados de la mar, e de los rios quien quier que los prenda, son suyos luego que los ha presos*; ley 19: *(Como pierde ome el señorío que ha en las aues, e en las bestias saluajes): Pierden los omes el señorío que auian ganado en las aues, e en las bestias saluajes, e en los pescados, en la manera que diximos en la tercera ley ante desta, luego que solen de su poder, e tornan al primero estado en que eran ante que las prisiessen: e aun pierden el señorío, quando fuyen, e se les aluengan tanto, que las non pueden ver: e que las vean estando ellos tan alongados dellas, que a duro las podrian prender. E en cada uno de estos casos gana el señorío dellas quien quier que las prenda primeramente.* —

La Ley de caza de 16 de mayo de 1902 sigue fielmente el criterio romano en la clasificación de los animales. El artículo 1.º dispone: *Los animales para los efectos de esta ley se dividen en tres clases: 1.ª, los fieros o saluajes; 2.ª, los amansados o domesticados; 3.ª, los mansos o domésticos.* Vid. artículos 2 al 5.

tur, considerados como *res mancipi*, de todos los demás animales que se consideran *res nec mancipi*.

2. En relación con la ocupación de los animales salvajes, se planteó la cuestión de determinar en qué momento se adquiere la propiedad sobre el animal objeto de la caza. Los jurisconsultos discutieron si era bastante el herir al animal y perseguirlo de cerca para que pudiera considerarse nuestro, o si, por el contrario, debía considerarse también necesaria la efectiva aprehensión. Esta cuestión de la toma de posesión se reduce, en definitiva, a determinar si era necesaria en la caza la concurrencia de los dos elementos espiritual y material que distinguíamos en la ocupación: el *animus* exteriorizado en la persecución o en el hecho de herir al animal y el *corpus* o efectiva aprehensión. Veamos la solución que dan los textos:

Ps.-Gayo, 1. 2. *rer. cott, sirve aureor.* (D. 41.1.5.1):

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 ceperis eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commisisse. Plebique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est.

Instit., 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.

Justiniano acoge, pues, la decisión de Gayo, que seguía la opinión de la escuela sabiniana, pronunciándose contra el parecer de Trebacio, que sostenía que la fiera herida era propiedad del cazador con tal que no desistiese de seguirla, y si durante la persecución alguno se la apropiase cometería hurto. Gayo ar-

gumenta que la fiera no es nuestra mientras no la cojamos, ya que hasta ese momento muchas cosas pueden ocurrir, argumento que hace suyo Justiniano. Puede observarse cómo Gayo, que, para la ocupación de los animales, sigue el criterio de la efectiva aprehensión, para que cese la propiedad sobre ellos sigue el criterio contrario, ya que afirma que para que el animal capturado se considere ha recobrado su natural libertad, y sea de nuevo ocupable, es necesario que se pierda de vista o que sea muy difícil su persecución (2.67).

Los autores se plantean el problema de cuál de las dos soluciones, la de Trebacio o la seguida por Gayo, sea la más justa ³⁰. Si la opinión sabiniana, que acoge Justiniano, era lógica en términos generales, podría llegar a soluciones injustas en determinados supuestos. En efecto, muchas cosas podían ocurrir durante la persecución del animal, y es lógico que, si escapaba del cazador, poniéndose fuera de su alcance, aunque estuviera herida por él, no se considerase suya; pero piénsese en el caso en que la fiera estuviese herida de muerte y, estando próxima a caer en las manos del cazador que la perseguía, fuera a caer en manos de otro que, estando más cerca, la cogiese. La solución de Trebacio era, por tanto, la más justa en este supuesto. Por otra parte, de otras decisiones jurisprudenciales puede deducirse la decisiva influencia del elemento espiritual o *animus* en la ocupación del animal salvaje, siempre que de cual-

30. Para LONGO (*Corso di d. romano: La proprietà e i suoi modi di acquisto*, Milano, 1946, p. 90) la solución adoptada por Justiniano es lógica y justa y ello es evidente porque no se puede admitir la propiedad sobre una cosa de incierta adquisición. BONFANTE y SCIALOJA se mostraron conformes, en cambio, con la solución de Trebacio. Para BONFANTE (*La Proprietà* cit. Sez. 2.^a, p. 57) la aprehensión hecha por otro en el tiempo intermedio ofende nuestra conciencia, y si verdaderamente se lesiona el derecho de caza de otro puede ser legítimo el recurso a la *actio iniuriarum*. SCIALOJA (*Teoria della proprietà* cit. II, p. 30 s.) expone con más claridad aún la cuestión: «Durante la persecución, el animal no es propiedad del cazador que lo ha herido ¿Pero qué defensa tiene éste contra el tercero que se lo ha apropiado en su lugar? De hurto no puede hablarse, porque no se trata de posesión ni de propiedad: la cosa durante la persecución continúa siendo *res nullus*; pero como el acto del tercero constituye una violación del respeto debido a cualquier persona, el cazador estará protegido por un *actio iniuriarum*.»

quier manera se exteriorice, aunque no concurra el *corpus* o efectiva aprehensión. Aun cuando el *animus* no baste para la definitiva adquisición de la propiedad, su existencia es suficiente para iniciar un principio de adquisición; el animal no es aún propiedad del cazador que lo persigue, pero mientras continúe la persecución tampoco es *res nullius* ni, por consiguiente, ocupable. Es indudable, en efecto, el carácter lesivo del acto de aquel que se apropia de la fiera herida y perseguida por el cazador y éste podrá ejercitar la *actio iniuriarum*, como se deduce de una decisión de Ulpiano (D. 47.10.13.7), en cuanto expresa que la acción de injurias puede ejercitarse contra el que nos impida el libre ejercicio de la caza o de la pesca. Además, no siempre es necesaria la efectiva aprehensión, ni siquiera la relación inmediata que se establece entre el cazador y el animal con la persecución; es suficiente, a veces, con que, de cualquier manera, se exteriorice el *animus* del ocupante, que no es necesario sea un *animus* concreto sobre la ocupación de un determinado animal sino que basta sea un *animus* general de apropiación de cualquier animal, como ocurre en los casos en que la caza se realiza por medio de lazos o trampas. A estos supuestos se refiere una resolución de Próculo (D. 41.1.55), que sostenía que el jabalí cazado en un lazo puesto por Ticio será de Ticio, mientras esté cautivo en él, y si fué liberado por Cayo dejará de pertenecer a Ticio; pero éste podrá ejercitar contra aquél una *actio in factum*³¹. Por el mero hecho de la disposición del lazo y de la existencia de un *animus* general de ocupar se entiende, pues, realizada la ocupación, y todo acto lesivo de ella se considera como una ofensa a la propiedad del ocupante³².

31. SCIALOJA, *ibidem*, sostiene que esta *actio in factum* implica sólo una ofensa a la propiedad, ya que de hurto no puede hablarse por faltar el *animus lucrificiendi*. En este mismo sentido de que no puede existir hurto sin el *animus lucrificiendi* VOGL, *Modi di acquisto* cit., p. 14.

32. A propósito de esta cuestión se suscitó una viva polémica entre los glosadores; en la curiosa glosa a *meam potestatem* se recogen las diversas opiniones de Martino, Búlgaro, Rogerio, Hugo y Azón. Es famoso el episodio de Búlgaro que sostenía que el animal no solamente debía haber caído en la trampa para que se considerase del cazador, sino que de-

En resumen, podemos deducir de los textos, en cuanto a la ocupación de los animales, tres clases de aprehensión: *a*), aprehensión inmediata, real y efectiva del animal cazado (tesis sabiniana acogida por Justiniano); *b*), aprehensión por relación inmediata, caracterizada por la exteriorización del *animus* en la persecución y herida del animal (tesis de Trebacio), y *c*), aprehensión mediata, caracterizada por la captura del animal en un artificio preparado de antemano, con la concurrencia de un ánimo general y abstracto de ocupación (tesis de Próculo)³³.

ba ser efectivamente cogido por éste. Se cuenta que un día, cabalgando en compañía de un discípulo, encontraron un jabalí en una trampa y que este, aplicando las ideas del maestro, quiso cogerlo, pero Búrgaro se opuso diciendo: «*Non muto opinione, sed nolo quod accipias aprum, non quia timeam iudicium futurum, sed scandala vel verba.*» Cita de LANDUCCI, v. *caccia*, en «Enciclopedia giur. italiana».

33. Muestra de la supervivencia de estos criterios en la toma de posesión de los animales es que, con posterioridad, en el Derecho feudal de Occidente se acoge la solución trebaciiana, mientras que la justiniana, como decía Odobredo, continuó siendo observada en las regiones bizantinas. En el Derecho longobardo, Rotario, considerando la ocupación como una institución romana de derecho natural, establecía que por veinticuatro horas el animal salvaje debería ser reservado al que lo hubiese sacado del cubil con sus perros, herido o apresado en su lazo, y sólo después de este tiempo, si se hubiese renunciado a la persecución, podría ser cogido por otro sin obligación de restituir ni acusación de hurto. Otro criterio introducido por la ley Sállica era que no bastaba la persecución, sino que era necesario perseguirlo hasta cansarlo, de modo que se agotasen sus fuerzas y fuera muy fácil el cogerlo, o también si había sido descubierto, perseguido o rodeado por los perros. Las *Exceptiones Petri* atribuían al cazador un derecho sobre la fiera que fuera al menos perseguida por él, y el tercero que la ocupase o matase debería indemnizar al propietario. Vid LANDUCCI, v. *caccia*, en «Enciclopedia giur. italiana», p. 55 ss.; BESTA, *Il diritto sulle cose nella storia del d. italiano* (Padua, 1933), p. 148 y ss., y BARASSI, *Proprietà e comproprietà* (Milano, 1951), p. 214.

En las Partidas se acoge la solución sabiniana y de Justiniano con todas sus consecuencias (3.28.21): *Cuyo deve ser el venado que va ferido, e vienen otros, e prendenlo: Van los caçadores en pos del venado que han ferido, seguiendolo, e vienen otros, e prenderlo: e porque podría acontecer contienda, quales dellos averían tal venado como este, dezimos, que deve ser de aquellos que lo prisiéren primeramente: ca maguer ellos o trayan ferido,*

3. De las decisiones jurisprudenciales examinadas se desprende la existencia de un derecho a la apropiación de los animales salvajes y libres en todo lugar, que viene confirmada por otros textos que se refieren explícitamente al principio de la libertad de caza.

Veamos, en primer lugar, la decisión de Próculo ya citada:

1. 2 *epistolarum* (D. 41.1.55): In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit: cum eo haereret, exemptum eum abstuli: num tibi videor tuum aprum abstulisse? Et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvan dimissem, eo casu tuus esse desisset an maneret? Et quam actionem mecum haberes, si desisset tuus esse, num in factum dari oporteret, quaero. Respondit: laqueum videamus ne intersit in publico an in privato posuerim et, si in privato posui, utrum in meo an in alieno, et, si in alieno, utrum permissu eius cuius fundus erat an non permissu eius posuerim: praeterea utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. Summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. Sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses et eo facto meus esse desisset, actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eicisset.

Próculo, para decidir sobre la propiedad del jabalí cazado en el lazo, afirmaba: «veamos si no debe distinguirse si el lazo se puso en lugar público o privado y, si en lugar privado, en te-

non es aun en su poder, e podría acaecer muchas cosas, por que non lo aurian: esso mismo dezimos que seria, si algund ome ouiesse parado lazos, o cepto, o fecho algunas foyas, o parado, otro armadijo, en que cayesse algund venado; que quien quier que venga primeramente e le fallare, e lo prisiere, que deve ser suyo: e esto es segund derecho, como quier que en algunos lugares usen el contrario.

El Código civil dispone, en el artículo 610: «Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y de la pesca.» Del derecho de persecución o seguimiento tratan los artículos 612 y 613, en los supuestos especiales del enjambre de abejas y de los animales amansados el primero, y de las palomas, conejos y peces, el segundo. Idénticas soluciones se encuentran en los artículos 924 a 926 del Código civil italiano, que DI MARZO (*Le basi romanistiche del codice civile*, Torino, 1950) comparó con las soluciones de los textos romanos.

reno mío o de otro y, si en el de otro, con o, sin permiso de éste; además, es preciso determinar si el jabalí ha sido capturado en el lazo en manera que no pudiese huir o si luchando podría escaparse; pero el resultado juzgo que será éste: que si ha caído en mi poder es mío y si ha sido liberado ha dejado de ser mío; pero se podrá dar contra el que lo liberó una *actio in factum*, como se respondió en el caso de aquel que había arrojado de una nave una copa de otro». El jurisconsulto, por tanto, considera de poca importancia el hecho de estar colocado el lazo en lugar público o privado, de propiedad propia o ajena; el resultado siempre es el mismo, cualquiera sea el lugar; todo se reduce a determinar si se ha dado el requisito de la efectiva aprehensión del animal en la trampa, ya que las otras circunstancias mencionadas no tienen ningún valor a los fines de la adquisición de la propiedad³⁴. Por la particularidad de detalles, es probable fuera un jurista el que dirigió a Próculo esta demanda.

Algunos autores han sostenido que este texto ha sido modificado por obra de los compiladores³⁵; pero aunque pudo ser acertado por ellos, no hay ningún motivo para suponer modificada la decisión del jurista, que se pronuncia por la libertad de caza en todo lugar. Del texto se desprende, en efecto, que Próculo reconoce el derecho de toda persona a cazar, incluso poniendo lazos en terreno ajeno, ya que a los efectos de la

34. LANDUCCI (v. *caccia*, en «Enciclopedia giur. italiana», p. 18), considera esta decisión de Próculo desde el punto de vista jurídico una *debole decisione*, sosteniendo que las circunstancias examinadas por el jurista eran más que suficientes para decidir sobre la propiedad del animal. Sin embargo, el jurisconsulto no da algún valor a estas circunstancias y decide con gran rigor lógico, de acuerdo con la cuestión propuesta. Tampoco nos parece deba acogerse la opinión de LOMBARDI (*Libertà di caccia* cit. p. 306, n. 4) de que ningún elemento específico deba deducirse de este texto, ya que el jurista decide claramente que, aun habiendo colocado el lazo en lugar privado y ajeno, el resultado siempre es el mismo respecto a la adquisición de la presa.

35. Vid. *Index Interpolationum*. SCHÜTZE proponía en lugar de *porculum* la variante *porculum*, pero nos parece con SCIALOJA innecesaria esta corrección. LOMBARDI, *ibidem*, aun no excluyendo la posibilidad de alteración, se muestra contrario a ella.

apropiación del animal ninguna importancia tiene para el jurista que sea capturado en un fundo ajeno ³⁶.

Ulpiano, de otra parte, afirma de manera indudable la libertad de caza, como secuela de un derecho natural humano a la caza, protegida por el derecho objetivo:

1. 57 *ad edictum* (D. 47.10.13.7): Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum... ducere, an iniuriarum iudicio possim eum conveniri?... Si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? Me iniuriarum iudicio teneri an non? Et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissimo rescriptum non posse quem piscari prohiberi: sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest.

El texto, que consideramos substancialmente genuino, presenta una limitación a la libertad de caza en su parte final, de la que después nos ocuparemos ³⁷. Sin embargo, el jurista, reconociendo la concepción de la caza como un *ius hominis* originario, afirma, ante todo, que a nadie puede prohibírsele pescar ni cazar aves, ya que todo el mar, el litoral y el aire es común a todos, y si alguno impide u obstaculiza esta facultad humana podrá ejercitarse contra él la acción de injurias. El jurista hace referencia, probablemente, a un rescripto de Antonino Pío, del que nos da noticia Marciano:

1. 3 *institutionum* (D. 1.8.4. pr.): Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis et aedificiis et monumentis abstinenceatur, quia non sunt iuris gentium sicut et mare: idque et divus Pius piscatoribus Formianis et Capenatis rescripsit.

La consecuencia más importante de la decisión de Ulpiano, que nos interesa destacar, es que el cazador está protegido contra todo el que le impida cazar, salvo el derecho del propietario a prohibir la entrada en su fundo, por la *actio iniuriarum*.

36. Otros textos de Paulo (D. 9.2.28) y de Ulpiano (D. 9.2.29) tratan de la responsabilidad de los que hacen fosas o zanjas para cazar en caminos si una persona o un animal doméstico cayera en ellos; de ellos también puede deducirse indirectamente la libertad de caza en todo lugar. Ha estudiado estos textos, desde el punto de vista de la responsabilidad, ARANGIO RUIZ, *Responsabilità contractuale in d. romano* (Napoli, 1933) p. 231.

37. Vid. *infra*, § 6.

Concluyendo, los juristas afirman la libertad de caza en todo lugar, sosteniendo que el cazador hace suyos los animales salvajes en cualquier lugar los capture, ya que la circunstancia de cazar en lugar ajeno o la eventual prohibición del propietario del fundo no tiene ningún efecto respecto a la adquisición de la propiedad sobre el animal.

III. PROPIEDAD FUNDIARIA Y LIBERTAD DE CAZA

- 4. Para llegar a unas conclusiones sobre el difícil problema, que se plantea en los textos, de la contraposición entre el derecho del cazador a ocupar los animales salvajes y libres en todo lugar y el derecho del propietario del fundo a prohibir la entrada en el de extraños, nos parece necesario examinar en sus líneas generales la evolución de la propiedad fundiaria en Roma que nos permita determinar en qué época y circunstancias se consideró el derecho de propiedad del propietario sobre su fundo como facultad prevalente al ejercicio de la caza³⁸.

Como observación previa, es necesario tener en cuenta que en el ámbito amplísimo del derecho de propiedad, como decía Scialoja³⁹, se han producido profundas mutaciones y cambios, que operan con distinta intensidad en los diversos períodos de la historia romana, pudiéndose afirmar que si los progresos y tendencias actúan, a veces, en forma decisiva, las supervivencias son muestras evidentes de una evolución progresiva.

En cuanto al régimen de la propiedad primitiva, nos encontramos con la debatida cuestión de la prevalencia originaria de la propiedad colectiva o de la propiedad individual⁴⁰, en la que las tesis sobre el primitivo régimen comunitario y de pro-

38. Sobre la necesidad del conocimiento de las condiciones económicas para comprender la evolución del Derecho, vid. BALOGH, *Adaptation of law to economic conditions according to Roman law*, en «Atti del Congresso intern. di Verona», II, p. 263 y ss.

39. SCIALOJA, *Teoria della proprietà* cit., I, p. 242.

40. Las teorías extremas fueron las de Mommsen, Niebuhr y Puchta en favor de la prevalencia de la propiedad colectiva, y la de Padelletti sobre el primitivo origen de la propiedad individual y su prevalencia.

propiedad gentilicia han acabado por imponerse ⁴¹. Siguiendo la opinión más difundida, en el período anterior a la fundación de la ciudad encontramos un régimen inmobiliario, basado en la organización social de las gentes y tribus itálicas ⁴², con los tres tipos de organizaciones territoriales: el *ager privatus*, el *ager gentilicius* y el *ager compascuus*. El *ager privatus* estaba integrado por aquel huerto o reducido campo que se extendía alrededor de la casa y que el padre cultivaba con sus hijos y esclavos ⁴³, mientras que el *ager gentilicius* era el territorio de propiedad colectivo de la *gens*. Mayor importancia, a los fines de nuestro trabajo, tiene el *ager compascuus*. Entre las gentes del Lacio dedicadas al pastoreo ⁴⁴, el *ager compascuus* era el territorio propio de la tribu y estaba formado por terrenos de pastos, *pascua*, *saltus* y *silvae*, de los que todos los miembros de la tribu podían servirse para el pastoreo o para cazar ⁴⁵. Sobre estos territorios aparece la primitiva *possessio*, que se concibe como una señoría comunitaria económico-social ejercitada por los miembros del grupo. Esta *pos-*

41. Vid. sobre el primitivo régimen de la propiedad, ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di d. romano* ¹² (Napoli, 1954), p. 183 y ss.; BONFANTE, *La Proprietà* cit. Sez. I.^a, p. 210 y ss.; *Scritti giuridici vari*, II, p. 25 y ss.; *Lezioni di Storia del Commercio* (Roma, 1925), p. 104 y ss.; SCIALOJA, *L'ecoria della proprietà*, I, p. 242 y ss.; CORNIL, *Ancien droit romain. Les problèmes des origines* (París, 1930), p. 59; DE FRANCISCI, *Storia del d. romano* (Roma, 1926), I, p. 110 y ss.; RAGUSA, *Brevi appunti sulla venatio* cit., p. 14 y ss.; KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (Weimar, 1934), p. 228 y ss.; BRASIELLO, *La proprietà nella sua estensione* (Milano, 1954).

42. Sobre la formación y desarrollo de los distintos grupos sociales, familia, gentes y tribus, y sobre la teoría gentilicia, vid. ARANGIO RUIZ: *Le genti e la città* (Messina, 1914 [nuevamente editado en *Studi Jovene*]).

43. En él se encontraba el capital circulante de instrumentos agrícolas y de animales que la familia tenía y que constituía, junto con el *ager*, el *peculium* o conjunto de bienes sometidos a la *manus* del jefe de familia. Para BONFANTE (*La Proprietà* cit. Sez. I.^a, p. 209) además de la propiedad de la tierra existía una primitiva propiedad individual de los utensilios, de las armas, de los vestidos y de los perros de caza y esclavos.

44. El pueblo romano fué para Varrón (*De re rus.*, 2.1.9), originariamente, un pueblo de pastores.

45. BURDESE (*Stude sull'ager publicus*, Torino, 1952, p. 40) afirma que el originario *ager compascuus* fué reservado al goce común de todos los pertenecientes a la misma comunidad pastoral.

sessio originaria, como destaca Bozza ⁴⁶, no era un derecho sino una mera *res facti* en el pleno sentido de la palabra, integrada de dos elementos: intención señorial y disponibilidad de la cosa ⁴⁷.

Con la dominación etrusca se producen algunas transformaciones, pero la organización gentilicia etrusca se avenía perfectamente con la división del *ager* que hemos expuesto ⁴⁸, y las mismas concepciones sociales y territoriales comunitarias siguen imperando en muchos lugares itálicos ⁴⁹.

Después de la fundación de la ciudad, el régimen de la propiedad se nos muestra igualmente misterioso, y los pocos datos de las fuentes hacen que sobre esta cuestión existan gran número de teorías y que abunden las controversias. Por una parte, parece que en los primeros tiempos de Roma el patriado etrusco concentraba en sus manos la propiedad del *ager*, bajo la forma de la propiedad colectiva ⁵⁰, y, por otra, las fuentes, no numerosas ni concordantes, hablan de distribuciones primitivas de tierras entre las familias romanas ⁵¹. Dejando aparte

46. FRANCESCA BOZZA, *La possessio del'ager publicus* (Milano, 1939), p. 146 y ss.

47. Para CORNIL (*Ancien droit romain* cit., p. 59), el *ager compascuus* estaba integrado por todos los aprovechamientos de tierras, bosques y pastos pertenecientes a la misma *gens* mientras el *ager gentilicius* era el dominio árabe de la *gens*.

48. Las grandes familias aristocráticas etruscas poseían y monopolizaban las grandes extensiones del *ager gentilicius* donde trabajaban sus siervos y clientes. Sin embargo, nada se opone a la existencia de pequeñas propiedades de los clientes y campesinos; los propietarios plebeyos libres que cultivaban pequeñas extensiones de terreno siempre existieron en la vida económica romana. Vid. ROSTOVZEFF, *Historia social y económica del Imperio romano* (trad. esp., Madrid, 1937), I, p. 43 y ss.

49. Como afirma ROSTOVZEFF (*Historia social y económica*, cit. I, p. 44) lo poco que sabemos de las condiciones de la vida económica entre el Lacio y la Campania, en las montañas sabinas, en Umbria Piceno y Samnio muestran una preponderancia de la ganadería colectiva de la tribu sobre la propiedad individual y la agricultura.

50. Cfr. CARLÉ, *Le origine del d. romano* (Torino, 1888), p. 60.

51. VARRÓN (*De re rust.*, 1.10.2), y PLINIO (*Hist. Nat.*, 18.2.7) dicen que Rómulo concedió a cada jefe de familia una extensión de terreno de dos yugadas (*iugera*) a la que se llamó *heredium*. Dionisio de Halicar-



todas las dudas y controversias sobre esta organización territorial originaria, nos parece indudable la existencia de una reducida propiedad individual (*heredium, ager privatus*) y una gran extensión de terreno (*ager publicus*) perteneciente al Estado y utilizada por los miembros de la comunidad política⁵².

En cuanto a la propiedad individual, nos interesa destacar las características originarias con que la propiedad romana nace⁵³. El derecho dominical del antiguo *pater familias* nace y tiene un desarrollo paralelo a su potestad familiar; el antiguo *mancipium* tiene un carácter de potestad, de soberanía en el primitivo grupo social⁵⁴; es la soberanía del *pater* sobre el

naso, I.7, añade que Rómulo dividió el territorio entre las treinta curias y que después, bajo Numa, se estableció el nuevo reparto de las dos yugadas. En el mismo sentido Cicerón, *De republ.*, 2.14.26.

52. Ello viene confirmado por la forma típica que adopta en su constitución el Estado-ciudad o agrupación urbana edificada en lugar apto para la defensa con un territorio circundante del que la comunidad detraía los medios para su sustento. Vid. ARANGIO RUIZ, *Historia del D. romano* (trad. de De Pelsmaecker, Madrid, 1943), p. 22, y los autores citados en la nota 41.

53. Para VOLTERRA (*Diritto romano e diritti orientali*, Bologna, 1937, p. 139), en la época de las XII Tablas la propiedad es individual, centrándose en el *paterfamilias*; si desde el punto de vista social y económico el patrimonio del *paterfamilias* es en realidad patrimonio perteneciente al grupo familiar, desde el punto de vista jurídico, el régimen de la propiedad se funda sobre el concepto de que las *res* pertenecen individualmente al *pater*.

54. Los caracteres del *mancipium* han sido estudiados especialmente por DE VISSCHER, y sus conclusiones han tenido favorable acogida. Vid. *Aeterna auctoritas*, en RH, 16 (1937) y *Mancipium et res mancipi* cit., p. 192 y ss. Para este autor, el *mancipium* es, ante todo, un derecho, una potestad, y se nos muestra, con la *potestas* y con la *manus*, como uno de los tres poderes fundamentales del jefe de familia, y la naturaleza del *mancipium* justifica su entronque con un poder de naturaleza esencialmente política. VOLTERRA (*Diritto romano e d. orientali* cit., p. 140) afirma también que el *paterfamilias* tuvo un poder ilimitado, una verdadera y propia soberanía sobre las cosas que la pertenecían, que era independiente del poder del Estado. La concepción bofantiana de la familia como un organismo político, que fué criticada por ARANGIO RUIZ (*Le genti e la città*, p. 15 ss. y 58 y ss.), que la concibe como un ente económico, ha sido revisada recientemente, suscitando vivas polémicas. Sobre las dife-

territorio y sus instrumentos, sobre las personas libres y sobre los esclavos y los animales⁵⁵. El *mancipium* configura, pues, el primitivo derecho dominical como absoluto y excluyente y la propiedad privada romana nace como una potestad limitada⁵⁶.

rentes teorías, vid. GALLO: *Osservazioni sulla signoria del paterfamilias in epoca arcaica*, en *Studi De Francisci*, II, p. 193 y ss.

55. Cfr. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana* (Torino, 1944), p. 5. DE VISSCHER (*Mancipium et res Mancipi* cit., p. 253), considera que los poderes del jefe de familia se nos presentan bajo dos aspectos distintos: el aspecto potestativo, que comprende los poderes ejercidos sobre la mujer, los hijos y los animales *mancipi*, y el aspecto patrimonial, que se extiende a todo lo susceptible de apropiación o comercio jurídico; en la sociedad primitiva destaca el aspecto potestativo, mientras que el patrimonial se constituyó muy lentamente y probablemente ya en época histórica. Para GALLO (*Osservazioni* cit., p. 199) los varios poderes de naturaleza personal y patrimonial que se centran en manos del *paterfamilias* no constituyen originariamente más que los aspectos y las explicaciones de una única e indistinta señoría.

56. Ha sido muy discutida la identificación del *mancipium* con la primitiva propiedad; NIEBUHR sostuvo que el *mancipium* no es otra cosa que la propiedad; IHERING, el *dominium ex iure Quiritium*; BONFANTE, la propiedad con un valor y colorido más arcaico del sentido propiamente clásico. DE VISSCHER (*Mancipium et res Mancipi* cit. p. 220 y ss. y 255) sostiene, contra estas teorías, que la identificación del *mancipium* con la propiedad constituye un error capital y no hay un solo texto que la autorice; si el nombre *mancipium* designa un poderío único que se adquiere por *mancipatio* a la vez sobre las personas libres, los esclavos, etcétera, es evidente que es de naturaleza esencialmente diferente de la propiedad o *dominium*; no obstante, la distinción de *mancipium* y propiedad no implica una oposición y la categoría de *res Mancipi* testimonia una conciliación procedente de tiempos inmemoriales. Vid. también CORNIL, *De Mancipium au dominium*, en *Festschrift Koschaker*, I, 1939, p. 404 ss. y rec. de GROSSO, SDHI, 8 (1942), 175 ss. Recientemente, GALLO (*Osservazioni* cit., p. 211), sostiene que el término *mancipium* no equivale a propiedad y su identificación con el derecho de propiedad se basa únicamente en el hecho de que a partir de la época clásica el derecho que de ordinario se contraponía a los *iura in re aliena* era sin duda la propiedad.

De otra parte, la propiedad fundiaria romana nace como un señorío ilimitado internamente. Para BONFANTE, *La Proprietà* cit. Sez. 1.^a p. 204, aun que en la necesidad de la coexistencia social los límites parecen naturales e

Supuestos estos caracteres de la propiedad primitiva, surge la cuestión de cómo puede compaginarse la originaria libertad de caza de todos, protegida como un inviolable *ius hominis*, con el derecho absoluto y excluyente del propietario. Lombardi, basándose en las ideas de Arangio Ruiz, dice que podría pensarse que la libertad de caza imperase aun cuando ya estaba iniciada la propiedad privada fundiaria, que nace como el derecho de cada uno a cultivar su extensión superficial y de ejercer todas las facultades dominicales sobre ella⁵⁷, pero permitiendo a todos y a cada uno el ejercicio de su derecho a cazar como una facultad de rango superior, que no puede ser lesionada ni vulnerada. Lombardi sostiene que, en este mismo orden de ideas, podría decirse que la propiedad fundiaria surgió con el límite de tolerar la eventual actividad venatoria de los terceros, si bien añade que el hablar de límites resulta artificioso y es fruto de entender la propiedad como soberanía, ya que no pueden considerarse como límites lo que sólo es un aspecto originario del instituto⁵⁸. Nos parece que no hay necesidad de recurrir a estas explicaciones de limitaciones recíprocas de la libertad de caza y de la propiedad privada, en este período primitivo. Si la propiedad originaria se centra sobre la extensión reducida de terreno del patrimonio familiar y si junto a ella existe un régimen de disfrute comunitario de grandes extensio-

inevitables, la propiedad estaba concebida para reprimir cualquier límite, cualquier influencia extraña en su cerrado recinto; la estructura antigua de las relaciones de vecindad presenta un régimen de celosa tutela de la independencia respectiva y las servidumbres voluntarias se ignoran en el antiguo Derecho romano BRASIELLO (*La proprietà nella sua estensione* cit.) acepta la tesis de BONFANTE de una propiedad primitiva absoluta que ignora toda zona de contacto.

En cuanto a la distinción de *res mancipi* y *nec mancipi* (HERNÁNDEZ TEJERO, *La propiedad primitiva de la res nec mancipi*, AHDE 16 (1945), 290 es.) deduce la existencia de una propiedad primitiva también para la *res nec mancipi*, ya que ésta era objeto de la propiedad colectiva, y destaca la consideración de la caza como *res nec mancipi* y su importancia originaria y función social por intervenir en ella todo el grupo familiar.

57. Cfr. LOMBARDI, *Libertà de caccia* cit. p. 324 s. n. 8 que cita a ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*, 1947 p. 183.

58. Cfr. LOMBARDI, *Libertà di caccia e proprietà privata* cit., p. 324 s. n. 8.

nes de pastos y bosques—distinguiéndose el *ager privatus* del *ager publicus*, el *ager limitatus* del *ager arcifinius*—, es lógico y natural concluir que la actividad venatoria había de ejercitarse en las grandes extensiones de tierras y bosques del *ager publicus* mejor que en los estrechos confines del cultivado *heredium* familiar. En el *saltus*, en la *silvae* y en los ilimitados campos del *ager publicus*, es donde podía encontrarse en mayor abundancia toda clase de animales objeto de caza y no en los sudados surcos de la heredad familiar, donde apenas si podía cobijarse alguna pequeña alimaña que escapase de los ojos del agricultor. Por otra parte, si se considera que el *ager publicus* era una pertenencia exclusiva de los *Quirites* y sobre él pastaban sólo los rebaños de los patricios, o lo dedicaban a la agricultura extensiva, encontramos entonces la contraposición *latifundia-minifundia*, grandes extensiones de los poderosos y pequeñas propiedades de los humildes, y era en las primeras donde la *venatio* se ejercitaría libremente por todos. Mientras la prevalente libertad de caza contrastaba con los caracteres de plena señoría del *mancipium*, se aviene perfectamente con otras formas de disfrute y tenencia del suelo, como sucede con el régimen de las *possesiones*. Las grandes extensiones del *ager compascuus*, que eran propiedad de la colectividad gentilicia y después del Estado, eran objeto de ocupación o mera tenencia, sobre todo por parte de los patricios, que contaban con grandes rebaños o con el capital suficiente para su cultivo extensivo, y los ocupantes eran considerados meros *possessores*, sobre cuyos particulares derechos de uso y disfrute se imponía la facultad superior de todo miembro de la colectividad política a cazar en los territorios propiedad de ella. La caza, además, predominando en estas tierras el pastoreo y cultivo extensivo, contribuía al exterminio de los animales dañinos para los rebaños y cultivos y lejos de ser un atentado o vulneración al uso comunitario servía a su ejercicio y defensa ⁵⁹.

59. En este sentido tenía razón LÆRING, cit. por LOMBARDI, *Libertà di caccia*, p. 325 ss., en su concepción de la caza como lucha contra los animales dañinos, pero que él exagera deduciendo la ausencia de un interés económico para la caza primitiva. Interés económico sí tuvo la caza para

5. Cuando Roma, mediante las guerras de conquista, va aumentando su extensión superficial, los territorios conquistados pasan a engrosar el *ager publicus*, propiedad del Estado romano que lo distribuye y administra en formas varias. Una parte de estas tierras es dividida y asignada a los soldados veteranos y a los pobres⁶⁰; pero la mayor parte no se asignaba ni vendía, sino seguía integrando el *ager publicus*, del que formaban parte los territorios de monte y bosque y los baldíos que no se enajenaban, *propter asperitatem et sterilitatem*. Estos terrenos eran susceptibles de ocupación para poner sus tierras en cultivo mediante el pago de un reducido canon al Estado, apareciendo así el concepto del *ager occupatorius*, que no podía ser objeto de propiedad privada, sino sólo de posesión. El régimen de *possessio* del *ager publicus* por los patricios se desarrolla durante siglos, ya que le fué posible al patriciado, dada su posición política, traducir en institutos jurídicos las propias aspiraciones económicas del disfrute de las tierras ganadas a los pueblos vecinos⁶¹. La posesión constituía, por tanto, la expresión típica del dominio político del patriciado; y debió de ser así, puesto que los plebeyos no pedían las asignaciones de las antiguas *possensiones*, sino sólo los territorios de recientes conquistas⁶². La posesión del *ager compascuus*, destinado a pastos comunes, se limita a determinados propietarios de los fundos vecinos que contasen con un

los romanos, pero este interés no se contraponía al de los *possessores* de los extensos territorios donde se ejercía, sino que le servía con la destrucción de los animales dañinos.

60. Los terrenos cultivados se distribuyen bajo Tulo Hostilio y sus sucesores entre los ciudadanos pobres, recibiendo cada uno una participación de siete yugadas, y el territorio así repartido se denominó *viritanus ager*. Festo, v. *viritanus ager*. En la tradición tiene especial relieve el territorio tomado a los *Veientes*, después de la victoria de Camilo en el 396 a. de C. del que se hicieron lotes de siete yugadas que se asignaron a las familias plebeyas. Vid. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni* 9, p. 176. Con las asignaciones a los veteranos o a ciudadanos fundadores de colonias, se van constituyendo los *agri assignati*, y, bajo la República y el Imperio, hubo ventas de territorios efectuadas por los cuestores, que por ello se denominaban *agri questorii*.

61. Cfr. BURDESE, *Studi sull'ager publicus*, p. 21.

62. Cfr. F. BOZZA, *La possessio del ager publicus*, p. 165.

número suficiente de rebaños y, por otra parte, la utilización gratuita de estos terrenos se modifica con la aparición de la *scriptura* y del *ager scripturarius*. Se trataba del régimen imperante en determinadas extensiones del *ager publicus* sobre las que se permitía a los particulares el pastoreo mediante el pago de una cierta tasa cobrada por los publicanos sobre cada cabeza de ganado ⁶³.

Con las nuevas conquistas de terrenos va haciéndose cada vez más marcado el carácter de la posesión de grandes extensiones de terreno de pastos y bosques por los patricios y las clases influyentes. El Estado poseía entonces una enorme acumulación de propiedad inmueble en Italia y en las provincias y para el cultivo de estos campos y su explotación no había otra forma que atraer el capital privado e interesarlo en ella, ya que el número de campesinos y pequeños agricultores había quedado reducido por las bajas de la guerra y también por la emigración ⁶⁴. Al mismo tiempo, van tomando mayor incremento los terrenos destinados a la agricultura sobre los pastos y bosques y la agricultura extensiva adquiere la supremacía ⁶⁵. La concentración territorial y el destino de extensos territorios a los nuevos cultivos por parte de los patricios origi-

63. La causa del nacimiento de este tipo de aprovechamiento en el que participaba el Estado fué, sobre todo, el incremento de las necesidades financieras públicas y el desenvolvimiento de la censura como magistratura autónoma, encargada de la percepción de la *scriptura*. Vid BURDESE, *Studi sull'ager publicus*, p. 39 s.

64. No había campesinos bastantes, pero sí capitalistas con grandes masas de esclavos para emplearlos en las tierras incultas; por ello el Senado les concedió, por el conducto legal de los censores, grandes extensiones de terreno con la sola obligación de entregar al Estado una parte de los productos. Esta fué la razón en que en el siglo IV a. de C. progresará rápidamente la concentración de la propiedad territorial. Cfr. ROSTOVTZEFF, *Historia social y económica* cit. I, p. 53 e.

65. En una inscripción (CIL. I², 638) del cónsul C. Popilio Lena (132 a. de C.) se dice: *primus fecit ut de agro poplico aratoribus cederent pastores*. Catón, en su tratado de agricultura, nos muestra el modelo de explotación agrícola de su tiempo, para el que eran necesarias doscientas yugadas, que eran explotadas por una multitud de esclavos bajo la vigilancia de un *villicus*.

na la protesta de los plebeyos y conduce a la lucha sobre la cuestión agraria ⁶⁶. Las leyes agrarias tuvieron, sin embargo, un efecto contrario a las intenciones que las animaban, ya que con ellas comenzaron las transformaciones de las antiguas *possessiones* en propiedades privadas ⁶⁷ mediante el pago de un censo que debía ser distribuído entre los ciudadanos pobres y que deja muy pronto de ser exigido. La *possessio* del *ager publicus* comienza a transformarse en *dominium*, consolidando en plena propiedad la antigua posesión ⁶⁸. Con ello se inicia una transformación gradual de grandes extensiones del *ager publicus* en propiedades privadas y fundos cultivables que culmina en el imperio de Domiciano. Si esto sucedía en los campos itálicos, no ocurría lo mismo en los provinciales, ya que continuaron siendo propiedad del Estado romano por derecho de conquista, y los particulares que los ocupaban eran sólo *possessores* que debían pagar al Estado un *tributum* o *stipendium* ⁶⁹.

A través de esta evolución se van transformando paulatinamente las concepciones dominicales. Al concepto de *mancipium*, como potestad soberana ejercida por el *paterfamilias* sobre su territorio, sucede la noción abstracta de *dominium*. La idea de *dominium*, como sostiene De Visscher, no pudo eliminar la de *mancipium* y la sustituye integrándose en cada una de sus características esenciales, y por ello la propiedad

66. Se pretendió con ella limitar la posesión del *ager publicus*, ya fijada desde antiguo por la *lex Licinia Sextia* en 500 yugadas para los territorios conquistados. Sobre el sentido y alcance de las leyes agrarias, vid. TIBILETTI, *Il possesso dell'ager publicus e le norme de modo agrorum sino ai Gracchi*, en *Athenaeum* 26 (1948), 173 ss.; 27 (1949), 3 ss.; *Lo sviluppo del latifondio in Italia dall'epoca gracca al principio dell'Impero*, X Congresso inten. di scienze storiche, *Relazioni*, II (Roma, 1955), p. 235 ss.

67. Para TIBILETTI, *Athenaeum*, 26 (1948), 190, la materia de la legislación agraria y de la legislación gracana era la asignación, es decir, la transformación en propiedad de estas mismas tierras poseídas o arrendadas.

68. Cfr. BONFANTE, *La Proprietà*, Sez. 1.^a, p. 205 y 235. n. 1; *Lesioni di storia del commercio* cit., p. 126.

69. Sobre el *tributum* o *stipendium*, vid. la reciente obra de D'AMATI, *Natura giuridica dell'imposta fondiaria* (Milano, 1950), p. 3 es.

romana toma este aspecto casi soberano, este carácter absoluto que no pertenece al derecho patrimonial⁷⁰. Pero al mismo tiempo que se extiende el régimen de la propiedad privada y que se operan estas transformaciones, las facultades dominicales tienen que sufrir algunas limitaciones impuestas por necesidad pública y solidaridad social; a medida que la propiedad asume naturaleza estrictamente económica, el carácter original del *dominium ex iure Quiritium* sufre diversas atenuaciones, ya al comienzo de la época clásica. Las nuevas concepciones sociales y el comercio más activo de los fundos altera el antiguo estado de cosas; el *iter limitare* falta ya en la propiedad derivada de las *possessiones* y, con la ausencia de la antigua independencia de los fundos, necesariamente hubieron de imponerse limitaciones por razón de vecindad⁷¹. Además, el Estado no podía abandonar parte de su territorio al arbitrio de los propietarios y comienzan a introducirse una serie de limitaciones, tanto públicas como privadas, que contribuyen a la transformación de la propiedad fundiaria.

70. DE VISSCHER (*Mancipium et res mancipi* cit., p. 236) sostiene que puede considerarse la noción clásica de *dominium* como una verdadera síntesis de la propiedad privada y del *mancipium*.

En el estudio de la evolución de la propiedad merece destacarse la teoría de la propiedad relativa en el antiguo derecho romano. La idea de una «*geteiltes Eigentum*» fué iniciada por KOSCHAKER, *rec. a BUSI*, SZ, 58 (1938), 254 ss., y ha sido brillantemente desarrollada por KASER en sus estudios: *Geteiltes Eigentum in älteren röm. Recht*, *Festschrift Koschaker*, I, p. 445 ss.; *Eigentum und Besitz* cit., y *Neue Studien zum relative Eigentum*, SZ, 68 (1951). Según este autor, la propiedad privada asume en la Historia de Roma tres diversas configuraciones: 1), como instituto no diferente de la posesión; 2), propiedad relativa como instituto único hasta las XII Tablas y después en concurso con la propiedad absoluta; 3), propiedad absoluta como único tipo de propiedad desde la primera mitad del siglo III a. C. La transformación de la propiedad relativa en propiedad absoluta se debió a un más fuerte sentido de la personalidad del ciudadano romano, al cual no puede bastar una propiedad relativa, sino debe competir un derecho absoluto, comenzándose entonces a hablar de *dominium* y de *dominus*. Vid. las observaciones de GROSSO, *rec. a Cornil y a Kaser*, SDHI, 8 (1942), 176 s., y VOCI, *Note aggiunte a Modi d'acquisto* cit., p. 280 s.

71. Cfr. BONFANTE, *La Proprietà*, Sez. I.^a, p. 233.

La evolución de la propiedad del suelo, en el Principado, tendía a una concentración cada vez mayor de propiedades ⁷², y los emperadores, simultáneamente al crecimiento de los latifundios, se apropiaron de muchos de ellos por confiscaciones y herencias llegando a ser los mayores propietarios del Estado romano ⁷³. En el siglo II d. de C. se intensifica este fenómeno de concentración de propiedades en manos de los terretenientes, en perjuicio tanto de los campesinos como de la economía urbana ⁷⁴. Por otra parte, desapareció en Italia el antiguo régimen de las *possessiones*, y el *ager publicus* itálico se transformó en propiedades privadas sobre todo por obra de Domiciano, que legalizó las usurpaciones de los particulares de los territorios públicos; el suelo itálico fué entonces objeto de propiedad de pleno derecho calificada como *res mancipi* ⁷⁵. Distinta consideración tuvieron los territorios provinciales, que desde Augusto se clasificaron como *fundi tributarii* o como *fundi stipendiarii*, cuya explotación se efectuaba arrendándolos en grandes extensiones a los *conductores* que los cedían a los *coloni* ⁷⁶.

72. Para LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of property* (Filadelfia, 1951, p. 102 ss.), la primacía del Estado sobre el individuo fué un principio imperante a través de la Historia de Roma y desde un primer momento se hizo sentir en la evolución de las instituciones y principalmente en el derecho de propiedad. El intervencionismo estatal durante la República fué individualista y el Principado se caracteriza por el constante avance de la intervención administrativa en el dominio de los ciudadanos.

73. Vid. ROSTOVZEFF, *Historia* cit., I, p. 102 ss.

74. Las fuentes literarias, y especialmente Juvenal, desarrollan el tema de la expulsión de los pequeños agricultores de sus fundos por capitalistas insaciables. Plinio el Joven era uno de los mayores capitalistas de su época. Vid. ROSTOVZEFF, *Historia*, I, p. 391.

75. Gayo, I.120; Ulpiano, 19, 1.

76. Particular interés tiene el régimen de las propiedades y concesiones en Africa. Parte del territorio se repartió entre colonos, pero la mayor parte se concentró en manos de grandes terratenientes y las leyes agrarias legalizaron los cambios de propiedad, especialmente respecto al *ager privatus vectigalisque*, formado por las tierras cedidas a grandes capitalistas romanos a condición de que pagaran regularmente al Estado el cañon o *vectigal*. Este fué el origen de los grandes latifundios africanos. En el siglo II d. C. existían en Africa cinco formas de posesión de la tierra: 1), terrenos de propiedad de los emperadores (*saltus imperiales*);

En cuanto al régimen de los bosques y pastos públicos durante el Principado, existieron tres clases de explotación: o eran utilizados por la administración de la ciudad o colonia o eran objeto de uso común por todos los ciudadanos o eran concedidos en goce exclusivo a uno o varios particulares ⁷⁷.

En los últimos siglos del Imperio, por influencia de causas económicas y sociales, como el predominio del latifundio y la difusión del colonato, se verifican profundas transformaciones en la propiedad inmobiliaria ⁷⁸. La gran propiedad y, sobre todo la propiedad del Estado, del emperador y de la Iglesia, que se va formando, hace que se originen nuevas relaciones jurídicas que de las varias figuras imprecisas se fundieron después en la enfiteusis ⁷⁹. En estas transformaciones influyen decisivamente las medidas para la exacción de impuestos, cada vez más opresoras para los campesinos y cultivadores ⁸⁰.

Justiniano, en momentos favorables de florecimiento del Im-

2), terrenos pertenecientes a las familias senatoriales (*saltus privati*); 3), territorios de aprovechamientos de las ciudades, colonias o municipios; 4), territorios de las tribus indígenas; 5), distritos mineros y forestales, pesquerías y grandes cotos de caza, poseídos por los emperadores o cedidos a compañías de negociantes, como los *socii Talenses*. Vid. ROSTOVZEFF, *Historia social y económica* cit., II, p. 71 ss., y el reciente trabajo de DE MARTINO, *Ager privatus vectigalisque*, *Studi De Francisci*, I, p. 555 ss.

77. En los bosques públicos se distinguían las selvas del pueblo romano de las selvas de las colonias y municipios, y en el ámbito de las cosas públicas del Estado o ciudad, la *res in pecunia populi* y la *res in uso populi*. Vid. BURDESE, *Studi sull'ager publicus* cit., p. III ss.

78. En la transformación del régimen dominical influye considerablemente el absolutismo político del Dominado, que se refleja también en los derechos reales. LEVY (*West Roman Vulgar Law, The Law of property*, p. 108 ss.), para demostrar cómo el absolutismo político se refleja también en el derecho de las cosas, recuerda el sermón de San Ambrosio a Valentiniano II a propósito de la Basílica Porziana, en el que el Santo excluía la Basílica del poder imperial absoluto porque pertenece a Dios y guarda las cosas divinas.

79. Vid. ROSTOVZEFF, *Historia social y económica* cit., II, p. 476 ss.

80. Los impuestos fundiarios, afirma SCIALOJA (*Teoria della proprietà*, I, p. 252), eran, sin duda, una de las columnas en las que se apoyaba el ordenamiento administrativo romano del Imperio. Vid. D'AMATI, *Natura giur. dell'imposta fondiaria* cit., p. 43 ss.

perio, se propuso retornar a la normación clásica, y así, en el Digesto, recoge gran parte de los principios clásicos, aunque en sus propias constituciones, por influjo ineludible de las nuevas circunstancias, se cambian por diversos principios económicos y sociales; el emperador bizantino borra de su legislación todas aquellas antiguas distinciones que en la nueva concepción dominical no tenían valor alguno, como propiedad quiritaria y bonitaria, itálica y provincial, *res mancipi* y *nec mancipi*, y toda la propiedad es entonces plena, absoluta, regulada y limitada externa e internamente ⁸¹.

En esta lenta evolución de la propiedad privada fundiaria, que desde la época republicana llega hasta el Dominado, no es de extrañar, pues, que a partir de un determinado período se considere que la facultad del propietario del fundo a prohibir la entrada en él a los extraños es superior al derecho a la caza de todos. Por otra parte, en esta larga evolución tiene lugar un proceso paralelo en cuanto al derecho de propiedad y al derecho de caza, ya que mientras la propiedad va extendiendo su ámbito y consolidándose, la caza va perdiendo su importancia práctica hasta llegar a entenderse como un deporte o placer reservado a los príncipes, a la corte imperial y a los terratenientes ⁸². En la época imperial, el romano medio, que antes se ocupaba de la caza más como recurso que como recreo, está demasiado ocupado en la guerra o en el lucrativo comercio y encuentra satisfacción para su afición venatoria asistiendo a los espectáculos del circo en el que los emperadores y sus funcionarios organizaban espléndidas *venationes* ⁸³. La caza de fieras destinadas a estos espectáculos llega a considerarse, incluso, como una especial función esta-

81. C. 7.25.1; 7.31.1 pr.

82. Debido a la influencia griega, que se manifiesta a partir del siglo II a. C., la clase gobernante y los terratenientes se aficionan a la caza. Grandes cazadores fueron Trajano (Plinio, *Paneg.* 81), Adriano, Antonino, Marco Aurelio y Lucio Vero. Vid. AYMARD, *Essai sur les chasses romaines* cit., p. 449 ss.

83. Sobre la arena como parque de caza, vid. AYMARD, *Essai sur les chasses romaines* cit., p. 188 ss., y JENNISON, *Animals for Show and Pleasure in Ancient Rome* (Manchester, 1937).

tal, y se disponen así, en época de Diocleciano, especiales funcionarios encargados del aprovisionamiento y transporte de estas fieras ⁸⁴. Los grandes propietarios de tierras ejercitaban la *venatio* en ellas, por lo demás, como recreo, y también disponían en los terrenos de bosque o monte, que no daban otro rédito que la caza, toda una organización de esclavos y medios de caza, lo que caracterizaba el fundo como una entidad económica especial. Para hacer efectivo este aprovechamiento necesariamente hubo de llegarse a la consecuencia de prohibir a los extraños, aunque se tratase de cazadores, la entrada en el fundo.

IV. EL «*IUS PROHIBENDI*» DEL PROPIETARIO Y EL DESTINO DEL FUNDO A LA CAZA

6. Frente a los textos antes examinados, en que se presenta la libertad de caza en todo lugar, encontramos otros que expresan la facultad del propietario, en el legítimo ejercicio de su titularidad dominical, para prohibir la entrada en su fundo a los extraños.

El texto más importante del que, sobre todo, se ha deducido por los autores el *ius prohibendi* del propietario fundiario en derecho clásico es el de Calistrato que hace referencia a un rescripto de Antonino Pío:

1. 3 *de cognitionibus* (D. 8.3. 16): Divus Pius aucupibus ita rescripsit: οὐκ ἔστιν εὐλογον ἀκόντων τῶν δεσποτῶν ἡμᾶς ἐν ἀλλοτριῶς χωρίοις ἔχειν ⁸⁵.

El rescripto de Antonino Pío, redactado en griego, se di-

84. Bajo Diocleciano, los equipajes de caza imperial estaban bajo la atribución de un *Comes sacrorum largitationum*, existiendo un orden de procuradores para los diferentes distritos de caza (*cynegia*). Es difícil decir si los *venatores* que las inscripciones mencionan son funcionarios civiles o militares. Vid. REINACH, en *Dictionn. Daremberg-Saglio* v. *venatio*, y DE ROBERTIS, *Dispensa del munus venatorum in una Costituzione imperiale*, 1935.

85. La versión latina en la edición de Mommsen es: *non habet rationem vos in alienis locis invitis dominis aucupari*, y la de la glosa: *non est consentaneum rationi, ut per aliena predia invitis dominis aucupium faciatis*.

rigia, según la referencia de Calistrato, a unos cazadores de aves a los que decía: «No es conforme a razón que cacéis aves en predios ajenos contra la voluntad de sus dueños.» Nada hay en el texto que lo haga sospechoso de interpolación. Se discute el significado de los vocablos εὐλογον e ἱξεύειν.

De los varios significados del primer término, elegimos como más explícito el de «conforme a razón»; en cuanto al segundo término, lo traducimos por *aucupium* o caza de aves en general, y las mismas palabras de Calistrato, *aucupibus rescripsit*, nos hace pensar, contra la opinión de Lombardi, que el emperador usara el verbo griego en sentido general y no en el especial de cazar aves con liga, ya que no hay ninguna prueba de que Calistrato diera un alcance general a una prohibición emanada sólo para un supuesto particular ⁸⁶. La frase ἀλόγων τῶν δεσποτῶν se ha interpretado unánimemente en el sentido de «contra la prohibición de los propietarios.»

El problema más interesante que plantea este rescripto es el de su trascendencia en el predominio del derecho de propiedad fundiaria sobre el de caza en relación con su carácter innovatorio, que patrocinan algunos autores. Para Longo no puede seriamente aducirse este texto en apoyo de la tesis de la reserva de caza, ya que no se puede deducir nada de esta deci-

86. LOMBARDI, *Libertà di caccia e proprietà privata* cit., p. 313, n. 4, 1), aun reconociendo que en las fuentes ἱξεύειν se utiliza en el sentido genérico del verbo latino *aucupari*, sostiene que en el rescripto se contempla el caso particular de caza con liga, ya que ella suponía cierta actividad sobre el fundo, que, aun no reuniendo los caracteres del *opus in solo*, era para el propietario del fundo más fastidiosa que el simple *avem agere*, aduciendo como prueba de la aplicación limitada del rescripto la contradicción que observa entre esta disposición y otro rescripto del mismo emperador, que dirigiéndose a unos pescadores afirmaba el principio contrario. De ello deduce LOMBARDI que ha sido probablemente por un procedimiento analógico que de la originaria prohibición del ἱξεύειν, extendida sucesivamente a todo género de *aucupium*, se llegó finalmente a admitir la prohibición también para la *venatio*. Aparte de que el rescripto de Antonio Pío, recogido por Marciano, se refiere a un caso distinto, no existe ningún argumento en el que pueda basarse una interpretación diversa de la más simple y sencilla, cual es que Calistrato interpretó fielmente el rescripto antoniniano sin tener para ello que recurrir a ninguna extensión. Vid. n. 95.

sión de Antonino Pío, que sólo dice que no es conveniente, que no va bien; además, este rescripto en griego va dirigido seguramente a un oriental y no es seguro sea derecho romano⁸⁷. Nos parece, por el contrario, que este rescripto tiene una gran importancia en la evolución del régimen jurídico de la caza, si no por su carácter innovatorio, sí porque recoge la tendencia, ya iniciada con anterioridad, del pleno goce y disposición del propietario sobre su fundo con exclusión de todos los demás. El tono benigno usado en la redacción por el emperador no significa nada en contra de su influencia, como afirma Voci⁸⁸, porque las constituciones clásicas están escritas sin énfasis. El rescripto de Antonino Pío es probablemente una decisión del emperador de las que ponían fin al procedimiento *per rescriptum*, como tipo particular y sumario del procedimiento *extra ordinem*; el príncipe resolvía por medio de *rescriptum* o *decretum* la controversia litigiosa a él sometida de antemano por una o ambas partes, con valor de fallo definitivo⁸⁹. En cuanto al alcance y significación de esta decisión, Lombardi, siguiendo la tesis de Landucci, afirma el carácter innovador del rescripto, sosteniendo se trataba de una resolución sin suficiente motivo, que interpretaba la orientación de la conciencia social sobre el derecho de todo propietario a ser señor en su casa, excluyendo la intervención de terceros en su propio fundo. Voci argumenta contra esta tesis que no está demostrado el carácter innovador de la constitución de Antonino Pío⁹⁰. A nuestro entender, esta decisión imperial recoge una tendencia en las concepciones económicas y sociales que ya se había iniciado y arraigado anteriormente en la evolución de la propiedad. El emperador no crea, pues, derecho nuevo, lo

87. Cfr. LONGO, *La proprietà e i suoi modi di acquisto*, p. 92.

88. Cfr. VOCI, *Modi de acquisto* cit., p. 16.

89. Vid. LOMBARDI, *Libertà di caccia* cit., p. 308 ss. Para este autor, el uso de la lengua griega hace presumir que la petición proviniese de una provincia oriental. Debíó haberse promovido un litigio entre un grupo de *aucupes* y uno o varios propietarios fundiarios; unos afirmaban el poder ejercitar en todo caso su especial actividad, el otro o los otros lo negaban; se solicitó la decisión del príncipe, que resuelve la cuestión por medio del *rescriptum* que dirigió a los cazadores.

90. Cfr. VOCI, *Modi de acquisto* cit., p. 17.

que hace simplemente es aclarar las dudas y resolver la cuestión de la contraposición entre derecho a la caza y derecho de propiedad dando la primacía a este último a tenor de las concepciones dominicales imperantes. De otra parte, no todo rescripto supone una innovación jurídica; existen muchos rescriptos que no aportan ninguna innovación y que no son emitidos para hacer derecho nuevo ni para resolver cuestiones no reguladas, su sola función es, a veces, señalar las normas jurídicas en vigor ⁹¹. El rescripto de Antonino Pío, por tanto, aclara seguramente una duda que ya estaba resuelta antes en la costumbre y en el uso, sobre todo en las provincias orientales. Podemos concluir, pues, por este rescripto que recoge Calistrato señala, en conformidad con la concepción de la propiedad como señorío, la prevalencia del derecho de propiedad sobre el derecho originario a la caza de todos.

En relación con este rescripto está otro rescripto del mismo emperador, citado por Marciano (D. 1.8.4 pr.), y una decisión de Ulpiano, ya examinados ⁹², sobre los que debemos ahora insistir:

Ulpiano, 1. 57 *ad edictum* (D. 47.10.13.7) Si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? Me iniuriarum iudicio teneri an non? Et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi: sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest.

Nos parece que este texto puede interpretarse perfectamente a la luz de los dos rescriptos de Antonino Pío, a los que Ulpiano parece referirse. El jurista, con referencia explícita a muchos rescriptos afirma, en efecto, en la primera parte del texto, en perfecto acuerdo con la decisión de Antonino Pío citada por Marciano, *non posse quem piscari prohiberi*. En la segunda parte del texto, el jurista trata del supuesto del *aucupium*, al igual que el emperador en el segundo rescripto, citado por Calistrato, y llega a una afirmación parecida a la de éste: aunque la caza de aves es libre, puede ser impedido el cazador de entrar en el fundo por el propietario de éste. Y

91. Cfr. ANT, *La procedura per rescrit* (Paris, 1920), p. 126.

92. Vid. *supra*, p. 294.

no se diga que esta segunda parte es ilógica, ya que trata de la caza cuando antes se ha venido considerando sólo la pesca, porque el jurista también en la primera parte no sólo menciona el *mare comune* sino el *aer* y después, en perfecta correspondencia con esto, no trata de *venari*, sino de *aucupari*. Otros juristas emplean la expresión *omnia animalia quae terra mari caelo capiuntur*⁹³, y no hay por qué extrañarse de que Ulpiano haga referencia a la caza de aves junto a la pesca, destacando que el mar, el litoral y el aire son comunes a todos y pueden ser apropiados los animales que en ellos se encuentren. Por otra parte, este texto no contiene ningún principio nuevo que no se encuentre ya en otros textos clásicos⁹⁴; el jurista se limita a afirmar la libertad de pesca y de caza, protegida por la *actio iniuriarum*, a no ser que alguno entre a cazar aves en territorio ajeno y le sea prohibida la entrada por el propietario; con la referencia a la prohibición de entrada en el fundo no se dice nada nuevo en cuanto ya precedentemente Antonino Pío la había considerado legítima en su rescripto. Téngase presente, además, que, en perfecto acuerdo con la decisión sobre el *aucupium*, está el parecer del jurisconsulto sobre la *piscatio*, ya que distingue la efectuada en el mar *commune omnium*, que no puede ser impedida, de la realizada en un estanque o lago privado que puede ser prohibida por el propietario⁹⁵. De otra

93. Paulo (D. 41.2.1.1), Gayo (D. 41.1.1).

94. Nos oponemos con ello a LOMBARDI (*Libertà di caccia* cit., p. 319 ss.), para quien no existe duda alguna sobre el origen compilatorio del inciso *sed nec aucupari... prohiberi potest*, lo que le lleva a afirmar que la interpolación sirve indirectamente como testimonio de una explícita orientación compilatoria. Pero, aparte de que no nos parece suficientemente probada esta interpolación, teniendo en cuenta la referencia del jurista, no a la caza en general, sino al *aucupium* en especial, no hay por qué considerarla extraña, supuesto el antecedente rescripto de Antonino Pío. De cualquier manera, no puede estimarse que en el texto exista innovación alguna respecto a los principios clásicos. Para las diferentes hipótesis de interpolación vid. LOMBARDI, *ibidem*.

95. La distinción de Ulpiano de la pesca en el mar de la efectuada en aguas privadas puede aducirse contra la argumentación de LOMBARDI (*Libertà di caccia* cit., p. 311, n. 3 y 5), que sostiene que la aplicación del rescripto de Antonino Pío, citado por Calístrato, hubo de tener una aplicación limitada, ya que si se considera el otro rescripto sobre la pesca,

parte, si el jurista conocía el rescripto de Antonino Pío sobre la libertad de pesca ¿por qué había de desconocer el otro rescripto del mismo emperador sobre la prohibición del propietario? La decisión imperial fué recogida además por Calístrato, contemporáneo de Ulpiano, y no es probable que éste la ignorase. Por todas estas razones sostenemos que el texto es genuino, al menos sustancialmente, y de existir alguna alteración no sería innovadora.

Otro grupo de textos desarrollan el principio general formulado en el rescripto de Antonino Pío refiriéndose a la prohibición particular y concreta del propietario del fundo. Estos textos de las *res cottidianae* y de las Instituciones de Justiniano, reafirmando la inviolable libertad de caza en todo lugar, expresan, sin embargo, que el propietario puede prohibir concretamente y caso por caso la entrada de un extraño en su fundo:

Ps.-Gayo, 1. 2. *rer. cott.*
(D. 41.1.3.1):

Nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno. Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi, ne ingrederetur.

Institutiones 2. 1. 12. Nec interest feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno: plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest a domino, si is providerit, prohiberi ne ingrederetur.

Ps.-Gayo *ibidem* (D.41.1.5.3):
Favos quoque si quos hae fecerint, sine furto quilibet possidere potest: sed ut supra quoque diximus, qui in alienum fundum ingreditur potest a domino, si is providerit, iure prohiberi, ne ingrederetur.

Institutiones 2.1.14. Favos quoque si quos hae fecerint, quilibet eximere potest. Plane integra re si provideris ingredientem in fun dum tuum, potest eum iure prohibere ne ingrederetur.

Estos fragmentos atribuidos a Gayo, con los que coincide al que se refiere Marciano, no parece verosímil que el mismo emperador asumiese en tema de caza y pesca posiciones generales antitéticas. La misma objeción que el autor se hace en la n. 5, de que, para hablar de verdadera contradicción, sería necesario que el emperador autorizase a los pescadores a pescar en aguas privadas contra la voluntad del propietario, resulta claramente corroborada por la distinción de Ulpiano.

den, con algunas diferencias, los de las Instituciones, se han considerado por los autores no genuinos, bien porque están en parte interpolados, bien porque proceden de una obra postclásica⁹⁶. Para Lombardi es indudable que se trata de pasos derivados de obra postclásica y, por consiguiente, la prohibición de ingreso del propietario sólo puede afirmarse existiese para el derecho postclásico⁹⁷. Voci reprocha a Lombardi el uso de esta argumentación negativa, afirmando que un texto postclásico no contiene necesariamente normas nuevas, y el cambio debe ser probado con argumentos específicos que en el caso faltan⁹⁸. Estimamos que aunque se trate de obra postclásica, los principios contenidos en estos textos son probablemente de procedencia clásica y los redactores postclásicos los tomaron de los escritos de Gayo, introduciendo quizá algunas modificaciones no sustanciales. A esta conclusión nos llevan algunas consideraciones. En primer lugar, ya observamos, en cuanto a la clasificación de los animales, cómo muchos de los principios y consecuencias de los textos de las *res cottidianae* se encuentran también en la Instituciones de Gayo, y otros que no se encuentran en éstas pueden considerarse como lógicas consecuencias de esos mismos principios⁹⁹. En segundo lugar, estos fragmentos destacan la libertad de caza, de indudable procedencia clásica, y puede observarse cómo la distinción que Gayo formula sosteniendo que ningún

96. Para LONGO (*La proprietà e i suoi modi di acquisto*, p. 91) el primer texto recogido está mal construido, lógica y sintácticamente, y *si is providerit* se insertó por los compiladores. Para BONFANTE (*La proprietà*, Sez. 2.ª, p. 60), el inciso *si is provideris* supone una repetición innecesaria. En el mismo sentido, PEROZZI, *Istituzioni* 2, I, p. 634. En cuanto a las *res cottidianae*, ARANGIO RUIZ (*Ancora sulle Res Cottidianae*, en *Studi in on. Bonfante*, I, p. 495 ss.), afirma que existían en la época postclásica dos redacciones distintas de esta obra, que habían tomado independientemente los compiladores del Digesto y de las Instituciones, y que la elaboración de las *Res Cottidianae* había tenido como fundamento una nueva edición, ya preparada por Gayo. Vid. SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford, 1946 p. 167 s., y DI MARZO, *Libri rerum cottidianarum sive aureorum*, BIDR, 51-52 (1947), p. 32.

97. Cfr. LOMBARDI, *Libertà di caccia* cit., p. 318 y 331.

98. Cfr. VOCI, *Modi di acquisto* cit., p. 17.

99. Vid. *supra*, § 1.

efecto tiene para la adquisición de los animales, *utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno*, coincide con la antes referida de Próculo (D. 41.1.55: *utrum in meo an in alieno*). Sobre todo, debe tenerse en cuenta que, en cuanto a la prohibición de entrada en fundo ajeno, estos textos no hacen más que desarrollar la lógica consecuencia que se deduce del rescripto de Antonino Pío y es evidente, por ello, que no suponen un avance decisivo respecto a las soluciones clásicas. La solución contenida en ellos, en efecto, no es la de una prohibición de carácter general, sino sólo la de una prohibición concreta y personal del propietario del fundo para que no entre una determinada persona, aunque ésta sea un cazador. No otra cosa resulta del examen de las frases *si is providerit* y *iure prohiberi*¹⁰⁰, que significan simplemente la legitimidad del uso por el propietario de todos los medios físicos a su alcance para impedir la entrada al cazador. *Si is providerit* en el sentido real y no metafórico del verbo *provideo*, en el significado concreto de *pre-videre*¹⁰¹, hace referencia al propietario que ve al cazador antes de entrar en su fundo y le prohíbe la entrada en él. Esta solución ofrece menos duda en la redacción de las Instituciones (2.1.14): *si provideris ingredientem in fundum tuum*. La prohibición del propietario es, por consiguiente, concreta, personal y determinada y no puede entenderse como una prohibición preventiva y general, sin alterar el sentido de los textos¹⁰². Incluso en la redacción justiniana de las Instituciones, la prohi-

100. Para Ihering, la expresión *iure prohiberi* tiene dos sentidos: «mit rechtlicher Wirkung» o «mit Rechts». En el primero, posibilidad del propietario de acudir a la fuerza sin otro medio jurídico; en el segundo, por la simple prohibición, ilegalidad del comportamiento del cazador y posibilidad de otros recursos jurídicos de protección. Vid. LOMBARDI, *Libertà di caccia* cit., p. 316.

101. Cfr. LONGO, *La proprietà e i suoi modi di acquisto*, p. 91.

102. Los pandectistas alemanes (Windscheid, Brinz, Wächter y Went), queriendo encontrar en el Derecho romano una institución similar a su «Jagdrecht», pretendieron demostrar la existencia de una reserva de caza establecida mediante una prohibición preventiva general de entrada en el fundo efectuada por el propietario. Vid. SCHIRMER, *Kennen die Römer ein Jagdrecht des Grundeigentümers?*, en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 1 (1873), p. 311 ss., y la abundante bibliografía citada por LANDUCCI, *Il. d. di proprietà e il d. di caccia* cit., p. 307, n. 3 y 4.

bición ha de comunicarse al tercero antes de su entrada, ya que no se prohíbe *eximere favos* sino *ingredi*, e *integra re* indica que la prohibición es eficaz si la entrada no se ha efectuado aún, pero si el extraño ha entrado ya no puede impedírsele coja los panales ¹⁰³. La prohibición se hacía, pues, al que entraba y no al cazador que ejercitaba su originario y natural derecho, en cuanto tal ¹⁰⁴. Debemos concluir que la prohibición preventiva y concreta no era más que una manifestación de la facultad dominical del dueño sobre su suelo, que había de ceder en el caso de que el cazador, una vez entrado ya en el fundo, estuviese allí ejercitando su derecho a la caza que nadie podía impedir. El que los textos examinados sean de procedencia postclásica, no quiere decir que no contengan principios clásicos, y puede afirmarse que no introducen ningún principio nuevo, puesto que la posi-

103. En el mismo sentido puede interpretarse la expresión *si is providerit* sin tener que recurrir a la explicación de LOMBARDI (*Libertà di caccia* cit., pág. 318) para quien de lo concreto *si provideris ingredientem* se pasó a lo abstracto *si is providerit*, que reconoce de más difícil interpretación. La prohibición preventiva y general no puede afirmarse existiera con seguridad en el derecho justiniano.

104. El principio de la libertad de caza se admitió en las leyes bárbaras de Occidente y tanto el Edicto longobardo como la *Lex Romana Wisigothorum* y la *Lex Romana Burgundionum* siguen el criterio romano. Vid. LANDUCCI, v. *caccia* en «Enciclopedia Giur. ital.», pág. 54 ss.

Es curioso observar cómo en las Partidas se siguió la concepción romana, tal como se desprende de los textos examinados, de la prohibición personal y concreta del dueño del fundo, como limitación a la libertad de caza en todo lugar. Partida 3.28.17: *Bestias salvajes, e las aves, e los pescados de la mar, e de los rios, quien quier que los prenda, son suyos luego que los ha presos; quier prenda alguna destas cosas en la su heredad misma, o en la agena. Empero, si quando algund ome quisiesse entrar a caçar en heredad agena, estoviesse y el señor della, e le dixesse que non entrasse y a caçar; si despues contra su defendimiento prisiessse y alguna cosa, estonce non deve ser del caçador, si non del señor de la heredad. Ca ningund ome non deve entrar en heredad agena para caçar en ella, nin en otra manera contra defendimiento de su señor. E esso mismo sería, si el señor lo fallasse, que anduviesse ya caçando en su heredad, e ante que y prisiessse ninguna cosa, le defendiessse que non caçasse y. Ca todo quanto y caçare despues que gelo defendiessse, todo deve ser del señor de la heredad, e non del caçador. Mas si ante que gelo defendiessse, oviesse algo caçado, todo quanto prisiessse deve ser del caçador, e non ha que ver en ello el señor de la heredad.*

bilidad del propietario a prohibir la entrada en su fundo se admitía ya en el rescripto de Antonino Pío y en la decisión de Ulpiano, en relación con las concepciones imperantes en materia de propiedad.

Otra cuestión que plantea el estudio de estos textos es la de los efectos de la infracción de la prohibición del propietario. Si alguno, contra la prohibición personal del dueño del fundo entra en él para cazar y se apodera después de algún animal, ¿viene a ser propietario de él? La solución que se desprende de todos los textos estudiados es que la prohibición particular del dueño del fundo no afecta en la adquisición de la propiedad sobre los animales capturados. Ya deducimos cómo para los romanos el criterio fundamental en cuanto a la ocupación de los animales es el de que gocen de libertad natural, no influyendo nada el hecho de que se encuentren *in silvis circumseptis*. Por otra parte, ni Próculo ni Gayo deducen alguna consecuencia del hecho de cazar en terreno ajeno con respecto a la propiedad de los animales cazados. Precisamente esta característica de la apropiación de los animales salvajes *ubicumque loco*, pese a todas las prohibiciones del propietario, configura el derecho a la caza romano como libre y excluye la existencia de la reserva en sentido actual.

7. Otras decisiones jurisprudenciales, en relación con el problema del usufructo del fundo con aprovechamientos venatorios, consideran el producto del ejercicio de la *venatio* como rédito, y al fundo, como una entidad económica especial de explotación venatoria. De los principios que en esta materia se deducen de los textos podemos hacer la siguiente distinción: A), la consideración del problema del usufructo del fundo y la atribución al usufructuario de los réditos obtenidos con el ejercicio de la *venatio*; B), la consideración especial y directa de la caza como fruto del fundo.

Examinemos separadamente, para mayor claridad expositiva, los textos que se refieren a estos dos aspectos del problema.

A) Los juristas se ocupan de determinar si la caza existente en un determinado fundo pertenece al propietario o al usufructuario y si éste hace suya la caza por su derecho de usufructo, decidiendo que el usufructuario hace suya la caza capturada en el fundo:

Ulpiano, 1. 17 *ad Sabinum* (D. 7.1.9.5) Aucupiorum quoque et venationum redditum Cassius ait libro octavo iuris civilis ad fructuarium pertinere: ergo et piscationum.

Pauli Sententiae, 3.6.22: Accessio ab alluvione ad fructuarium fundum, quia fructus fundi non est, non pertinet: venationis vero et aucupii redditus ad fructuarium pertinent.

La decisión de Ulpiano, que se remite a la de Casio, y la de Paulo es, pues, que los productos de la *venatio* y del *aucupium* del fundo pertenecen al usufructuario. El principio recogido en las *Sententiae*, en cuanto está confirmado por el texto de Ulpiano, es probablemente de procedencia clásica y fué respetado por el autor de la obra redactada a finales del siglo tercero sobre la base de los escritos de Paulo y de otros juristas clásicos¹⁰⁵. Estos textos pueden servirnos de base para decidir sobre la orientación clásica de la consideración de la caza como rédito del fundo, ya que substancialmente afirman que los réditos de la caza pertenecen al usufructuario¹⁰⁶. Pero, a esta afirmación se ha dado un significado distinto por los autores. Para Perozzi, estos textos no hacen más que referirse a eventuales pretensiones del propietario respecto a los réditos de la caza obtenidos por el usufructuario con el ejercicio de la caza en el fundo dado en usufructo¹⁰⁷. Lombardi, en cambio, sostiene que la hipótesis

105. Sobre las *Sententiae*, vid LEVY, *Pauli Sententiae. A Palingenesis of the opening titles as a specimen of research in West Roman Vulgar Law*, Ithaca-New York, 1945.

106. En el citado fragmento de Ulpiano, que se refiere a los legados de usufructo y de uso, ha sido considerada como adición compilatoria su última parte. En cuanto a la reconstrucción del texto de las *Sententiae*, Krüger trató de eliminar *fundum*, mientras que Schulting lo sustituyó por el genitivo *fundi*. LOMBARDI (*Libertà di caccia*, cit. p. 293 y ss.) afirma la introducción posterior del inciso *quia fructus fundi non est* por un jurista del período postclásico que consideraba la *venatio* y el *aucupium* como *fructus fundi*, estimando que el epitomador que recogía la sentencia se habría limitado a decir: *accessio ab alluvione ad fructuarium non pertinet; venationis vero et aucupii redditus ad fructuarium pertinent*; pero no consideramos lo suficientemente probada esta conjetura.

107. Cfr. PEROZZI, *Istituzioni* 2, I, p. 684. BONFANTE (*La Proprietà* cit. Sez. 2.^a p. 59) sostiene también que los textos se refieren al supuesto del usufructuario que ejerce personalmente la caza y sus soluciones sólo tienen aplicación a las relaciones entre propietario y usufructuario.

examinada por Casio y Ulpiano, y en la sentencia de Paulo, no se limita a este particular supuesto de la caza personal del usufructuario, sino que se extiende a los réditos que se obtengan del fundo con *venationes* y *aucupia* establecidos de manera permanente, aduciendo un fragmento del mismo Ulpiano (D. 33.7.12.12) que se refiere a los instrumentos venatorios y al rédito del fundo obtenido con ellos *si in agro venationes sint*. Esta última opinión es la de que debe acogerse en atención al sentido de los textos y a la coincidente calificación de la caza como *reditus venationis et aucupii*, que implica un aprovechamiento del fundo con la caza no limitado al del usufructuario o propietario. Es necesario observar, sin embargo, que estas decisiones sólo hacen referencia a las relaciones entre propietario y usufructuario¹⁰⁸ y que además al usufructuario sólo pertenece el rédito de la caza efectivamente obtenido, pero no toda la caza existente sobre el fundo.

El texto que podemos considerar más importante sobre las relaciones entre propietario y usufructuario es el siguiente:

Trifonino, 1. 7 *disputationum* (D. 7.1.62.pr.-1) *Usufructuarium venari in saltibus vel montibus possessionis probe dicitur: nec aprum aut cervum quem ceperit proprium domini capit, sed aut fructus iure aut gentium suos facit. Si vivariis inclusae ferae in ea possessione custodiebantur, quando usus fructus coepit, num exercere eas fructuarius possit, occidere non possit? Alias si quas initio incluserit operis suis vel post sibimet ipsae inciderint delapsaevae fuerint, hae fructuarii iuris sint? Commodissime tamen, ne per singula animalia facultatis fructuarii propter discretionem difficilem ius incertum sit, sufficit eundem numerum per singula quoque genera ferarum finito usu fructu domino proprietatis assignare, qui fuit coepti usus fructus tempore.*

La primera controversia en la interpretación y exégesis de este fragmento surge en torno a la frase *nec aprum aut cervum...suos facit*. Scialoja la interpreta en la forma más lógica, afirmando que el usufructuario no captura los animales para el dueño del fundo, sino que los hace suyos por derecho de fruto

¹⁰⁸: Vid. los autores citados en la nota anterior y RAGUSA: *Brevi appunti sulla venatio* cit. p. 11.

o por derecho de gentes ¹⁰⁹. En cuanto a la expresión *aut iure aut gentium* de la edición florentina ha sido objeto de muchas correcciones y enmiendas, siendo la más probable, y que da al menos el sentido querido por los compiladores, la propuesta por Mommsen, que viene confirmada por la redacción del texto en las Basílicas ¹¹⁰. Para los autores el texto no tiene un sentido aceptable ¹¹¹, y lo consideran alterado por los compiladores. Lombardi niega que sea genuina toda la segunda parte desde *nec aprum a suos facit*, sosteniendo que el principio clásico está en estrecha relación con el fragm., 1 y Trifonino quería destacar que mientras, respecto a los *vivaria*, el usufructuario debía comportarse en cierto modo, en toda otra *possessio* él era autorizado a cazar libremente ¹¹². De otra parte, se aducen diversas interpretaciones al principio que los compiladores habían querido introducir ¹¹³. Creemos que los compiladores quisieron evidentemente expresar que el usufructuario de un fundo hace suyos siempre los réditos de la caza por simple ocupación como cualquier otra persona en el uso de su derecho a la caza (*iure gentium*) y también por su derecho de usufructo (*iure fructus*) frente al propietario del fundo con aprovechamientos venatorios.

109. Cfr. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, II, p. 30 y ss. LANDUCCI (*Il d. proprietà e il d. di caccia* cit., p. 350 y ss.) afirma que dicha frase indica que el usufructuario no adquiere el ciervo y el jabalí que ha cogido cuando pertenezca al propietario, pero esta interpretación la rechazan BONFANTE (*La Proprietà*, cit., Sez. 2.^a, p. 60) y SCIALOJA. Para este último esta explicación no sólo va contra el derecho, sino también contra la gramática y la lógica; contra la gramática, porque resulta una construcción muy extraña y forzada el referir *proprium domini* como atributo a *cervum*; contra la lógica, porque se viene a decir que el usufructuario no ha capturado *cervum quem cepit*; además, no se comprende que se quiera decir con que el ciervo es propio del dueño, pues si se trata de un animal encerrado no se comprende cómo el usufructuario vaya cazando animales enjaulados.

110. SCIALOJA, en la edición milanesa del *Digesto*, corrige esta frase sustituyéndola por *fructuarius iure gentium*, y para BONFANTE esta enmienda tiene mejor presente el texto clásico que la de Mommsen.

111. Cfr. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, II, p. 38; BONFANTE, *La Proprietà* cit., Sez. 2.^a p. 60; VOCI, *Modi de acquisto* cit., p. 15.

112. Cfr. LOMBARDI, *Libertà di caccia*, cit. p. 299, y s.

113. Vid. LOMBARDI, *Libertà di caccia*, cit. p. 299, n. 2 y 7.

En el fragmento I, el jurista afirma que el usufructuario tiene respecto a los animales *vivariis inclusae* un derecho semejante al que tiene sobre el rebaño, y puede servirse de ellos con tal de que al fin del usufructo deje el mismo número de animales que cuando el usufructo comenzó.

B) En los textos antes examinados se consideran los productos de la *venatio* ejercitada en el fundo como réditos del mismo ¹¹⁴. En otro texto, atribuido a Juliano, se niega que la caza sea fruto del fundo, afirmando después que lo es en el supuesto particular de que el rédito del fundo proceda fundamentalmente del ejercicio de la *venatio*:

Juliano, 1 6 *ex Minicio* (D. 22.1.26) *Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus ex venatione constet.*

Que este texto no sea genuino, lo sospecha Bonfante y lo afirma Perozzi, y para Lombardi no hay dudas al respecto, sosteniendo que la segunda parte *nisi...constet* ha sido agregada después para sustituir con ello lo que Juliano decía precisando en qué sentido negaba que la caza fuera fruto del fundo ¹¹⁵. Es probable que el texto esté alterado, y sobre todo que haya sido acortado por los compiladores. Es sospechoso, como dice Lombardi, el que se comience negando algo para afirmar eso mismo referido a un supuesto particular. De cualquier manera, si los compiladores modificaron la redacción del texto, no introdujeron ningún principio nuevo y sólo cambiaron el término rédito, que era el utilizado por los juristas clásicos, por el de fruto. Lombardi sostiene que, si se quiere examinar este problema a la luz de las relaciones entre propietario y usufructuario, el texto diría que la caza no es fruto del fundo, añadiendo que, ello no obstante, el rédito de las *venationes* establecidas per-

¹¹⁴. También se consideran como réditos en un texto de Ulpiano (D. 33.7.12.12-13) al que después nos referimos.

¹¹⁵. Para LOMBARDI (*Libertà di caccia* cit., p. 295), no obstante que MOMMSEN y los otros editores del *Digesto* no han dicho nada al respecto, es manifiesto que *fructus* es insostenible, no pudiendo pensarse en un acusativo plural; considera que lo más sencillo es corregir *fructum*. RICCONO (BIDR. 7-8 (1895), 235), deduce de la comparación de este texto con el de Ulpiano, que cita a Casio, que es evidente que la palabra *fructus*, repetida en la segunda frase, equivale a *reditus*, pues de otro modo se tendría una *petitio principii*.

manentemente en el fundo pertenece al usufructuario. Pero, aparte de la cuestión terminológica, con ello se llega a admitir en definitiva también para el derecho clásico lo que este autor sostiene que es un especial punto de vista de origen postclásico¹¹⁶. Si los juristas clásicos afirman que los réditos de la caza ejercitada con medios permanentes pertenecen al usufructuario, llegan a la misma conclusión que si afirmasen que son frutos del fundo, ya que, como argumenta Voci, el usufructuario sólo hace suyos los frutos¹¹⁷.

De otra parte, los autores se plantean el problema de cómo puede considerarse fruto el producto obtenido con el ejercicio permanente de la caza en el fundo que los clásicos, quizá por estas mismas dificultades de concepto, califican como rédito. Debe recordarse que de la consideración del fruto en sentido físico y orgánico se ha pasado a una concepción más amplia de los frutos en sentido económico y jurídico para englobar todos los supuestos tratados en las fuentes¹¹⁸. En el estudio del *fructus venationis* debe, ante todo, prescindirse de criterios de valoración físicos para atender sólo a los económicos y jurídicos. Así, para Bonfante, el producto de la caza de un fundo destinado a ella se encuentra en una zona gris e intermedia entre fruto y rédito, fruto natural y fruto civil, puesto que este rédito consiste en cosas que tienen con la cosa fructífera una relación directa que no necesita de la mediación de una

116. Vid. LOMBARDI, *Libertà di caccia* cit., p. 207 y ss. Este autor no excluye, de otra parte, que el texto no estuviese originariamente en relación con el problema especial del usufructo, pero nos parece poco probable que el jurista se planteara el problema en términos generales.

117. Observa VOCI (*Modi de acquisto*, p. 17) que, según LOMBARDI, los juristas clásicos habrían establecido que el usufructuario hace suyos los animales cazados, sin añadir que fuesen frutos; pero, puesto que el usufructuario adquiere los frutos y nada más que ellos, eso es decir en un modo o en otro la misma cosa.

118. Del concepto objetivo de fruto como cualquier producto orgánico que deja sustancialmente intacta la cosa productora se ha pasado al concepto subjetivo que considera el fruto como el rédito normal que alguien detrae de una masa patrimonial. Son clásicas las obras de GÖPPERT, *Über die organische Erzeugnisse* (Halle, 1869); SOKOLOWSKY, *Die Philosophie im Privatrecht*, I (Halle, 1902), y PETRAZYCKI, *Die Lehre von Einkommen*, I. Vid. BARASI, *Diritti reali e possesso* I (Milano, 1952), p. 202 ss.

tercera persona ni de un ambiente negocial¹¹⁹. Scialoja también insiste en que es necesario la aplicación de criterios jurídicos y económicos y no simplemente físicos y que, teniendo en cuenta el destino del fundo a la caza o a la pesca, sus aprovechamientos constituyen réditos del fundo¹²⁰. Lombardi, sin embargo, atiende al concepto físico de fruto, ya que para él la consideración romana de la caza como fruto era un artificio porque ningún romano ha considerado a las fieras frutos del fundo en cuanto se nutrían de él¹²¹; pero este parecía ser el único camino para tutelar el interés del propietario. Voci sigue un criterio jurídico al fundamentar el concepto del fruto venatorio en la consideración de que los productos de la caza son concedidos al usufructuario y éste hace suyos sólo los frutos¹²². En definitiva, creemos que con la calificación jurisprudencial de rédito se sigue un criterio económico-jurídico, ya que es indudable existe una relación objetiva entre el fundo con aprovechamientos venatorios, *e instrumenta venationis* para obtenerlos, y los productos obtenidos en él y, de otra parte, el usufructuario hace suyos los animales capturados.

En conclusión, de los textos examinados podemos deducir las siguientes consecuencias: a), que el usufructuario, además de su derecho a la caza como cualquier otra persona, tiene un derecho prevalente al ejercicio de la caza sobre el fundo con aprovechamientos venatorios exclusivos o permanentes; b), que al

119. Cfr. BONFANTE, *La Proprietà*, Sez. 1.ª, p. 161. Especialmente considera el caso de un parque en el que los animales que están permanentemente en él se mantienen con los productos del fundo, y afirma que, aunque indudablemente no pueden considerarse como frutos civiles, hay que aplicarles las reglas de éstos, ya que tampoco pueden considerarse como frutos obtenidos de cosa fructífera.

120. Para SCIALOJA (*Teoria della Proprietà*, I, p. 96 y ss.), el *fructus venationis* no es fruto en sentido físico, en cuanto no es producto del fundo, pero en sentido económico sí es una utilidad del fundo. Sólo reconociendo el rédito de la caza como una cosa semejante económicamente al rédito de los frutos de un fundo se puede llegar a llamar y a considerar este rédito como fruto.

121. Cfr. LOMBARDI, *Libertà di caccia*, cit., p. 329.

122. Cfr. VOCI, *Modi de acquisto* cit, p. 16 y ss.

usufructuario pertenecen los réditos o productos de la caza, haciendo suyos los animales salvajes con la captura.

8. Otros textos hacen referencia a los *instrumenta venationis*¹²³ y su consideración tiene gran importancia a los fines de nuestro estudio, ya que estos instrumentos de caza se consideran comprendidos, en determinadas circunstancias, en los *instrumenta fundi*, calificando con ello como explotación económica especial al fundo destinado a la *venatio*.

Respecto a los instrumentos útiles para la *venatio* y el *aucupium* nos ha llegado un *testamentum civis Romani Gallicae nationis*¹²⁴, de fines del siglo I o principios del II d. de C., en el que se califica como *instrumentum* a estos arneses:

Volo autem omne instrumentum meum, quod ad vendendum et aucupandum paravi, mecum cremari cum lanceis gladii <s> / cultris retibus plagis laqueis thalamis tabernaculis formidinibus / balnearibus lecticis...

El problema del fundo y de sus instrumentos y pertenencias ha sido magistralmente tratado por Steinwenter, que considera el *instrumentum*—en la concepción romana del *fundus* como unidad agrícola—como entidad funcional al servicio de la finca, compuesta de esclavos, animales de labor y utensilios mecánicos que se vinculan al fundo¹²⁵. Los juriconsultos, que distinguían el *instrumentum* de la *pars fundi*, se ocuparon del *instrumentum* en la particular hipótesis del legado, como un problema de interpretación de la voluntad del testador; para ellos, el instrumento resultaba vinculado al fundo sólo cuando se desprendía así de la voluntad del testador, pero en la interpretación de ésta se insinúa ya la idea de una vinculación independiente al suponer en determinados casos una voluntad es-

123. Sobre los medios o instrumentos usados por los romanos para cazar, vid. PAOLI, *Urbs. cit.*, p. 249, y AYMARD, *Essai sur les chasses romaines cit.*, p. 199 y ss.

124. Cfr. ARANGIO RUIZ, *Negotia, Fontes iuris romani antejustiniani* (Florentiae, 1943), p. 142 y ss.

125. Vid. STEINWENTER, *Fundus cum instrumento. Eine agrar- und rechtsgeschichtliche Studie* (Wien-Leipzig, 1942) y rec. de D'ORS, en *Emerita*, 12 (1944), p. 174 y ss.

pecial condicionada por las circunstancias reales de pertenencia ¹²⁶.

Los juristas clásicos se ocuparon de determinar si los *instrumenta venationis* pueden considerarse o no comprendidos en los *instrumenta fundi*. Veamos, en primer término, un fragmento de Paulo en el Digesto coincidente con el texto de las *Sententiae* de la redacción visigótica:

Paulo 1. 3 *sentent.* (D.33. 7.22.pr.): Fundo legato «*ut optimus maximusque est*» retia apraria et cetera venationis instrumenta continebuntur: quod etiam ad instrumenta pertinet, si quaestus fundi ex maxima parte in venationibus consistat.

Pauli Sententiae 3.6.45. Fundo legato ita ut optimus maximusque est retia apraria et cetera venationis instrumenta continebuntur: quae etiam ad instrumentum pertinent, si quaestus fundi ex maxima parte in venationibus consistat.

Lombardi ha estudiado estos textos, tratando de utilizar para ello la conclusión sistemática de Levy ¹²⁷, sosteniendo que el texto de la sentencia se puede dividir en dos partes: primera, desde el principio hasta *continebuntur*, redactada por el desconocido epitomador de los últimos años del siglo III; segunda, de *quae* a *consistat*, añadida por otra mano, en el período del 300 al 450, que quiso insertar una precisión extraña y disonante para sostener un particular punto de vista ¹²⁸. Pero nos parece que, si los clásicos afirman que el producto del ejercicio de la caza es rédito del fundo con aprovechamientos venatorios exclusivos o prevalentes, no es extraño que en la segunda parte del texto se haga referencia a este mismo prin-

126. Cfr. D'ORS, *Rec. cit.*, p. 176. Vid. BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni* (Milano, 1943), p. 578.

127. LEVY, en la citada *Polimgenesia* de las sentencias de Paulo, llega sólo a los seis primeros títulos del libro primero. Vid. rec. de ARANGIO RUIZ, en AG, 132 (1945), 207 y ss. y de RICCOBONO, en BIDR, 12-13 (1948), p. 436 y ss.

128. Vid. LOMBARDI, *Libertà di caccia* cit., p. 281 y ss. Para este autor la redacción de la segunda parte precedió al momento en que la obra se dividió y recogió en dos filones distintos, de los que uno se utilizó en Occidente en la *Lex Rom. Visigotorum*, y otro en Oriente en el Digesto.

cupio y es poco probable haya sido redactada posteriormente. De cualquier manera, en ambos textos, procedentes de los escritos de Paulo, al expresarse que el legado de un fundo comprende también el instrumento venatorio se recogió la concepción de que el fundo destinado a la caza constituye una unidad económica especial ¹²⁹.

En el mismo sentido de que los *instrumenta venationis* se comprenden en los *instrumenta fundi*, en los fundos destinados a la caza se pronuncian otros textos que tratan también del legado:

Ulpiano, l. 20 *ad Sabinum* (D. 33.78 pr.) In instrumento fundi ea esse, quae fructus quarendi cogendi conservandi gratia parata sunt, Sabinus libris ad Vitellium evidenter enumerat.

Ulpiano, *ibidem* (D. 33.7.10) Si reditus etiam ex melle constat, aivei apesque continentur.

Javoleno, l. 2 *ex Cassio* (D. 33.7.11) Eadem ratio est in avibus, quae in insulis maritimis aluntur.

Ulpiano, l. 20 *ad Sabinum* (D. 33.7.12.12-13) Si in agro venationes sint, puto venatores quoque et vestigatores et canes et cetera quae ad venationem sunt necessaria instrumento contineri, maxime si ager et ex hoc reditum habuit. Et si ab aucupio reditus fuit, aucupes et plagae et huius rei instrumentum agri instrumento continebitur: nec mirum, cum et aves instrumento exemplo apium contineri Sabinus et Cassius putaverunt.

Los fragmentos 12 y 13 han sido objeto de la crítica de Beseler, de la que disiente Lombardi ¹³⁰. Para este último, se advierte, desde el punto de vista de la forma, que ha sido añadida la frase *maxime si ager et ex hoc reditum habuit*, que introduce una limitación, y también la que sigue después: *et si ab aucupio reditus fuit*, por lo que la elimina del texto igual que la anterior. No creemos necesarias estas eliminaciones, ya que la calificación de *reditus* del producto de la *venatio* y del

129. LOMBARDI (*Libertà di caccia* cit., p. 285) afirma que el que la frase *si quaestus fundi ex maxima parte in venationibus consistat* fuese redactada por los clásicos o precisada por los postclásicos o por los compiladores justinianos no tiene en esta cuestión decisivo relieve.

130. BESELER, *Beiträge*, IV, p. 197; LOMBARDI, *Libertà di caccia* cit., p. 278.

aucupium se da también en otros textos y, sobre todo, estas frases no hacen más que precisar y concretar el sentido de esta resolución y se avienen perfectamente con la expresión *si in agro venationes sint* y con la definición recogida de *instrumentum fundi*...

El mismo criterio se mantiene en otro texto de las Sentencias de Paulo:

3.6.41: Piscaturae vel venationis instrumentum ita demum instrumento fundi continetur, si ex his maxime fundi reditus cogantur.

Para Lombardi este texto no pertenece a la redacción del epitomista del siglo III, sino al período del 300 al 450, aduciendo como indicio de ser obra de sucesivos interpoladores el sentido aproximado entre el *instrumentum piscationis* y el *instrumentum venationis*¹³¹; sostiene que el punto de vista clásico está recogido en el texto de Ulpiano, en la parte que estima genuina, y en él la circunstancia que debió de tenerse presente para decidir acerca de si los instrumentos venatorios entraban o no en el *instrumentum fundi* es *si in agro venationes sint*; es decir, si en el fundo se ejercita sistemáticamente la *venatio*¹³². Pero debe tenerse en cuenta, como sostiene Voci, que el mero ejercicio sistemático de la *venatio* crea sólo una relación subjetiva entre el propietario del fundo y la caza, mientras que una cosa sólo puede considerarse instrumento cuando sirva a la utilidad del fundo y esté con él en una relación objetiva. Además, si la caza se califica como rédito o fruto del fundo y el *instrumentum* se define como *quod fructus quaerendi, cogendi, conservandi causa paratum est*, claramente se deduce, concluye Voci, que los arneses destinados permanentemente a la caza en el fundo son *instrumenta*¹³³.

Otros textos hacen referencia al problema de si los esclavos *venatores vel aucupes* deben considerarse entre los *ministerium urbana* o entre los *ministerium rustica*, es decir, si deben comprenderse en el número de los esclavos domésticos, de los que

131. Vid LOMBARDI, *Libertà di caccia* cit., p. 283.

132. Cfr. LOMBARDI, *Libertà di caccia* cit., p. 284.

133. Cfr. VOCI, *Modi di acquisto* cit., p. 17 y ss.

el *paterfamilias* también se servía para la caza, o de los esclavos destinados al servicio de un fundo. De las dos redacciones que nos han llegado de la decisión de Paulo al respecto, Lombardi sostiene que la del Digesto respeta mejor el pensamiento de Paulo que la redacción visigótica de las *Sententiae*. El criterio general para considerar a los esclavos comprendidos en una u otra categoría era la intención del *paterfamilias*, siendo criterios sustitutivos de ésta, en caso de muerte, el del lugar donde los esclavos vivían o donde eran alimentados—según el fragmento del Digesto que recoge el punto de vista clásico—o el hecho de que los esclavos se dedicaran cotidianamente a la caza para la comida ¹³⁴.

De los textos examinados podemos, pues, deducir como conclusiones: a) De la consideración de la caza como rédito del fundo se deriva que los arneses destinados a la caza en el fundo son considerados como *instrumenta fundi*. b) Los *instrumenta venationis* se encuentran en una relación objetiva con el fundo, y por ello el fundo se considera como una especial unidad de aprovechamientos venatorios prevalentes.

9. Una vez deducida la existencia de fundos con aprovechamientos venatorios prevalentes y la posibilidad del propietario de prohibir la entrada en su fundo a los extraños, hemos de tratar de la cuestión de los medios jurídicos o acciones que el propietario puede utilizar contra el cazador que, violando la prohibición, entrase en el fundo. La ausencia en las fuentes de referencias a los posibles recursos jurídicos para hacer valer la prohibición del propietario es el argumento más grave que puede aducirse contra la existencia en el Derecho Romano de una reserva de caza.

En esta cuestión pueden distinguirse dos aspectos: de una parte, la prohibición personal y concreta del *dominus fundi*, de la que ya tratamos, y de otra, la posible prohibición general del propietario deducida de la circunstancia de dedicar el fundo a la caza mediante el establecimiento de *instrumenta venationis*. Mientras que a la primera se refieren los textos

134. Paulo, l. sing. de *instrumenti significatione* (D. 32.99.1): *Pauli Sententiae*, 3.6.71; Scaevola, 16 *digestorum* (D. 33.7.27. pr.) Vid. LOMBARDI, *Libertà di caccia* cit, p. 285 y ss.

expresamente, ninguna referencia se encuentra en ellos a una prohibición general para cazar de la que pudiera deducirse la reserva de caza. Las decisiones jurisprudenciales únicamente tratan del fundo con aprovechamientos venatorios prevalentes, pero sin llegar a la consecuencia de que el propietario se reserve la caza, y Justiniano acoge, en definitiva, los principios clásicos en la compilación sin modificarlos substancialmente ¹³⁵.

Debe observarse, como ya decíamos, que ninguna trascendencia tiene para la adquisición de la propiedad sobre el animal cazado el hecho de que el cazador haya violado la prohibición de entrada del dueño del fundo en el que se capturó. Como consecuencia de la libertad de ocupación de los animales salvajes en todo lugar, el dueño no podrá reivindicar al animal cazado en su fundo contra su prohibición y, por consiguiente, los posibles medios jurídicos del *dominus* no pueden fundarse en un derecho de propiedad sobre la caza existente en su fundo.

Faltando explícitas referencias textuales, se ha discutido cuáles eran los medios con que el propietario exteriorizaba su prohibición de caza en el fundo que destinaba a la *venatio* y los recursos jurídicos con que la hacía efectiva ¹³⁶. Contra el cazador que penetra en el fundo y captura un animal no procede la *actio furti*, por aplicación de lo que Paulo decidía respecto a las abejas (D. 47.2.26). Tampoco procede el ejercicio del interdicho *quod vi aut clam*, ya que en el supuesto de la caza no

¹³⁵. Para LOMBARDI (*Libertà di caccia* cit., p. 334) el que no se encuentre nada de preciso a este respecto en la compilación es la prueba mejor del carácter postclásico y justiniano de la norma sustancial relativa a la posible prohibición de entrada por parte del propietario, pero creemos que el argumento que se deduce de la ausencia de precisas referencias en la compilación es el contrario, es decir, que faltando precisos testimonios de que los compiladores hayan introducido nuevos principios y aceptándose, al menos sustancialmente, las normas clásicas, ello es un evidente testimonio de que ninguna alteración innovadora ha sido efectuada, ya que ni siquiera los compiladores deducen las lógicas consecuencias de estos principios que les habrían llevado a admitir la reserva de caza. Obsérvese, de otra parte, que las *Basilicas* y la *Paráfrasis* de Teófilo acogen también los principios clásicos. A. D. 41.1.1.3 corresponde Bas. 50.1.3.; a D. 41.1.5.3. Bas. 50.1.4.; a D. 47.10.13.7 Bas. 60.21.13. Vid. LOMBARDI, o. c., p. 321 s.

¹³⁶. Vid. LOMBARDI, *Libertà di caccia* cit., p. 332, n. 4.

se da el requisito que se considera necesario en este interdicto del *opus in solo* ¹³⁷.

También debe excluirse tanto el ejercicio de los interdictos posesorios como el de las acciones derivadas del derecho de propiedad, al no pertenecer los animales salvajes y libres que se encuentran en el fundo al propietario de él ¹³⁸. No son tampoco aplicables las acciones que competen al propietario por la coacción que sobre él pudiera ejercer el cazador que va armado ¹³⁹. El único recurso jurídico de posible aplicación es la *actio iniuriarum* ¹⁴⁰, en cuanto ésta protegía el derecho subjetivo de libertad individual. Una resolución de Ulpiano excluye expresamente la *actio ex lege Cornelia* en el supuesto de la entrada en el fundo contra la prohibición del propietario, citando a Labeón:

Ulpiano, 1. 56 *ad edictum* (D. 47.10.5.5) Si tamen in fundum alienum, qui domino colebatur, introitum sit, Labeo negat esse actionem domino fundi ex lege Cornelia, quia non possit ubique domicilium habere, hoc est per omnes villas suas.

La *actio iniuriarum*, como afirma Scherillo ¹⁴¹, había ido alargando poco a poco su objeto de la decisión personal hasta comprender todo acto lesivo de la personalidad individual, muy extensamente entendido éste, ya que en él entran no sólo las injurias verbales y los casos de ofensa al honor, sino también otros actos, como la violación del domicilio. Es probable, por tanto, que en este concepto amplio de la *actio iniuriarum*, y puesto que era posible determinar *in iudicio* los actos constitutivos de *iniuria* ¹⁴², se comprendiera el acto de violación de la

¹³⁷. Venuleyo, 1, 2 *interdictum* (D. 42.24.22.3).

¹³⁸. Paulo, 1, 54 *ad edictum* (D. 41.2.3.14). Vid. *supra* § 1.

¹³⁹. Marciano, 1.14 *Institutionum* (D. 48.6.1) *Lege Julia de vi publica tenetur qui arma tela domi suae agrove, in villa praeter usum venationis vel itineris vel navigationis coegerit*.

¹⁴⁰. Los textos hacen referencia a la tutela de la *actio iniuriarum* del que fuese impedido en el uso de la cosa común, al menos cuando no dispusiese de otro medio (D. 43.8.2.9), y también del que fuese impedido de ejercitar la caza (D. 47.10.13.7).

¹⁴¹. SCHERILLO, *Lezioni di d. romano, Le cose*, I (Milano, 1945), cit. por LOMBARDI, *Libertà di caccia cit.*, p. 336 y ss.

¹⁴². Para PUGLIESE (*Studi sull'iniuria*, Milano, 1941, p. 87), el juez o los *recuperatores*, no debían limitarse a determinar si existía realmente el

prohibición de entrada del dueño en su fundo. Ello es más seguro en el derecho justiniano, ya que, como afirma Lombardi, la calificación de una acción o interdicto tenía un valor histórico ya superado en el procedimiento extraordinario y la terminología clásica no era motivo de preocupación formal¹⁴³. La aplicación de la acción de injurias a este especial acto sólo fué posible, por tanto, cuando esta acción extendió su ámbito de aplicación a todos los actos lesivos de la personalidad individual y también a los que suponían una vulneración a las facultades dominicales, cuando no pudieran ser reprimidos con una acción especial¹⁴⁴.

V. CONCLUSIONES

10. Resumamos brevemente, para facilitar las conclusiones, el estudio realizado sobre los textos y sus soluciones, dividiéndolos en los siguientes grupos:

1) TEXTOS QUE AFIRMAN LA LIBERTAD DE CAZA EN TODO LUGAR: a) Textos que, a efectos de la ocupación de los animales, distinguen los animales salvajes de los amansados y domésticos, afirmando que los primeros pueden ser capturados por todos cuando gozan de libertad natural (Gayo, 2.67-68; *l. 2 rer. cot.* D. 41.1.1-3-5; Paulo, D. 41.2.3.14-15; Inst. 2.1.12-14-15-16). b) Decisión de Próculo (D. 41.1.55), que reconoce la facultad de toda persona a cazar aun en terreno ajeno, con la consecuencia de que el cazador hace suyos los animales cazados en todo caso, aunque haya entrado en el fundo contra la prohibición del propietario. c) Decisión de Ulpiano (D. 47.10.13.7) sobre la libertad de pesca y caza en todo lugar protegida por la *actio iniuriarum*.

2. TEXTOS QUE AFIRMAN LA PROHIBICIÓN DEL PROPIETARIO DE ENTRADA EN SU FUNDO («IUS PROHIBENDI»): d) Texto de

hecho aducido en la *demonstratio*, sino que su oficio era también el establecer si aquel hecho constituía una *iniuria*.

¹⁴³. Cfr. LOMBARDI, *Libertà di caccia* cit., p. 355 ss.

¹⁴⁴. Sobre la cuestión planteada por Landucci, sin fundamento alguno en las fuentes, de si el propietario del fundo renunciando a su prohibición de entrada constituía una servidumbre de caza sobre el fundo, vid. LOMBARDI, *Libertà di caccia* cit., p. 338 s.

Calistrato, que recoge un rescripto de Antonino Pío, dirigido a unos cazadores de aves, que afirma el principio de la prevalencia del derecho de propiedad fundiaria sobre la originaria libertad de caza (D. 8.3.16). e) Decisión de Ulpiano (D. 47.10.13.7), que, aun destacando la libertad de pesca y caza en todo lugar, afirma que el propietario puede prohibir la entrada en el fundo al cazador. f) Textos de las *Res Cottidianae* (D. 41.1.3.1; 41.1.5.3) y de las Instituciones justinianas (2.1.12-14), que, desarrollando y aplicando los principios contenidos en los textos anteriores, afirman el *ius prohibendi* del propietario del fundo o facultad de prohibir personal y concretamente la entrada en el fundo de toda persona extraña, reafirmando, de otra parte, la libertad de caza en todo lugar.

3) TEXTOS QUE CONSIDERAN AL FUNDO CON APROVECHAMIENTOS VENATORIOS PREVALENTES COMO UNA ENTIDAD ECONÓMICA ESPECIAL: g) Decisiones jurisprudenciales que, al tratar de las relaciones entre propietario y usufructuario del fundo con aprovechamientos venatorios, afirman que los réditos de la caza pertenecen al usufructuario (Trifonino, D. 7.1.62; Ulpiano, D. 7.1.9.5; *Pauli Sent.* 3.6.22). h) Texto atribuido a Juliano (D. 22.1.26), probablemente alterado por los compiladores, que califica como frutos a los productos de la caza obtenidos en el fundo con aprovechamientos venatorios prevalentes. i) Textos que consideran a los *instrumenta venationis* como comprendidos en los *instrumenta fundi* cuando están en una relación objetiva con el fundo de aprovechamientos venatorios prevalentes (vid. supra, § 8).

. II. Una vez que hemos puesto de relieve las consecuencias que se deducen de los textos, debemos tratar de poner en relación estas soluciones con la evolución de la propiedad fundiaria romana para concluir con el probable proceso evolutivo que siguió el derecho a la caza, entendido como el derecho natural y originario a la ocupación de los animales en todo lugar.

El régimen jurídico de la *venatio* se configura especialmente en la época clásica y puede decirse que se mantuvo tradicionalmente hasta el derecho justiniano, donde fué aceptado sin introducir ninguna modificación esencial. En la evolución

histórica del derecho a la caza, en su oposición con el *ius prohibendi* del propietario del fundo, creemos deben distinguirse dos etapas: A) de los orígenes a la época clásica. B) de la época clásica hasta Justiniano.

A) De la primitiva consideración social de la caza como medio de subsistencia se desprende la concepción del derecho primario y natural de todo hombre a la caza, entendido como el derecho a la apropiación de los animales, salvajes y libres.

En la originaria propiedad comunal del *ager compascuus* cada individuo ejercitaba su inviolable derecho a la caza como una facultad de rango superior a cualquier otra y como consecuencia de constituir la caza, con el pastoreo, el primitivo medio de vida. Cuando la *civitas* sucede a la *gens*, los extensos territorios comunitarios se consideran como *agri publici*, sobre los que todos los ciudadanos podían ejercitar libremente la caza. El régimen jurídico de las *possessiones*, o disfrute por los particulares de grandes extensiones del *ager publicus*, consentía el ejercicio del derecho a la caza de todos, que había de prevalecer como consecuencia del dominio público y comunitario sobre dichos territorios.

Bajo la República, las *possessiones* itálicas van transformándose en propiedades privadas, a medida que la agricultura se incrementa y se generalizan los cultivos extensivos. Paralelamente al desarrollo de la agricultura, la caza va perdiendo importancia como medio de vida y de defensa de los rebaños. En los extensos territorios públicos (*saltus* y *silvae*) se caza libremente, y en todo este extenso período prevalece el principio de la libertad ilimitada de caza en todo lugar.

B) En la época clásica se consolida y generaliza el fenómeno de la transformación de las *possessiones* en grandes propiedades de los hacendados y de la clase imperial gobernante.

Los bosques y pastos públicos continúan siendo gozados en común por los ciudadanos o son explotados por la administración pública o concedidos por ésta a los particulares. En cualquiera de estas formas de disfrute, el ejercicio de la *venatio* en todo lugar continúa siendo libre y como tal se considera por los jurisconsultos; nadie puede impedir a otro el derecho a la caza, que se protege por la *actio iniuriarum*.

Con la transformación de los territorios de pertenencias en propiedades de pleno derecho, favorecida por los emperadores que querían propietarios-contribuyentes mejor que arrendatarios, y su configuración como propiedades plenas y excluyentes, se llega a considerar al propietario como único disponente de su fundo y se admite que pueda prohibir la entrada en él a los extraños. Esta tendencia es recogida en el rescripto de Antonino Pío, que afirma la prevalencia del derecho del propietario del fundo sobre la facultad del cazador de ejercitar el *aucupium* en él. Con ello se llega a una importante limitación de la libertad de caza por la voluntad excluyente del propietario fundario, basada en su pleno derecho de propiedad. Sin embargo, esta limitación no se lleva a sus últimas consecuencias, ya que si el cazador entra en el fundo contra la prohibición del propietario, podría ejercitarse quizá contra él la *actio iniuriarum*, en cuanto el acto puede estimarse ofensivo a la personalidad o a las facultades dominicales, pero los animales salvajes que capturase en él serían suyos y no podrían ser reivindicados. A la concepción de la prohibición personal y concreta del propietario se llegó tras una lenta evolución en la que probablemente influyó la menor importancia económica de la caza frente a la extensión de los cultivos agrícolas, que podían ser dañados por ella.

De otra parte, comienzan a ser considerados especialmente los fundos de los que se obtienen prevalentemente productos con el ejercicio de la caza en ellos. En esta particular consideración, los juristas estudian, en el supuesto del usufructo del fundo, la cuestión de a quién pertenecen los productos venatorios, si al propietario o al usufructuario, decidiendo que pertenecen a este último y calificándolos expresamente como réditos del fundo. Como consecuencia de esta concepción, consideran a los arneses destinados al ejercicio de la caza (*instrumenta venationis*), cuando están en una relación objetiva y permanente con el fundo, como *instrumenta fundi*. Con ello se concibe al fundo con aprovechamientos venatorios exclusivos o prevalentes como una entidad económica especial.

En el período postclásico finaliza el proceso de transformación del régimen territorial en propiedades de pleno derecho, desapareciendo las distinciones de propiedad provincial e itá-



lica, bonitaria y quiritaria. Los extensos dominios públicos se configuran como propiedades plenas, explotándose en el régimen jurídico de la enfiteusis y el colonato.

En la compilación justiniana se acogen los principios clásicos, desarrollando y precisando algunas de sus consecuencias. Así se consideran explícitamente los productos de la *venatio*—que el usufructuario hace suyos por derecho de ocupación y por derecho de usufructo—como frutos del fundo. De otra parte, se acogen las reglas clásicas sobre la ocupación y clasificación de los animales y el principio de la libertad de caza, con la única limitación de la prohibición personal y concreta del dueño del fundo. No existen, en cambio, referencias a una prohibición general y preventiva de entrada, manifestada con los medios adecuados, como letreros, muros, etc., ni tampoco se llega a la consecuencia de que el cazador, que no obedece a la prohibición de entrada del propietario, cometa hurto o adquiera para el dueño los animales cazados. Ello demuestra que Justiniano no fué en esta materia mucho más allá de donde llegaron los clásicos.

Podemos concluir, por consiguiente, que en el Derecho Romano no se conoció la reserva o coto de caza, en el sentido actual de estos términos. Existió probablemente en el derecho clásico, y con toda seguridad en el derecho justiniano, una reserva concreta y personal del dueño del fundo para impedir la entrada en él al cazador de un determinado momento y también la consideración del fundo destinado a la caza como una explotación económica especial; pero, tal vez como residuo histórico del principio de la originaria libertad de caza, no existió una reserva general ni llegó nunca a considerarse que los animales que permanecían libres pudieran ser objeto de propiedad privada mientras no fueran capturados y estuviesen *sub custodia*. Sólo en períodos más avanzados de la Historia, ya en el Derecho feudal, se llega a la concepción del coto o reserva de caza y se considera el ejercicio de la actividad venatoria como objeto de privilegios y regalías.

M. GARCÍA GARRIDO

Becario del Instituto Jurídico Español en Roma.