

LA 'FIEBRE DEL ORO' EN EL SISTEMA DEL DERECHO COMÚN¹

Emma Montanos Ferrín

*Catedrática de Historia del Derecho y de las Instituciones
Universidad de A Coruña*

Recepción: 29 de junio de 2014

Aprobado por el Consejo de redacción: 14 de julio de 2014

RESUMEN: En el período de incorporación de las Indias a la Corona de Castilla, y también durante el establecimiento y desarrollo de las diferentes configuraciones político-administrativas que enmarcaron los reinos de Ultramar que pasaron a incardinar la Monarquía hispánica, se desarrollaron diferentes empresas en el Nuevo Mundo, motivadas algunas de ellas por el ansia de riqueza, a veces fomentada por los monarcas españoles. Este tema, de extraordinario interés, ha sido estudiado desde diferentes puntos de vista científicos. Me parece oportuno plantearlo ahora dentro del 'sistema del derecho común', y dedicar unas reflexiones al tratamiento jurídico del tesoro e intentar esclarecer si el hallazgo de éste estuvo sujeto, o no, a un tratamiento privilegiado que estimulara de alguna forma la empresa indiana.

PALABRAS CLAVE: Fuero de Brañoseira; Fuero de Sepúlveda; Fuero de Cuenca; Libro de los Fueros de Castilla; Partidas; Digesto; *Institutiones*; Bartolo de Sassoferrato; Baldo de Ubaldi; Iohanne Faber; Recopilación de leyes de los reinos de las Indias.

ABSTRACT: It is known and has been written about the "gold rush" not only in the period of incorporation of the Indian countries to the Crown of Castile but also for the establishment and development of the different configuration of political and administrative realms framed overseas which became part of the Spanish monarchy. Of course the ambition of wealth must have influenced the challenge in shaping the new world sometimes encouraged by the Spanish monarchs.

Therefore, framing the subject within the 'system of common law', it seems appropriate to devote some remarks to the legal treatment of the treasure and also to try to clarify whether this finding was subject, or not, to a privileged treatment to stimulate the Indian challenge.

KEYWORDS: Fuero de Brañoseira; Fuero de Sepúlveda; Fuero de Cuenca; Libro de los Fueros de Castilla; Partidas; Digesto; *Institutiones*; Bartolo de Sassoferrato; Baldo de Ubaldi; Iohanne Faber; Recopilación de leyes de los reinos de las Indias.

1 Investigación financiada por el Ministerio de Economía y Competitividad con cargo al proyecto DER2012-31265 ("Juristas de formación europea entre España y las Indias, siglos XVI a XVIII) del que la autora, Emma Montanos Ferrín, es investigadora principal.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS FUEROS MUNICIPALES. III. EL SISTEMA DEL DERECHO COMÚN. 1. Fuero de Cuenca. 2. Legislación real castellana y literatura jurídica del *ius commune*. 3. Normativa privilegiada de *ius proprium*: legislación indiana. IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Es sabido y se ha escrito sobre la "fiebre del oro" en el período de incorporación de las Indias a la Corona de Castilla y también durante el establecimiento y desarrollo de las diferentes configuraciones político-administrativas que enmarcaron los reinos de Ultramar que pasaron a incardinar la Monarquía hispánica. Naturalmente que debió influir en diferentes empresas acometidas en la configuración del Nuevo Mundo el ansia de riqueza, a veces fomentada por los monarcas españoles. Por esto, encuadrando el tema dentro del 'sistema del derecho común', parece oportuno dedicar unas reflexiones al tratamiento jurídico del tesoro e intentar esclarecer si el hallazgo de éste estuvo sujeto, o no, a un tratamiento privilegiado que estimulara de alguna forma la empresa indiana.

II. LOS FUEROS MUNICIPALES

Me parece necesario con el fin de poder observar con total nitidez, también en este tema, el juego del sistema del derecho común, partir del escenario, singular en España, de la evolución de los primeros siglos del altomedievo dominados por la empresa de recuperación y repoblación de territorios que en la España goda integraban la monarquía y que habían pasado a configurar el Al-Andalus.

En este sentido, la regulación que los fueros municipales llevan a cabo sobre el tema del tesoro está en perfecta consonancia con el desarrollo del sistema señorial y de la organización política que se está delineando en las diferentes formaciones políticas que integran la Hispania cristiana medieval.

De los distintos textos que he manejado, voy a utilizar sólo cuatro, a mi modo de ver, suficientemente expresivos, y que jalonan de forma muy gráfica la consideración de la propiedad del tesoro hallado: la carta de población de Brañosera, el Libro de los Fueros de Castilla, el Fuero de Sepúlveda y, después, el Fuero de Cuenca.

Una de las más antiguas cartas de población que se conservan es la llamada "Fuero de Brañosera" (a. 824). Uno de sus privilegios establece que de todo lo que fuese hallado en los términos de Brañosera la mitad sea para el conde y la otra mitad para los pobladores de Brañosera, *medietate ad comite, altera medietate ad omes de Villa Brania Osaria*². Se trata de una villa de realengo. La propiedad de la tierra pertenece al rey o al conde, por lo que la atribución del tesoro podría ser para la institución regia o condal; sin embargo, parece establecerse con carácter de privilegio la propiedad de la otra mitad para los pobladores

2 MUÑOZ Y ROMERO, T. *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, Madrid 1847, *Fuero de Brañosera* 11: "Et de ipsa rem quam invenerint inter suos términos habeant foro illa medietate ad comite, altera medietate ad omes de villa Brania Osaria".

de Brañosa. El texto se cuida de destacar esta prerrogativa. El rey, o el conde, hace uso de sus atribuciones y concede por fuero, *habeat foro*, la mitad de lo que, en principio, le corresponde. Aquí no se trata de salvar los derechos de una posible *inventio*, a la que el texto ni siquiera alude, sino de un privilegio que se concede a pobladores de la zona. Por eso, la disposición señala que ese régimen de propiedad se seguirá respecto de todo lo que se encuentre en esa población, *de ipsa rem quam invenerit inter suos* términos, y con relación a todos los pobladores, *ad omnes de villa Brania Ossaria*.

De acuerdo con la nueva situación que surge en estas primeras décadas del siglo IX, los derechos que derivan de la *accessio* y de la *inventio* se conjugan de manera singular. Brañosa es propiedad real y, por lo tanto, el suelo pertenece al rey o al conde; no obstante, éste concede la propiedad de la mitad de todo lo que se encuentra a los pobladores de la localidad, pero, a modo de privilegio, *fuero*.

Y hablo de privilegio porque el régimen general es el del derecho comarcal, señorial, que parece ser el contenido en el Libro de los Fueros de Castilla (1248-1252). La disposición 106 de éste tiene un contenido bastante complicado³. Se refiere a las cosas ajenas que son halladas, y señala el procedimiento a seguir en estos casos. Consiste en la obligación que tiene el que encuentra algo que no le pertenece de enseñarlo a los primeros hombres que encontrare en la primera villa. Además, y si lo hallado se trata de bestias o ganado será para el que lo encontró. A continuación, la disposición refiere la fazaña de un escudero de don Diego, quien llevaba un *ferramental troxado*, lo perdió, y lo encontró un hombre, que lo escondió y no se ajustó a la obligación de enseñarlo. Don Diego lo mandó ahorcar por ladrón "pues que encubriera lo que fallo e non lo mostro a omne ninguno".

Ésta es, a mi modo de ver, la esencia, en principio, de la disposición. Pero lo que sorprende es que al comienzo de la misma se incluye otra que parece no tener nada que ver con el contenido que antes referí. Dice textualmente: "Esto es por fuero que todo aver que sea fallado so tierra debe ser del rey". Se refiere de forma clara a tesoros encontrados bajo tierra y no a objetos o a ganado perdidos. Aparte de que el contenido de esta materia no tiene relación con lo que parece ser el núcleo originario de la disposición, lo que todavía llama más la atención es el precepto en sí, si tenemos en cuenta que el Libro de los Fueros es un compendio de derecho señorial y, sin embargo, preceptúa, de forma rotunda, la propiedad que el rey tiene sobre todo lo que sea hallado bajo tierra.

A todas luces parece tratarse de una interpolación. La propiedad de la tierra y, por lo tanto, de todo lo que se encuentra bajo ella, pertenece al rey en principio. En un ambiente de régimen señorial, sin duda, el señor se atribuyó esa propiedad, dando lugar a un abuso

3 *Libro de los fueros de Castilla*, ed. Galo Sánchez (Barcelona 1924) 106: "Esto es por fuero de todo aver que sea fallado so tierra, debe ser del rey. Et debelo mostrar aquel que lo fallare a los primeros omes que fallare et en la primera villa. Et sy fueren bestias o ganado develo mandar pregonar, et si paresciere duenno, deve lo haver su duenno asy como fuero es. Et si duenno non paresciere debe lo haver aquello que lo fallo. Et un escudero de don Diago levava un ferramental troxado, et quebraron las correas et se cayo el ferramental en tierra, et fallo lo un omne et abscondiolo e non lo quiso mostrar a omne ninguno. Et dende apieçaa tornose el escudero et sopo commo aquel avya el ferramental et prisol elevolo ante don Diago. Et mandolo don Diago enforçar por ladrón, pues que encubriera lo que fallo e non mostro a omne ninguno".

señorial. Por eso, en un determinado momento, se ve la necesidad de recordar el viejo principio y restaurar su contenido. Ésta es, a mi modo de ver, la justificación de esta interpolación.

Por otra parte, esta hipótesis queda avalada si leemos la disposición siguiente del mismo Libro de los Fueros de Castilla que establece "que los judíos son del rey, todos deven ser del rey en su goarda e para su servicio" aunque estén en poder de ricos hombres, de caballeros, o de monasterios. Es decir, los judíos, se recuerda que son naturalmente del rey, y gozan por tanto de inmunidad real, aunque estén bajo jurisdicción señorial: de solariego o de abadengo⁴.

Seguro que esta disposición forma parte también de la misma serie de textos que, como interpolaciones, fue necesario incluir para restaurar las atribuciones reales en un ambiente de abuso señorial; y, esto justifica la inclusión de una normativa de esta naturaleza en un compendio de carácter señorial como es este contenido.

Y ya, por fin, la segunda excepción al sistema que rige en torno a la atribución de la propiedad del tesoro hallado es la que se contiene en el Fuero de Sepúlveda (a.1076). De forma categórica este texto establece "qui aver invenerit subtus terra, nichil det inde regis neque seniori"⁵. Es decir, determina que quien descubra algo bajo tierra lo hace suyo y no tiene que repartir con el rey ni con el señor. Se comprende fácilmente el carácter de este privilegio si tenemos en cuenta las especiales circunstancias – extremadamente peligrosas – que rodean la localidad. La situación fronteriza con Al-Andalus es motivo para la concesión de determinados privilegios. En todas las fronteras de los reinos cristianos se origina un derecho especial, diferente del que rige en el interior del reino. Es consecuencia de la necesidad de atraer pobladores que solo acudirían a estas zonas ante la concesión de situaciones ventajosas. Por ejemplo, el hallazgo del tesoro, sabiendo que la propiedad de éste es para quien lo encuentre es, sin duda, un aliciente más. Vemos, otra vez, el 'fuero' como exención de malos usos señoriales.

III. EL SISTEMA DEL DERECHO COMÚN

1. Fuero de Cuenca

Este mismo principio se recoge en el Fuero de Cuenca (a. 1189): "Quicumque thesaurum veterem invenerit, habeat eum, nec respondeat pro eo regi, nec alio domino"⁶. Pero este texto, en la segunda parte, plantea un problema que Sepúlveda y los demás fueros emparentados

4 *Libro de los Fueros de Castilla* 107: "Esto es por fuero; que los judíos son del rey, maguer que sean so poder de ricos omes o con sus cavalleros o con otros omes o so poder de monasterios todos deven ser del rey en su goarda e para su servicio".

5 *Los Fueros de Sepúlveda, Publicaciones históricas de la Excm. Diputación Provincial de Segovia. Colección de Documentos para la Historia de Segovia* (Segovia 1953) vol. I. 20: "Qui aver invenerit subtus terra, nichil det inde regis neque seniori".

6 *Fuero de Cuenca*, ed. facsímil Rafael de Ureña y Smenjaud (Madrid 1937), (422) 15,12: "Quicumque thesaurum veterem invenerit, habeat eum nec respondeat pro eo regi, nec alio domino. Tamen si alicuis in hereditati aliena thesaurum aliquem invenerit dominus hereditatis".

no habían contemplado, y que sí, sin embargo, contempla el *ius commune*. Claro, porque los redactores del texto conquense conocen el derecho común y utilizan sus categorías jurídicas también en este tema específico.

Ésta es la cuestión: ¿Qué ocurre con el tesoro hallado en heredad ajena? Se plantea el tema de conjugar los derechos del propietario de la tierra y los del que encuentra algo (tesoro), en la misma. Y Cuenca, imbuido ya de *ius commune* lo resuelve de forma similar a éste. En esta situación establece que el que encuentra un tesoro debe dar la mitad al *dominus hereditatis*. Es una manifestación más, y de las más claras, de la formación en derecho común de los redactores del Fuero de Cuenca.

Me parece interesante insistir en que el régimen general, a nivel municipal, parece ser el establecido en el Libro de los Fueros de Castilla y las excepciones privilegiadas son las contenidas en Brañosera, justificadas por tratarse de una carta de población, y en Sepúlveda para premiar la repoblación. Evidentemente, Cuenca recoge ya, como veremos, el tratamiento del derecho común.

2. Legislación real castellana y literatura jurídica del *ius commune*

En el momento de elaboración de las Partidas (1252-1284) está claro que la peregrinación de estudiantes a formarse en las aulas de jurisprudencia europeas, en donde se forman en *ius commune* es notable y, por tanto, es notable también el flujo de juristas. Los más importantes de éstos trabajaban, sin duda, en la Corte del Rey Sabio y dieron estructura y contenido a esta magna obra de derecho real castellano.

No es de extrañar, por tanto, que Partidas 3,28,45, en los mismos términos que el derecho común, disponga una cierta manera de atribución de la propiedad del tesoro hallado⁷, después de indicar – constatando seguramente una realidad – que "podría acaecer dubda cuyo debe ser". Siglos después, Gregorio López en su *Glossa* a esta disposición estructura de forma muy clara el complicadísimo tema del tesoro, quizás porque ya la "fiebre del oro" se había hecho notar en la ambición de algunos en los reinos ultramarinos. El jurista castellano es magnífico conocedor del *ius commune* y elabora, partiendo de la legislación real alfonsina, una clara explicación sobre el tema del tesoro en la que fluyen las disposiciones normativas de derecho común y de la literatura jurídica comprensiva de los siglos de esplendor del derecho común y más tardías.

7 Partidas 3,28,45: "Thesoros fallan los omes a las vegadas en sus casas, e sus heredades, por aventura, o buscándolos. E porque podría acaecer dubda cuyo debe ser dezimos, que si el tesoro es tal que ninguno ome non pueda saber quien lo y metio, nin cuyo es, gana el señorío delo, e que debe ser todo de aquel que lo falla en su casa, o en su heredad. Fuera ende si lo fallasse por encantamiento, ca estonce todo debe ser del Rey. Mas si por aventura lo oviesse y alguno escondido, e pudiesse probar, o averiguar, que es suyo; estonce non ganaría el señorío dello, el que lo fallasse en su heredad. E si acaesciese, que alguno lo fallasse en su casa, o en heredamiento ageno, labrando y, o en otra manera qualquier, si lo fallase por aventura, non lo buscando el a sabiendas, estonce debe ser la meatad suyo, e la otra meatad del señor de la casa, o de la heredad, do lo fallo: mas si lo fallasse, buscándolo el estudiosamente, e non por acaescimiento de ventura; estonce debe ser todo del señor de la heredad, e non ha en ello, el que assi lo falla, ninguna cosa. Esso mismo dezimos que sería, si el tesoro fuesse fallado en casa, o en heredamiento que pertenesciesse al Rey, o al Comun de algund Concejo".

Para el jurista castellano no hay duda de que el tesoro debe tratarse de un depósito de dinero, sobre el que no existe memoria⁸ y utiliza como instrumento operativo de esta afirmación la l. *numquam* § *thesaurus* (D.41.1.31.1) que establece: "thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat". En base a esta definición son requisitos esenciales para la existencia de un tesoro el que se trate de un depósito de moneda y el que se haya perdido la memoria de su propiedad. La lectura completa del texto nos permite perfilar todavía más el concepto al añadir "sic enim fit eius qui invenerit, quod non alterius sit". El hecho de que se haga de quien lo encuentre implica que, para poder considerar la existencia de tesoro, el depósito en cuestión tiene que estar en una situación desconocida y oculta, de manera que se haya perdido la memoria de identidad de su dueño y que no sea posible, de forma inmediata, identificar en alguna persona al sucesor en la propiedad del mismo. La no identidad, por tanto, parece constituir – lo constituía ya para Paulo⁹ – una cualidad esencial para la consideración de algo como tesoro. Otras disposiciones matizan el tema. Por ejemplo, la l. *thensaurus* (D.10.4.15) al disponer que el propietario de un tesoro que está en fundo ajeno, *thensaurus meus in tuo fundo*, tiene derecho a que se le conceda una acción o interdicto para que no se le impida excavar en dicho fundo y recuperar el tesoro, siempre y cuando no deje de dar caución de daño temido como consecuencia de aquella excavación¹⁰. Y, por otra parte, la l. *peregre* (D.41.2.44) que plantea el problema de posesión que surge a propósito de la persona que sale de viaje y deja enterrada una cantidad para guardarla mejor; al volver, no se acuerda en dónde había dejado el tesoro "cum reversus locus thensauri in memoria non repeteret". En este punto, Papiniano había resuelto que la persona que actuase de esta forma no perdía su derecho de posesión; es decir, que no comienza a poseer de nuevo la cantidad de dinero desde el momento en que identifica el lugar, porque no puede la flaqueza de su memoria perjudicar la posesión de lo que otro no ocupó: "nec infirmitatem memoriae damnun adferre possessionis"¹¹.

8 "Est autem thesaurus verus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria", Gregorio López, *Glossa a Partidas* 3,28,45

9 D.41.1.31.1: "Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat: sic enim fit eius qui invenerit, quod non alterius sit, alioquin si quis aliquid vel lucri causa vel metus vel custodiae condiderit sub terra, non est thesaurus, cuius enim furtum fit".

10 D.10.4.15: "Thensaurus meus in tuo fundo est nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me Labeo ait, quia neque possideres eum neque dolo feceris quo minus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias eum thensaurum in tuo fundo esse, non esse autem iniquum iuranti mihi non calumniae causa id postulare vel interdictum vel iudicium ita dari, ut, si per me non stetit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quo minus eum thensaurum effodiam tollam exportem, quod si etiam furtivus iste thensaurus est, etiam furti agi potest".

11 D.41.2.44 *in prin.*: "Peregre profecturus pecuniam in terra custodiae causa condiderat: cum reversus locum thensauri immemoria non repeteret, an desisset pecuniam possidere, vel, si postea recognovisset locum, an confestim possidere inciperet, quaesitum est. Dixi, quoniam custodiae causa pecunia condita proponeretur, ius possessionis ei, qui condidisset, non videri preemptum, nec infirmitatem memoriae damnun adferre possessionis, quam alius non invasit: alioquin reponsuros per momenta servorum, quos non viderimus, interire possessionem, et nihil interest, pecuniam in meo an in alieno condidisset, cum, si alius in meo condidisset, non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuisset itaque nec alienus locus meam propriam aufert possessionem, cum, supra terram an infra terram possideam, nihil intersit".

Traigo a colación estos textos con la intención de destacar la utilización del término 'tesoro'. En ninguna de estas tres disposiciones podríamos referirnos a 'tesoro' tal cual se define en la l. *numquam* § *thesaurus*¹² porque en todas ellas hay constancia de su propietario y falta, por tanto, uno de los elementos esenciales para su existencia, que es, precisamente, la ignorancia del mismo. El mismo Papiniano en la l. *peregre*¹³, que acabamos de ver, al plantear el problema de la posesión, no se atreve a calificar como tesoro; en distintos lugares del texto se refiere a *pecunia*, *pecunia condita*. Conviene recordar que, si nos atenemos estrictamente a Paulo, solo podemos referirnos a tesoro en el supuesto de *depositio pecuniae*. Sin embargo, existen otras leyes que no se ciñen a este contenido y extrapolan el concepto a otros objetos, *mobilia*, de valor según podemos ver en el contenido de la l. *nemo* § *nam* (C.10.15.1¹⁴).

Hechas estas consideraciones, parece conveniente reflexionar sobre otros aspectos que fueron también objeto de regulación en la compilación justiniana. En este sentido, las disposiciones sobre el destino que ha de darse al tesoro provienen de la necesidad de conciliar los derechos del *inventor* con los del dueño del terreno, y ya veremos cómo también con los del Fisco. En rigor, no estamos ante una *res nullius* porque la propiedad no está perdida como precisa Paulo en la l. *thesaurus*, pero falta la memoria de su dueño: "cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat". Tampoco puede considerarse como accesión al suelo porque no forma parte integrante de él, no es un fruto.

En esta dirección, por ejemplo, Gregorio López apela a Baldo y utiliza las propias palabras de éste en su comentario a la l. *item lapilli* (l.2.1.18) al afirmar que, en el caso de que se den esos dos requisitos señalados, "tunc totum est inventoris"¹⁵; al mismo tiempo el jurista castellano vuelve a trasladar el pensamiento del comentarista de Ubaldi cuando éste al comentar la l. *superiore* (l.2.1.1) afirma que la prueba de la existencia de tesoro incumbe al que dice que existe¹⁶. En esta misma dirección podemos situar el pensamiento de Bartolo de Sassoferrato cuando afirma que si "pecunia ab incognito loco transducta et in agro nostro reperta, non est thesaurus et qui invenit eam tenetur restituere"¹⁷. En efecto, si el tesoro se encuentra en heredad propia "debe ser todo de aquel que lo falla en su casa, o en su heredad"¹⁸. Si el tesoro se encuentra en casa o en heredad ajena, la propiedad del mismo se reparte por mitad entre el propietario de la tierra y el descubridor, incluso aunque fuere hallado "en casa, o en heredamiento que perteneciese al rey, o al Común de algund concejo".

12 Vid. *supra* nota 9.

13 Vid. *supra* nota 11.

14 C.10.15.1.1: "Nam in suis quidem locis unicuique, dummodo sine acceleratis ac puniendis sacrificiis aut alia qualibet arte legibus odiosa, thesaurum (id est condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia) quaerere et invento uti liberam tribuimus facultatem...".

15 Baldo degli Ubaldi, *Comm. in l.2.1.18, de rerum divisione. l. ad l. item lapilli*

16 Baldo degli Ubaldi, *Comm. in l.2.1.1. in prin., de rerum divisione. l. superiore*

17 Bartolo de Sassoferrato, *Comm. in D.1.4 in rubrica de rerum divisione*

18 Partidas 3,28,45

Se cuida muy mucho Gregorio López de precisar que no todos los tesoros que se encuentran son del rey¹⁹. Partidas precisa también igual que en la compilación justiniana la necesidad, para adquirir la propiedad del tesoro hallado en tierra ajena, de que éste se encuentre de forma causal, *por aventura, labrando o en otra manera cualquiera, y non lo buscando a sabiendas*, ya que si lo encontraran buscándolo, debe ser todo del dueño de la heredad²⁰. Y también es esencia romana el contemplar, en sede de tesoro, la situación del que esconde un "tesoro propio" en heredad ajena, respecto del que se dispone que, siempre que pueda probar que es suyo, gana el señorío del mismo. Insisto de nuevo: en este caso no es tesoro, en sentido técnico porque se sabe quién es su propietario y le falta por tanto uno de los requisitos esenciales a la institución; de apropiárselo el dueño de la finca en donde se encuentra estaría incurriendo en un delito de hurto.

En un primer momento se considera, aunque con limitaciones, como incremento del fundo en que se encuentra. De esta forma resulta muy expresivo el texto al que alude Gregorio López recogido en la l. *possideri* § *neratius* (D.41.2.3.3). En base a esta disposición hay que concluir que, para que el propietario del fundo adquiriera la posesión del tesoro, es necesario que tenga la intención de poseerlo: "si thesaurum in fundo meo positum, sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet"²¹; de otra manera, no se adquiere la posesión. Sobre este mismo texto se puede concluir que la usucapión del fundo no alcanza al tesoro. Si la posesión del fundo se adquiere por larga posesión, no se adquiere por usucapión el tesoro aunque se ignore que está en el fundo, porque el que ignora la existencia del tesoro no puede poseerlo, *is enim qui nescit non possidet thesaurum*; y aunque supiera el poseedor su existencia, no lo puede poseer por *longa possessione* porque en esta circunstancia sabe que es ajeno y estaría actuando sin buena fe. El tesoro no es un fruto del fundo.

En Roma y a consecuencia, según parece, de la l. *Iulia et Papia Poppaea* se comienza a aplicar sobre el tesoro la consideración de *bona vacantia* y su propiedad se atribuyó al *Aerarium*, primero, y después, al *Fiscus*. Desde el origen de esta ley de Augusto, los bienes abandonados se atribuyeron al Erario en concepto de *bona caduca*, y desde Tiberio, al Fisco. Y la razón es perfectamente explicable si tenemos en cuenta el aumento de facultades, prerrogativas y atribuciones que rodean al *princeps*. Bien podría ser una consecuencia, por lo tanto, del aumento del poder imperial; por ello su atribución al 'dueño' del Fisco.

Quizás por la misma razón, al transformarse la situación política, una constitución de Adriano recogida en la l. *thesauros* (l.2.1.39) confiere la propiedad del tesoro, por mitad, al

19 Gregorio López, *Glossa* a Partidas 3,28,45: "Non ergo omnes thesauri, qui inveniantur, sunt Regis".

20 Partidas 3,28,45

21 D.41.2.3.3: "Neratius et Proculus et solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio, ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet, ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum 'longa possessione' cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum; is enim qui nescit non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat, sed et si sciat, non capiet 'longa possessione', quia scit alienum esse, quidam putant Sabini sententiam veriore esse nec alias eum qui scit possidere, nisi ei loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio".

dueño del fundo y al descubridor, *dimidium domino soli concessit*. Se aplica esta regla, incluso cuando el sitio del descubrimiento es un *locus Caesaris*, *dimidium inventoris*, *dimidium Caesaris esse statuit*²². En el supuesto de que el lugar del descubrimiento sea sagrado o religioso pertenecería, según Ioannes Faber (1275-1340) "medietas ad Ecclesiam, cuius sunt res sacre, vel religiose, ubi thesaurus invenitur"²³. Es probable que, en esta situación, se disponga de esta forma por tratarse, claro es, de una *res sacra*. En cualquier caso, la *inventio* ha de acaecer *non data opera*, sino de un modo casual. Esta misma proporción había sido mantenida por una constitución de Constantino recogida en la l. *quicumque* (C.Th.10.18.1²⁴) y modificada por una de Graciano Valentiniano y Teodosio, incluida en la l. *quisquis* (C.Th. 10.18.2), que sólo concede la cuarta parte del tesoro al dueño del fundo, *in quartam repperitorum partem eum qui loci dominus fuerit admittat*²⁵. Por fin, el principio queda consagrado en la l. *nemo* § *nam*: "dimidia retenta altera data cum locorum domino partiatur"²⁶. Quedan, de esta manera, definitivamente conjugados los derechos derivados de la *occupatio* y de la *inventio*.

Todo parece indicar que se trata de un tema delicado desde el punto de vista jurídico y que por ello fue objeto de consideraciones diversas por los juristas. En un primer momento se atribuye la propiedad del tesoro encontrado al dueño del fundo en que se halla y se precisa, como necesario, que éste conozca su existencia. Desaparece, por tanto, la exigencia de la l. *numquam* § *thesaurus* en que Paulo exigía para la valoración del tesoro, que se ignore su existencia, *non exstat memoria*.

¿Qué alcance tiene, pues, la l. *thesaurus* que atribuye la mitad del tesoro hallado a su descubridor? Será esta disposición una formalización del sistema de atribución por mitades entre el *inventor* y el dueño del fundo? Una vez más parece que la ley es solo formalmente nueva, si es que no hace otra cosa que confirmar una práctica que ya se seguiría con anterioridad. El por qué de la modificación posterior no está claro, aunque es probable que

22 I.2.1.39: "Thesaurus, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus naturalem aequitatem secutus ei concessit qui invenerit, idemque statuit, si quis in sacro aut in religioso loco fortuito casu invenerit, at si quis in alieno loco non data ad hoc opera, vel fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit et convenienter, si quis Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit, cui convenienter est, ut, si quis in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis".

23 Ioannis Fabri, *Comm. in l.2.1.39, de rerum divisione*. l. *thesaurus*

24 C.Th. 10.18.1: "Quicumque thesaurum invenerit et ad fiscum sponte detulerit, medietatem consequatur inventi, alterum tantum fisci rationibus tradat, ita tamen, ut citra inquietudinem quaestionis omnis fiscalis calumnia conquescat. Haberi enim fidem fas est his, qui sponte obtulerit quod invenerit. Si quis autem inventas opes offerre noluerit et aliqua ratione proditus fuerit, a supra dicta venia debet excludi".

25 C.Th. 10.18.2: "Quisquis thesaurus et condita ab ignotis dominis tempore vetustiore monilia quolibet caso repeterit, suae vindicet potestati neque calumniae formidinem fiscali aut privato nomine ullis deferentibus pertinescat; non metalli qualitas, nin repperiti modus sub aliquod periculum quaestionis incurrat. In hac tamen naturali aequitate animadvertimus quodam temperamentum adhibendum, ut, si cui in solo proprio huiusmodi contigerit integro id iure praesumat, cui in alieno, in quartam repperitorum partem eum qui loci dominus fuerit admittat suo nomine... Quod si nobis super hoc aliquis hanc licentiam quisquam aut aliena effodiat aut in locis non sul iuris performam suspectu rimetur".

26 C.10.15.1.1, vid. *supra* nota 14.

la razón esté en relación con preocupaciones económicas. No obstante, como hemos visto, Justiniano mantiene la proporción establecida por Adriano, y la consagra en su *Codex*.

Se resuelve en Partidas, lo mismo que en el derecho común, conjugar los derechos del propietario y los del descubridor. La adquisición del tesoro es un modo distinto de adquirir la propiedad. Respecto del descubridor, no se requiere una verdadera toma de posesión, sino la simple *inventio* o acto de descubrir el tesoro oculto, y en cuanto al propietario de la heredad, si se aplicase el principio de accesión, se le declararía dueño del total, aunque se fijase como obligación la de entregar al *inventor* la mitad.

La *Glossa* de Gregorio López²⁷, siglos después mantiene el mismo sentido y nos hace ver, con absoluta claridad, que éste es el criterio que mantiene la literatura jurídica consitutiva del *ius commune*.

3. Normativa privilegiada de *ius proprium*: legislación indiana

Es una realidad indiscutible el afán de enriquecimiento que domina determinadas empresas y embarca a personas hacia la aventura americana²⁸. Así se ha podido hablar de "la fiebre del oro" en la conquista de América. Pero en el aspecto concreto que nos ocupa, ¿existe un régimen especial con relación a la propiedad del tesoro que estimule el interés de su descubrimiento?, ¿se mantiene el régimen heredado del Derecho común contenido en la legislación real de Partidas?

La Recopilación de Indias dedica varias leyes a señalar aspectos concretos en relación con este tema. En base a los mismos, es posible reconstruir lo que parece ser un régimen 'general' – dentro del derecho propio de las Indias – y las que, probablemente, son disposiciones que marcan situaciones excepcionales o de privilegio a ese derecho 'general'.

Las Indias Occidentales pertenecen por donación del Papa a los Reyes de Castilla. En consecuencia, también les pertenece todo lo que en ellas se encuentre. En un primer momento, la situación debió de ser clara para todos y con relación a todo y, por supuesto, también por lo que se refiere a la propiedad del tesoro. El tesoro es del rey. Los abusos cometidos por parte de autoridades y particulares en las Indias afectaron, sin duda, también en este punto. Tan es así que en el año 1575 Felipe II se ve obligado a recordar el ya consagrado principio de la propiedad real sobre las Indias y tierras descubiertas mediante Real Cédula que aparece contenida en la Recopilación de Indias²⁹.

27 Gregorio López, *Glossa* a Partidas 3,28,45.

28 ZAVALA, S. *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, Madrid 1939, pag.140.

29 *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias* 8,12,5: "Pretenden los Visitadores nombrados por los Virreyes, Presidentes, y audiencias en sus distritos tener derecho a los tesoros, que hallan; y si no hay descubridor en algunos Adoratorios, Gaucas o partes donde los indios acuden a sacrificar, pretenden las iglesias que les pertenecen, y asimismo, las tierras, ganado, chaquiras, joyas y otras cosas, que eran de los Incas del Perú y dedicó la superstición al Rayo y sol, y servicio de los ídolos y guacas. Y porque todo lo referido, conforme a derecho y lo que esta proveído, nos pertenece, y no a los Visitadores, Iglesias ni personas particulares. Declaramos y mandamos, que así se guarde, y aplique a nuestra Real Hacienda sin disminución, y que los Virreyes, Presidentes y Oidores y Jueces para esto diputados, hagan vender en publica almoneda todo el ganado, que de esta forma se hallare, con asistencia de nuestros oficiales, y su procedido entre en las Caxas Reales; y si por alguna diligencia, que los Visitadores hubieren hecho en estos descubrimientos, pareciere que se les debe hacer alguna merced, se nos dará aviso para que así se haga".

En efecto, en esta ocasión, Felipe II sale al paso de la pretensión de propiedad que tienen los Visitadores sobre los tesoros hallados en sus distritos y, también, de la que tienen las Iglesias sobre los bienes de Adoratorios y Guacas. Si nos atenemos al término de tesoro *stricto sensu* solo debe importarnos la primera parte de la disposición, la que hace referencia a los tesoros encontrados en determinados lugares, acerca de los que los Visitadores pretenden tener derecho. Los bienes de Adoratorios y Guacas podrían constituir tesoro si vulgarizamos el término, pero no si nos ajustamos a su calificación técnica, puesto que en este caso faltan los requisitos esenciales inherentes a la institución. Faltan, primero porque hay constancia de su existencia y segundo porque no hay ignorancia con relación a su propietario. La misma disposición advierte de su pertenencia a los Incas del Perú y que la superstición dedicó al Rayo y al Sol; es decir, al servicio de los ídolos.

Por esto me ajusto y concreto a la parte de la disposición relacionada con la estimación técnica del tesoro. En este sentido Felipe II se ve obligado a recordar a los Visitadores que la propiedad de los tesoros hallados en sus distritos, es del rey, "nos pertenece". Declara y manda que así se guarde y aplique a "nuestra real hacienda, sin disminución". Determina además que las autoridades designadas a este fin (virreyes, presidentes, oidores, jueces) vendan lo que se descubra en pública almoneda, y de lo que resulte se de entrada en las Cajas reales. Y parece que, para que no quede duda sobre el criterio con el que en algún momento se concede algo a los Visitadores, se señala que esto es así como premio a su buena diligencia, y no porque tengan derecho a parte alguna pues "si pareciere que se les debe hacer alguna merced, se nos dará aviso para que así se haga".

Lo contenido en esta disposición podría ser la afirmación de un principio y el establecimiento de un régimen general: los tesoros hallados son propiedad del Rey.

¿En dónde se encuentra, entonces, el posible estímulo que movería a personas particulares a un intento de adquirir propiedad por la vía de encontrar tesoros? Parece que en este punto, como en tantos otros, se sigue el sistema de capitulaciones que marca un régimen de excepción. En este sentido, el rey, mediante capitulación, pacta con algún particular el desempeño de determinada empresa. Es sabido que en América las capitulaciones tuvieron por objeto, en su mayor parte, descubrimientos y conquistas, aunque hubo otras para fines menores como explorar un canal, establecer una pesquería, fundar un poblado y, también, según la Real Cédula, dada en Madrid en 1595, por Felipe II, para descubrir tesoros³⁰.

30 *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias* 8,12,1: "Ordenamos que si alguno intentare descubrir tesoros en las Indias, capitule primero con Nos, o los Virreyes, Presidentes o Gobernadores, la parte que se le ha de dar de lo que sacare, y obligándole por su persona, y bienes, con fianzas bastantes de que satisfará, y pagará los daños, y menoscabos, que de buscar el tesoro se siguieren en las casas, heredades, o posesiones, a los dueños, donde presumiere que está, como fuere tasado por personas de inteligencia, y experiencia, nombradas para ello, y hará el descubrimiento por su cuenta, y pagará de su hacienda todas las costas, y gastos necesarios, (hecha esta prevención), el Virrey, Presidente, o Gobernador elija otra de confianza, rectitud, y satisfacción, que vaya, y asista con el descubridor, y tenga cuenta y razón de lo que hallare, con orden de que lo haga evaluar, y tasar, y acuda al descubridor con la parte que le pertenece, conforme a lo resuelto, o por concierto, o capitulación se le hubiere concedido, menos los derechos y quinto, que a Nos pertenecen, y trayga la restante cantidad a la parte, que se le señalare, dándonos aviso de todo, y remitiéndolo a estos Reynos, y asimismo ordenamos, que para el cumplimiento de lo referido, y allanar las casas, heredades, y posesiones, que el descubridor señalare, el Virrey, Presidente, o Gobernador de comisión, encargando a la persona, que ha de asistir, que use de ella con limitación, y a las Audiencias, y Justicias de las Ciudades,

Lo primero que sorprende al leer esta disposición es el estímulo de la empresa, aunque llegaría a ser típica en otros ambientes coloniales. En su contenido señala: "si alguno intentare descubrir tesoros en las Indias". Según toda la legislación anterior, contenida en Partidas que sigue el tratamiento del derecho común, la propiedad del tesoro se adquiere si éste se encuentra de forma causal, nunca si es buscado de propósito. En Indias desaparece esta cláusula, y adquiere la propiedad de lo hallado, ya veremos en qué parte, el que se lanza a la aventura de su búsqueda.

A continuación se dispone que la persona que en esto se empeñe "capitule primero con Nos, ó los Virreyes, Presidentes o Gobernadores, la parte que se le ha de dar de lo que sacare". Se establece, de esta forma, el régimen de capitulación en el que quedarán asentadas, la parte que del tesoro hallado se ha de dar a su descubridor, así como la obligación por parte de éste de realizar el descubrimiento por su cuenta y de prestar fianza suficiente – respondiendo con su persona y bienes – para pagar los daños y menoscabos que, de buscar el tesoro, se siguieren en las casas, heredades y posesiones a los dueños donde presumiere que está. Aquí hay que hacer también una precisión: el dueño de la casa o heredad no tiene derecho a parte alguna del tesoro. Así pues, se rompe el régimen anterior respetuoso ante los posibles derechos del propietario del suelo, y quizás esto es así porque estamos ante una propiedad del rey, lo que la misma disposición recuerda al final, "hacienda que de derecho nos pertenece".

Por otra parte, el rey, defensor de la propiedad, pone especial empeño en que la búsqueda del tesoro se lleve a cabo de la forma establecida en la capitulación, para lo que él mismo o la persona que en su nombre haya capitulado (virrey, presidente, gobernador) designará una persona de su confianza para que "vaya y asista con el descubridor y tenga cuenta y razón de lo que hallare, con orden de que lo hagan evaluar, y tasar, y acuda al descubridor con la parte que le pertenece, conforme a lo resuelto, o por concierto, o capitulación se le hubiere concedido, menos los derechos y quintos que a Nos pertenecen, y trayga la restante cantidad a la parte, que se le señalare, dándonos aviso de todo, y remitiéndolo a estos Reynos".

Mediante esta disposición queda fijado lo que parece ser el régimen excepcional que se establece en Indias con relación a la atribución de la propiedad del tesoro hallado, y que se puede fijar en estos puntos: El rey es consciente de que la propiedad del tesoro es hacienda real; no obstante, estimula la empresa de personas que acudan a Las Indias aunque sólo sea con afán de enriquecimiento, porque en definitiva también es enriquecimiento real, y fija, mediante capitulación, las condiciones en que la empresa se llevará a cabo. Consciente, hasta el final, de que es propietario, cede parte de su propiedad al descubridor que, por este motivo, queda obligado a pagar – sobre la parte que se pacta, le concierne – los derechos y quintos. Parece confirmarse que la fiebre del oro se ha estimulado también por los católicos monarcas.

Villas y Lugares donde se hubieren de hacer las diligencias, que le den el favor, y ayuda, pedido, y necesario a la ejecución, que Nos en virtud de esta ley damos poder, y facultad a los que fueren nombrados, para que en compañía de los descubridores, o de quien su poder tuviere, busquen los tesoros y hagan todas las diligencias necesarias al descubrimiento y hallazgo, en que se pondrá el cuidado, que todos deben tener, como hacienda, que de derecho nos pertenece".

Estimo interesante señalar además que parece existir un régimen especial con relación a los bienes que, ofrecidos por los indios a sus ídolos, se encuentran escondidos o enterrados en alguna casa o heredad concejil o particular. Si bien la Real Cédula de Felipe II (1575) sienta también que, respecto de esta clase de riqueza – ya quedamos en que no es tesoro – el rey es el único propietario, otra Real Cédula dada por emperador don Carlos (año 1536) [confirmada después por el Cardenal Gobernador (año 1540) y, más tarde, incluida en las Ordenanzas de Felipe II (1572 y 1579) y recogida en la Recopilación de Indias³¹ dispone que los derechos del que descubriere estos bienes se elevan a la mitad, descontados, por supuesto, el uno por ciento de derechos y el quinto.

En esta línea y como una prueba más – aunque la disposición no se refiere a tesoro en sentido estricto – de la intención que hubo en la legislación indiana de equiparar en trato a españoles e indios, pienso que no debe pasarse por alto la Real Cédula de Felipe II (año 1573), recogida en la Recopilación de Indias, que dispone que, para los casos de descubrimiento, por parte de los indios, de riquezas en Guacas, enterramientos o minas u otro cualquier tesoro "se guarde con ellos todo lo ordenado, respecto a los españoles, sin hacer novedad, ni admitir diferencia, de forma que no reciban agravio, y se les de todo el favor conveniente"³². Aunque, desde luego, ésta no es la única intención de la Corona, existía también el temor de que los indios encubrieran minerales ricos de oro, plata y esmeraldas que labraban antes del descubrimiento y después de éste los mantenían ocultos "persuadidos a que no se les ha de dar parte, y han de ser castigados".

IV. CONCLUSIÓN

También en este punto se confirma que el derecho aplicado en Indias es el aplicado en Castilla, enmarcado por tanto dentro del sistema del derecho común, claro que dejando actuar un derecho propio adecuado a las especiales circunstancias del Nuevo Mundo y a las peculiares concepciones del poder.

31 *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias* 8,12,2: "De todos los tesoros, que se hallaren en oro, plata, piedras, perlas, cobre, plomo, estaño, ropa, y otras cosas, así en enterramientos, sepulturas, oques, casas o templos de Indios, como en otros lugares en que se ofrecían sacrificios a sus ídolos, y escondidas o enterradas en casa, heredad, tierra, o otra parte publica secreta, concejil, o particular, ofrecidas al Sol, Guacas, o Ídolos, buscadas de propósito, o halladas acaso, se nos ha de pagar de las que fueren metales, perlas, y piedras, fundidos, o labrados, el quinto, y uno y medio por ciento de Fundidor, Ensayador, y Marcador, si no constare, que ya estuviere pagado, sacando primero el uno y medio, y luego el quinto, y del cobre, plomo y estaño, atento que no ha de correr ensayado, se cobrará un por ciento de derechos y el quinto. Y de los restante se aplicará a nuestra Real Hacienda la mitad por medio de todo, sin descuento de cosa alguna, quedando la otra mitad por medio para la persona, que así lo hallare, y descubriere..."

32 *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias* 8,12,4: "En algunas Provincias se presume que hay muchos tesoros escondidos, y enterrados, y Guacas, con mucha riqueza de oro, plata, esmeraldas, y otras cosas, y que los Indios no se atreven a descubrir, persuadidos a que no se les ha de dar parte, y han de ser castigados, y por estas causas encubren minerales ricos de oro, plata, y esmeraldas que labraban antes de aquel descubrimiento, y ahora los tienen ocultos: Ordenamos y mandamos, que si los Indios descubrieren Guacas, enterramientos, u otro cualquier tesoro, o mina, se guarde con ellos todo lo ordenado, respecto de los Españoles, sin hacer novedad, ni admitir diferencia, de forma que no reciban agravio, y se les de todo el favor conveniente".